CUJACIJ
OPERUM
TOMUS NONUS.

JACOBI CUJACIJ

J. C. PRÆSTANTISSIMI
TOMUS NONUS VEL QUINTUS
OPERUM POSTUMORUM

Quæ de jure reliquit, sive CODEX JUSTINIANUS, *id est, ad Codicem Justinianum Recitationes Solemnes, non solum emendatiores iis omnibus, quæ antea in lucem prodierunt; sed & auctiores à* CAROLO ANNIBALE FABROTO *J.C. disposita.*

ACCESSERE in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum Versio locorum hactenus ab omnibus desiderata;

INDEX locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his Operibus continentur;

PRÆTEREA dissertatio EMUNDI MERILLII, & Interpretatio ab eodem facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum opus suo quæque loco variante notantur;

POSTREMO Controversiæ JOANNIS ROBERTI ejusdemque Notæ in Responsiones à CUJACIO nomine ANTONII MERCATORIS editas; quæ majori Eruditorum commodo in ipsis Observationibus afferuntur, studio & diligentia LIBORJ RANII J.C. Neap.









NEAPOLI
Typis ac Sumptibus Michaelis Aloysii Mutio.
SUPERIORUM LICENTIA,
ET PRIVILEGIO PER DECENNIUM.
M.DCC.XXII.



D·ANDREAS GIOUANE E BARONIB·TURINENSIUM
EIUSQ: CASTRI IN REGIO COLL: CONS·REGENS



VIRO AMPLISSIMO

D. ANDREAE JUVENI

E BARONIBUS TAURINENSIUM EJUSQUE CASTRI

REGIAM CANCELLARIAM REGENTI, ET REGIO COLLATERALI CONSILIARIO.

Liborius Ranius S. P. P.



Umma diligentia, qua hujus Regiae Academiae Antecessoribus tempori salaria ex Regio Fisco pendi AErario Praefectus curaras, & toto Hispaniensis belli tempore erogandis stipendiis, bellique commeatibus comparandis tanta oeconomica sapientia provideras, ut qui mos apud omnes Respublicas non solis armis, ut barbaras, sed literis quoque fundatas sancte custoditur, eum in hac nostra incorruptum servares, in publici aeris collationibus, vel urgentis belli caussa, Antecesso-

rum emolumenta ne leviter quidem libandi. Haec neque levis caussa, neque parva ratio ducenda est, qua Cujacio dignus habearis, qui, gravissimo urgente bello, nullam fecisti AErario necessitatem, quin juris Antecessores, qui Cujacium in his publicis scholis celebrabant, haberet praecipuos, & ex eorum depensis aliquid unquam corraderet. Te sane decebat hanc militiae Palatinae referre gratiam, qui in Toga jam inde, quum in Tranensi Provincia Praesidis Adsessor, ac postea in hac Urbe principe diu AErarj Quaestor fuisti, quadraginta ferme annorum continenti Magistratuum functione, tum singularis prudentiae, tum civilis animi laudibus commendata, & inprimis ob oeconomicam diligentiam, qua Tibi Regiarum Regni viarum Praefecto summa belli Quaestura a Caesare duobus Imperialibus Codicillis ea lege singulari mandata est, ut non aliter constaret, quam ipsi uni redderes rationem; ob ingentia, quae AErarj Regj compendia, industria, & laboribus feceras, ita Regi probatus es; ut ab eo prius AErarj Moderator creatus esses, quod fide erga fiscum, & privatos optima administrasti; deinde ad eum amplissimum Magistratum, tandem in istum summum Patrum ordinem evectus sis: & Te Berardini Juvenis filium decebat, Viri inter Neapolitani Fori Patronos eximj, qui M. C. V. in caussis criminum Judex, in Masanelliano tumultu, obsequio, virtute, consilio Regias partes quamplurimum juvit: quare, subsidentibus turbis, Judex majestatis extra ordinem datus est; tum temporarius Fisci Patronus creatus, Joh. Austrj huc Neapolim appulsae classi, tum belli, tum vitae necessariis instruendae optimam navavit operam: ac per idem fere tempus agrorum cultura inter civilis belli moras deserta, annonae natas inde difficultates, ex mandato imperio quam feliciter explicavit. Quibus in rem Neapolitanam meritis ipse Austrius Princeps eum Philippo IV. Regi lautissime commendavit, ut vel Fisci Patronum perpetuum, vel AErarj Quaestorem, vel S.C. Consiliarium esse vellet, juberetque; quas dignitates ei mors importuna praeripuit. Hos Togae honores Tu, & praestantissimus Pater tuus cum militaribus imperiis cumulasti, quibus quadringentis ferme annis ab Johannae I. Regno usque, tuum nobile Genus praefulsit. Et, ut omittam, quam

boni

boni militia majores tui Andecavensibus, Aragoniisque Regibus fuerint, præstat, quae Austriis Majores tui sub Joh. Austrio, Albano Duce, Alexandro Farnesio, Archiduce Austriae, in Peloponneso, Belgio, Germania, Gallia, Lusitania, praeclara virtutis facinora ediderint: e quibus insigniora illa, ut Joh. Michaël Juvenis, tuus patruus Magnus, Joh. Austrio Duce, in navali ad Naupactum cum Turcis proelio, & anno postero in proelio terrestri ad Pylum Pelopponnesi urbem, deinde ad Iccium Portum, & Ardram in Galliae Septentrionalis ora, fortissimus in omnibus se probavit; turmae dux in Lusitania, Turobricae Trajani pontem vi bellica hostibus occupavit; in Belgio militum Tribunus magna pars fuit Hulsti armis reciperati: quare ab Arciduce tantus vir obses in oppidum missus legibus deditionis servandis auctoramento: ut Vespasianus Major, Avus tuus, Dux militum vicenasena in Belgio stipendia meruit, & Lusitanico bello tum praeliis, tum oppidorum expugnationibus clarus, tandem in Brutiis adversus seditionem a Thoma Campanella, & Dionysio Rinaldo excitatam, sua armorum virtute eam provinciam in Regis obsequio continuit: ut nec Joh. Baptista, nec Benedictus, nec Bartholomaeus Juvenes, patrui tui, Vespasiano patri, & in Belgio, & in Germania belli gloria cessere: e quibus Johannes Baptista in Horlingensi proelio se perstrenuum virum praestitit; Bartholomaeus Salerni, dum a Masanellianis armis tutabatur, occubuit. Quae res omnes a tua fortissima Gente Austriis Regibus praeclarissime gestae, dignae sunt reputatae illustri singulari jure, ut ab Rege Minor Vespasianus, frater tuus septuennis Turmae Equitum Dux crearetur, quae, dum is militarem aetatem attingeret, alieno ductui permissa est. Ortus igitur ex tali Familia, quae tam belle leges armis, arma legibus decoravit, excipe Cujacium, cujus virtute apud cultiores Europae gentes, & sanctiores leges, & arma humaniora tractantur. Vale.

INDEX ALPHABETICUS
T I T U L O R U M
EX NOVEM LIBRIS
C O D I C I S
A JACOBO CUJACIO
EXPLICATORUM.

A



de Bigeis. tit.xxxvii. ex lib.IX. 1464.
de Abolitionibus. tit.xlii. ex lib.IX. 1473.
de Acceptilationibus. tit.xliii.ex libro VIII. 1287.
de Accusationibus, & inscriptionibus. tit.ii. ex lib.IX. 1374.
de Actionibus empti, & venditi. titul.xlix. ex lib.IV. 381.
de Actore à tutore, seu curatore dando.tit.lxi.ex lib.V. 604.
Ad legem Corneliam de falsis. tit.xxii.ex lib.IX. 1439.
Ad legem Corneliam de Sicariis. tit.xvi. ex lib.IX. 1434.
Ad legem Fabiam de plagiariis. tit.xx. ex lib.IX. 1438.
Ad legem Falcidiam. tit.l. ex lib.VI. 871.
Ad legem Juliam de adult.& stupro. tit.ix.ex lib.IX. 1397.
Ad legem Juliam de ambitu. tit.xxvi. ex lib.IX. 1451.
Ad legem Juliam majestatis. tit.viii. ex lib.IX. 1393.
Ad legem Juliam repetundarum. tit.xxvii.ex lib.IX. 1453.
Ad legem Juliam de vi publica, seu privata. tit.xii. ex libro IX. 1428.
Ad legem Viselliam. tit.xxi. ex lib.IX. 1439.
de Administratione tutorum, vel curatorum ex pecunia pupillari fœneranda, & deponenda. tit.xxxvii.ex lib.V.569.
de Adoptionibus. tit.xlvii. ex lib.VIII. 1310.
de Adquirenda, & retinenda possessione. tit.xxxii. ex libro VII. 1004.
Ad Senatusconsultum Orfitianum. tit.lvii. ex lib.VI. 915.
Ad SC. Macedonianum. tit.xxviii. ex lib.IV. 317.
Ad Senatusconf. Tertullianum. tit.lvi. ex lib.VI. 913.
Ad Senatusconf. Trebellianum. tit.xlix. ex lib.VI. 865.
Ad Senatusconf. Turpillianum. tit.xlv. ex lib.IX. 1476.
Ad Senatusconf. Vellejanum. tit.xxix. ex lib.IV. 320.
de Ædificiis privatis. tit.x. ex lib.VIII. 1173.
de Ædilitiis actionibus. tit.lviii. ex lib.IV. 395.
de Alendis liberis, ac parentibus. tit.xxv. ex lib.V. 550.
de Alimentis pupillo præstandis. tit.l. ex lib.V. 589.
de Alluvionibus, & paludibus, & pascuis ad alium statum translatis. tit.xli. ex lib.VII. 1054.
An servus pro suo facto post manumissionem teneatur. tit.xiv. ex lib.IV. 251.
de Annali exceptione Italici contractus tollenda, & de diversis temporibus, & exceptionibus, vel præscriptionibus, & interruptionibus earum. tit.xl. ex lib.VII. 1049.
de Appellationib.& consultationib.tit.lxii.ex lib.VII.1103.
Arbitrium tutelæ. tit.li. ex lib.V. 590.
de Assertione tollenda. tit.xvii. ex lib.VII. 983.
de Auctoritate præstanda. tit.lix. ex lib.V. 602.

B

de Bonis auctoritate judicis possidendis, &c. tit.lxxii. ex lib.VI. 1129.
de Bonis eorum, qui mortem sibi consciverunt. tit.l. ex lib. IX. 1483.
de Bonis libertorum. tit.iv. ex lib.VI. 635.
de Bonis maternis, & materni generis. tit.lx. ex lib.VI. 927.
de Bonorum possessione secundum tab.tit.xi.ex lib.VI.656.
de Bonorum possessione contra tabulas, quam prætor pollicetur liberis. tit.xii. ex lib.VI. 659.
de Bonorum possessione contrà tabulas liberti, quæ patronis libertisque eorum datur. tit.xiii. ex lib.VI. 661.
de Bonis proscriptorum, seu damnatorum.tit.xlix. ex lib.IX. 1482.
de Bonis, quæ liberis in potestate constitutis ex matrimonio, vel aliter acquiruntur, & eorum administratione. tit.lxi. ex lib.VI. 931.

C

de CAducis tollendis. tit.li. ex lib.VI. 871.
de Calumniatoribus. tit.xlvi. ex lib.IX. 1477.
de Carboniano edicto. tit.xvii. ex lib.VI. 669.
de Codicillis. tit.xxxvi. ex lib.VI. 807.
de Collationibus. tit.xx. ex lib.VI. 678.
de Collusione detegenda tit.xx. ex lib.VII. 990.
de Commerciis, & mercatoribus. tit.lxiii.ex lib.IV. 401.
Commonitiones, Epistolas, Programmata, Subscriptiones auctoritatem rei judicatæ non habere. tit.lvii. ex libro VII. 1099.
de Commodato. tit.xxiii. ex lib.IV. 292.
de Communi servo manumisso. tit.vii. ex lib.VII. 959.
Communia de legatis, & fideicommissis, & de in rem missione tollenda. tit.xliii. ex lib.VI. 847.
Communia de manumissionibus. tit.xv. ex lib.VII. 976.
Communia de successionibus. tit.lix. ex lib.VI. 925.
Communia de usucapionibus. tit.xxx. ex lib.VII. 1000.
de Communium rerum alienatione. tit.lii. ex lib.IV. 386.
de Compensationibus. tit.xxxi. ex lib.IV. 329.
de Concubinis. tit.xxvi. ex lib.V. 551.
de Condictione ex lege, vel justa causa, &c. tit.ix.ex lib.IV. 237
de Condictione furtiva. tit.viii. ex lib.IV. 236.
de Condictione indebiti. tit.v. ex lib.IV. 218.
de Condictione ob turpem causam. tit.vii. ex lib.IV. 234.
de Conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis, & libertatibus. tit.xlvi. ex lib.VI. 857.
de Condictione ob causam datorum. tit.vi. ex lib.IV. 228.
de Confessis. tit.lix. ex lib.VII. 1101.
de Confirmando tutore. tit.xxix. ex lib.V. 555.
de Constituta pecunia. tit.xviii. ex lib.IV. 260.
de Contrahenda, & committenda stipulatione. tit.xxxvii. ex lib.VIII. 1250.
de Contrahenda emptione, & venditione. tit.xxxviii. ex lib.IV. 363.
de Contrario judicio tutelæ. tit.lviii. ex lib.V. 601.
Creditorem evictionem pignoris non debere. tit. xlv. ex lib. VIII. 1303.
de Crimine expilatæ hereditatis. tit.xxxii. ex lib.IX. 1457.
de Crimine peculatus. tit.xxviii. ex lib.IX. 1454.
de Crimine sacrilegii. tit.xxix. ex lib.IX. 1454.
de Crimine stellionatus. tit.xxxiv. ex lib.IX. 1461.
de Curatore furiosi, vel prodigi. tit.lxx. ex lib.V. 608.
de Custodia reorum. tit.iv. ex lib.IX. 1386.

D

DEbitorem venditionem pignoris impedire non posse. tit.xxviii. ex lib.VIII. 1231.
de Delictis defunctorum, &c. tit.xvii. ex lib.IV. 257.
Depositi, vel contra. tit.xxxiv. ex lib.IV. 349.
de Dedititia libertate tollenda. tit.v. ex lib.VII. 951.

de Distractione pignorum. *tit.xxvii. ex lib.VIII.* 1229.
de Dividenda tutel. & pro qua parte,quisque tutorum conveniatur. *tit.LII. ex lib.V.* 693.
Divortio facto apud quem liberi morari, vel educati debeant. *tit.xxiv. ex lib.V.* 550.
de Donationibus. *tit.LIII. ex lib.VIII.* 1330.
de Donationibus ante nuptias,vel propter nuptias, & sponsalibus. *tit.III. ex lib.V.* 438.
de Donationibus inter virum, & uxorem, & à parentibus in liberos factis,& de ratihabitione. *tit.xvi.ex lib.V.* 532.
de Donationibus, quæ sub modo, vel conditione, vel sub certo tempore conficiuntur. *tit.LIV.ex lib.VIII.* 1349.
de Dote cauta non numerata. *tit.xv. ex lib.V.* 532.
de Dotis promissione, & nudà pollicitatione. *tit.xi. ex libro V.* 477.
de Duobus reis stipulandi, & promittendi. *tit.xxxix. ex lib. VIII.* 1274.

E

de EDendo. *tit.i. ex lib.II.* 1.
de Edicto Divi Adriani tollendo, & quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. *tit.xxxiii. ex lib.VI.* 791.
de Emancipationibus liberorum.*tit.XLVIII.ex lib.VIII.*1314
de Emendatione propinquorum. *tit.xv. ex lib.IX.* 1434.
de Emendatione servorum. *tit.xiv. ex lib.IX.* 1433.
de Eo, qui pro tutore negotium gessit. *tit.xlv.ex lib.V.*586.
Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. *tit.xxvi. ex lib.VIII.* 1227.
de Evictionibus. *tit.xliv. ex lib.VIII.* 1287.
de Eunuchis. *tit.xlii. ex lib.IV.* 370.
de Executione rei judicatæ. *tit.LIII. ex lib.VII.* 1091.
de Exceptionibus, sive præscriptionibus. *tit.xxxv. ex libro VIII.* 1240.
Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. *tit.xvII. ex lib.IV.* 257.
de Exercitoria, & institoria actione. *tit.xxv. ex lib.IV.* 303.
de Excusatione Veteranorum. *tit.Lxv. ex lib.V.* 607.
de Excusationibus tutorum, vel curatorum, & de temporibus earum. *tit.LXII. ex lib.V.* 604.
de Exhibendis,& transmittendis reis. *tit.III.ex lib.IX.*1383.

F

de FAlsa causa adjecta legato,vel fideicommisso.*tit.xliv. ex lib.VI.* 854.
de Falsa moneta. *tit.xxiv. ex lib.IX.* 1449.
de Famosis libellis. *tit.xxxvi. ex lib.IX.* 1464.
de Fide instrumentorum. *tit.xxi. ex lib.IV.* 282.
de Fideicommissariis libertatibus. *tit.iv. ex lib.VII.* 949.
de Fideicommissis. *tit.xlii. ex lib.VI.* 837.
de Fidejussoribus,& mandatoribus. *tit.xl. ex lib. VIII.*1276.
de Fidejussoribus tutorum, vel curatorum. *tit.LVII. ex libro V.* 600.
de Fructibus, & litium expensis. *tit.LI. ex lib.VII.* 1086.
de Fundo dotali. *tit.xxiii. ex lib.V.* 550.
de Furtis, & servo corrupto. *tit.II. ex lib.VI.* 618.

G

de GEnerali abolitione. *tit.xliii. ex lib.IX.* 1474.

H

de HEreditariis actionibus. *tit.xvi. ex lib.IV.* 254.
de Heredibus instituendis,& quæ personæ heredes institui non possunt. *tit.xxiv. ex lib.VI.* 718.
de Heredibus tutorum,vel curatorum. *tit.LIV.ex lib.V.*598.
de Hereditate, vel actione vendita. *tit.xxxix.ex lib.IV.*365.
de Hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium militum, & fabricentium. *tit.LXII. ex lib.VI.* 936.
de His, quæ pœnæ nomine in testamento, vel codicillis relinquuntur. *tit.xli. ex lib.VI.* 834.
de His, quæ sub modo legata,vel fideicommissa relinquuntur. *tit.xlv. ex lib.VI.* 854.
de His,qui à non dom. manumissi sunt.*tit.x.ex lib.VII.* 964.
de His,qui sibi adscribũt in testam.*tit.xxIII.ex lib.IX.*1446.
de His, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. *tit.LII. ex lib.VI.* 907.
de His, qui in priorum creditorum locum succedunt. *tit.xvIII. ex lib.VIII.* 1218.
de His, qui latrones, vel aliis criminibus reos occultaverint. *tit.xxxix. ex lib.IX.* 1465.
de His, qui parentes, vel liberos occiderunt. *tit.xvII. ex lib.IX.* 1436.
de His, qui propter metum judicis non appellarunt. *tit.Lxvii. ex lib.VII.* 1024.
de His, quibus ut indignis hereditas aufertur, & ad Senatusconsultum Syllanianum. *tit.xxxv. ex lib.VI.* 797.

I

de IMpuberum,& aliis substitution.*tit.xxvi.ex lib.VI.*739.
de Incertis personis. *tit.xlviii. ex lib.VI.* 863.
de Incestis,& inutilibus nuptiis. *tit.v. ex lib.V.* 444.
de Indicta viduitate, & de lege Julia Miscella tollenda. *tit.xl. ex lib.VI.* 834.
de Infantibus expositis liberis, & servis, & de his, qui sanguinolentos nutriendos acceperunt. *tit. LI. ex libro VIII.* 1323.
de Infirmandis pœnis cœlibatus, & orbitatis, & de decimariis sublatis. *tit.LVII. ex lib.VIII.* 1358.
de Ingenuis manumissis. *tit.xiv. ex lib.VII.* 973.
de Ingratis liberis. *tit.xlix. ex lib.VIII.* 1317.
de In jus vocando. *tit.II. ex lib.II.* 20.
de Injuriis. *tit.xxxv. ex lib.IX.* 1462.
de In litem dando tutore,vel curatore.*tit.xliv.ex lib.V.*584.
de In litem jurando. *tit.LIII. ex lib.V.* 591.
In quibus casibus cessat longi temporis præscriptio. *tit.xxxiv. ex lib.VII.* 1023.
In quibus casibus tutorem, vel curatorem habenti tutor, vel curator detur. *tit.xxxvi. ex lib.V.* 565.
In quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur. *tit.xiv. ex lib.VIII.* 1200.
de Institutionibus, & substitutionibus, seu restitutionibus sub conditione factis. *tit.xxv. ex lib.VI.* 726.
de Interdictis. *tit.i. ex lib.VIII.* 1136.
de Interdicto matrimonio inter pupillam, & tutorem, seu curatorem,filiosque eorum. *tit.vi. ex lib.V.* 448.
de Inutilibus stipulationibus.*tit.xxxvIII.ex lib.VIII.* 1272.
de Judiciis. *tit.i. ex lib.III.* 112.
de Jure aureorum annulorum, & de natalibus restituendis. *tit.vIII. ex lib.VI.* 647.
de Jure deliberandi, & de adeunda, vel adquirenda hereditate. *tit.xxx. ex lib.VI.* 768.
de Jure dominii impetrando. *tit.xxxIII.ex lib.VIII.* 1238.
de Jure dotium. *tit.xII. ex lib.V.* 478.
de Jure emphyteutico. *tit.Lxvi. ex lib.IV.* 415.
de Jure liberorum. *tit.Lviii. ex lib.VIII.* 1361.

L

de LAtina libertate tollenda, & per certos modos in Civitatem Romanam transfusa. *tit.vi.ex lib.VII.* 957.
de Legatis. *tit.xxxvII. ex lib.VI.* 811.
de Lege Fusia Caninia tollenda. *tit.III. ex lib.VII.* 948.
de Legitimis heredibus. *tit.LvIII. ex lib.VI.* 919.
de Legitima tutela. *tit.xxx. ex lib.V.* 557.
de Liberali causa. *tit.xv. ex lib.VII.* 978.
de Liberis exhibendis, seu deducendis, & de libero homine exhibendo. *tit.vIII. ex lib.VIII.* 1168.
de Liberis præteritis,& exheredat.*tit.xxvIII.ex lib.VI.*760.
de Libertis, & eorum liberis. *tit.vII. ex lib.VI.* 645.
de Litigiosis. *tit.xxxvi. ex lib.VIII.* 1248.
de Locato, & conducto. *tit.Lxv. ex lib.IV.* 406.
de Longi temporis præscriptione,quæ pro libertate, & non adversus libertatem opponitur. *tit.xxII. ex lib.VII.* 992.
de Luitione pignoris. *tit.xxx. ex lib.VIII.* 1235.

M

de MAgistratibus conveniendis. *tit.Lxxv.ex lib.V.* 614.
de Maleficis, & Mathematicis, & cæteris similibus. *tit.xvIII. ex lib.IX.* 1438.
Mandati, vel contra. *tit.xxxv. ex lib.IV.* 354.
de Monopoliis,& conventu,& negotiatorum illicito,vel artificio ergo laborum, necnon balneatorum prohibitis, licitisque pactionibus. *tit.Lix. ex lib.IV.* 397.
de Mortis causa donationibus. *tit.Lvi. ex lib.VIII.* 1355.
de Mulieribus, quæ servis propriis se junxerunt. *tit.xi. ex lib.IX.* 1427.

de

de Mutatione nominis. tit.xxv. ex lib.IX. 1451.

N

de NAutico fœnore. tit.xxxiii. ex lib.IV. 348.
de Naturalibus liberis,& matribus eorum,& ex quibus causis justi efficiantur. tit.xxvii. ex lib.V. 552.
Ne de statu defunctorum,&c. tit.xxi. ex lib.VII. 990.
Ne dominicæ rei, vel templorum vindicatio temporis præscriptione submoveatur. tit.xxxviii. ex lib.VII. 1028.
Ne fidejussores, vel mandatores dotium dentur. tit.xx. ex lib.V. 544.
Ne filius pro patre, vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono conveniatur. tit.xiii. ex lib.IV. 249.
Ne liceat in una,eademque causa tertio provocare,vel post duas sententias judicum,quas definitio Præfectorum roboraverit, retractare. tit.lxx. ex lib.VII. 1126.
Ne pro dote mulieris bona quondam mariti abdicantur. tit.xxii. ex lib.V. 548.
Ne sine jussu principis certis judicibus liceat confiscare. tit.xlviii. ex lib.IX. 1481.
Ne tutor,vel curator vectigalia cõducat.tit.xli.ex lib.V.579.
Ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore,vel mater pro filio conveniatur. tit.xii. ex lib.IV. 248.
de Necessariis heredibus instituendis, vel substituendis. tit.xxvii. ex lib.VI. 753.
de Nili aggeribus non rũpendis.tit.xxxviii.ex lib.IX.1465.
de Non numerata pecunia. tit.xxx. ex lib.IV. 326.
de Novationibus,& delegationibus.tit.xlii. ex lib.VIII.1282.
de Nudo jure Quiritium tollendo. tit.xxv. ex lib.VII. 994.
de Nundinis, & mercatibus. tit.lx. ex lib.IV. 397.
de Nuptiis. tit.iv. ex lib.V. 440.

O

de OBligationibus,& actionibus. tit.x. ex lib.IV. 239.
de Obsequiis patronis præstandis. tit.vi. ex lib.VI. 644.
de Operis libertorum. tit.iii. ex lib.VI. 631.
de Operibus publicis. tit.xl. ex lib.VIII. 1182.
de Ordine cognitionum. tit.xix. ex lib.VII. 988.

P

de PActis. tit.iii. ex lib.II. 24.
de Pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias,& paraphernis. tit.xiv. ex lib.V. 529.
de Pactis inter emptorem, & venditorem compositis. tit.liv. ex lib.IV. 388.
de Pactis pignor. & de lege commissoria in pignoribus rescindenda. tit.xxxiv. ex lib.VIII. 1239.
de Partu pignoris,& omni causa. tit.xxiv. ex lib.VIII. 1224.
de Patria potestate. tit.xlvi. ex lib.VIII. 1305.
de Patribus, qui filios suos distraxerunt. tit. xliii. ex lib.IV. 371.
de Peculio ejus, qui libertatem meruit. tit. xxiii. ex lib.VII. 993.
de Periculo, & commodo rei venditæ. tit.xlviii. ex lib.IV. 379.
de Periculo tutorum, vel curatorum. tit.xxxviii. ex lib.V. 575.
Per quas personas nobis adquiratur. tit.xxvii. ex lib.IV. 314.
de Petitione hereditatis. tit.xxxi. ex lib.III. 150.
de Pigneratitia actione. tit.xxiv. ex lib.IV. 264.
de Pignoribus,& hypothecis. tit.xiii. ex lib.VIII. 1186.
Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. tit.xxii. ex lib.IV. 291.
de Pœna judicis, qui male judicavit. tit. xlix. ex lib.VII. 1084.
de Pœnis. tit.xlvii. ex lib.IX. 1478
de Postliminio,& red.ab host. tit.l. ex lib.VIII. 1318.
de Postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel præteritis. tit.xxix. ex lib.VI. 764.
de Precario, & Salviano interdicto. tit.ix. ex lib. VIII. 1170.
de Prædiis, & aliis rebus minorum sine decreto non alienandis, vel obligandis. tit.lxxi. ex lib.V. 609.
de Præscriptione lõgi temporis.tit.xxxiii.ex lib.VII.1019.
de Præscriptione triginta, vel quadraginta annorum. tit.xxxix. ex lib.VII. 1029.
de Prætorio pignore, & ut in actionibus etiam debitorum prætorii pignoris missio procedat.tit.xxii.ex lib.VIII.1221.
de Privatis carceribus inhibendis. tit.v. ex lib.IX. 1391.
de Privilegio dotis. tit.lxxiv. ex lib.VII. 1134.
de Privilegio fisci. tit.lxxiii. ex lib.VII. 1131.
de Probationibus. tit.xix. ex lib.IV. 263.
Pro quibus causis servi pro præmio libertatem accipiunt. tit.xiii. ex lib.VII. 971.
de Prohibita sequestratione pecuniæ. tit.iv. ex lib.IV. 217.
Pro socio. tit.xxxvii. ex lib.IV. 360.

Q

de QUadriẽnii præscriptione.tit.xxxvii.ex lib.VII.1026.
Quæ res exportari non debeant. tit.xli. ex lib.IV. 369.
Quæ res pignori obligari possunt, vel non, & qualiter pignus contrahatur. tit.xvi. ex lib.VIII. 1206.
Quæ res venire non possunt, & quæ vendere, vel emere vetantur. tit.xl. ex lib.IV. 368.
Quæ sit longa consuetudo. tit.lii. ex lib.VIII. 1325.
de Quæstionibus. tit.xli. ex lib.IX. 1466.
Quando civilis actio criminali præjudicet:& an utraque ab eodem exerceri possit. tit.xxxi. ex lib.IX. 1455.
Quando decreto opus non est. tit.lxxii. ex lib.V. 612.
Quando dies legati, vel fideicommissi cedat. tit.liii. ex lib.VI. 907.
Quando ex facto tutoris, vel curatoris minores agere, vel conveniri possunt. tit.xxxix. ex lib.V. 576.
Quando fiscus, vel privatus debitoris sui exigere possit, vel debeat. tit.xv. ex lib.IV. 254.& 241.
Quando mulier tutelæ officio fungi potest. tit.xxxv. ex lib.V. 563.
Quando non petentium partes petentibus adcrescant. tit.x. ex lib.VI. 652.
Quando provocare non est necesse.tit.lxiv.ex lib.VII.1159.
Quando tutores, vel curatores esse desinant. tit. lx. ex lib.V. 603.
Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur,& describantur. tit.xxxii. ex lib.VI. 788.
Qui accusare non possunt. tit.i. ex lib.IX. 1362.
Qui ætate se excusant. tit.lxviii. ex lib.V. 608.
Qui admitti ad bonorum possessionem possint, & intra quod tempus. tit.ix. ex lib.VI. 648.
Qui bonis cedere possunt. tit.lxxi. ex lib.VII. 1126.
Qui dare tutores, vel curatores possunt, & qui dari non possunt. tit.xxxiv. ex lib.V. 563.
Qui manumittere non possunt,& ne in fraudem creditorum manumittantur. tit.xi. ex lib.VII. 965.
Qui morbo se excusant. tit.lxvii. ex lib.V. 607.
Qui non possunt ad libertatem pervenire. tit.xii. ex lib.VII. 969.
Qui numero liberorum se excusant. tit. lxvi. ex lib.V. 607.
Qui numero tutelarum se excusant. tit. lxix. ex lib.V. 608.
Qui petant tutores,vel curatores. tit.xxxi.ex lib.V. 560.
Qui potiores in pignore habeãtur.tit.xviii.ex lib.VIII.1209
Qui testamentum facere possunt, vel non. tit. xxii. ex lib.VI. 703.
Quibus ad libertatem proclamare non licet, & de rebus eorum, qui ad libertatem proclamare non prohibentur. tit.xviii. ex lib.VII. 987.
Quibus non objicitur longi temporis præscriptio. tit.xxxv. ex lib.VII. 1025.
Quibus res judicata non noceat. tit.lvi. ex lib.VII. 1098.
Quod cum eo, qui in aliena potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio, seu quod jussu, vel de in rem verso. tit.xxvi. ex lib.IV. 305.
Quomodo, & quando judex sententiam proferre debeat præsentibus partibus, vel una parte absente. tit.xliii. ex lib.VII. 1057.
Quorum appellationes non recipiantur. tit. lxv. ex lib.VII. 1111.
Quorum bonorum. tit.ii. ex lib.VIII. 1145.
Quod legatorum. tit.iii. ex lib.VIII. 1147.

R

de Raptu virginum, seu viduarum, vel sanctimonialium. tit.XIII. ex lib.IX. 1432.
de Ratiociniis operum publicorum, & patribus Civitatum. tit.XII. ex lib.VIII. 1185.
de Re judicata. tit.LII. ex lib.VII. 1089.
de Rebus alienis non alienandis. tit.LI. ex lib.IV. 385.
de Rebus creditis, & jurejur. tit.I. ex lib.IV. 184.
de Rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, & de natura dotibus præstita. tit.XIII. ex lib.V. 488.
de Relationibus. tit.LXI. ex lib.VII. 1102.
Rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione. tit.LIII. ex lib.IV. 387.
de Remissione pignoris. tit.XXV. ex lib.VIII. 1226.
de Repudianda, vel abstinenda hereditate. tit.XXXI. ex lib.VI. 784.
de Repudianda bonorum possessione. tit. XIX. ex lib.VI. 676.
de Repudiis, & judicio de moribus sublato. tit.XVII. ex lib.V. 536.
de Requirendis reis. tit.XL. ex lib.IX. 1466.
Rerum amotarum. tit.XXI. ex lib.V. 545.
de Rerum permutatione, & præscriptis verbis actione. tit.LXIV. ex lib.IV. 403.
Res inter alios actas, vel judicatas alii non nocere. tit.LX. ex lib.VII. 1101.
de Rescindenda venditione, & quando liceat ab emptione discedere. tit.XLIV. & XLV. ex lib.IV. 371.
de Revocandis donationibus. tit.LV. ex lib.VIII. 1351.
de Revocandis his, quæ in fraudem alienata sunt. tit.LXXV. ex lib.VII. 1135.

S

de Secundis nuptiis. tit.IX. ex lib.V. 451.
de Seditiosis, & his, qui contra Rempublicam audent plebem colligere. tit.XXX. ex lib.IX. 1455.
de Senatusconsulto Claudiano tollendo. tit. XXIV. ex lib.VII. 993.
de Sententia, quæ sine certa quantitate prolata est. tit.XLVI. ex lib.VII. 1071.
de Sententiam passis, & restitutis. tit.LI. ex lib.IX. 1483.
Sententiam rescindi non posse. tit.L. ex lib.VII. 1084.
de Sententiis, & interlocutionibus omnium judicum. tit.XLV. ex lib.VII. 1063.
de Sententiis ex periculo recitandis. tit. XLIV. ex lib.VII. 1061.
de Sententiis præfectorum prætorio. tit. XLII. ex lib.VII. 1056.
de Sententiis, quæ pro eo, quod interest proferuntur. tit.XLVII. ex lib.VII. 1072.
de Sepulchro violato. tit.XIX. ex lib.IX. 1437.
de Servo pignori dato manumisso. tit.VIII. ex lib.VII. 961.
de Servis fugitivis, & libertis mancipiisque civitatum, artificibus, & ad diversa opera deputatis, & ad rem privatam, vel dominicam pertinentibus. tit.I. ex lib.VI. 615.
de Servis Reipublicæ manumittendis. tit.IX. ex lib.VII. 963.
Si adversus creditorem præscriptio opponatur. tit.XXXVI. ex lib.VII. 1025.
Si aliena res pignori data est. tit.XV. ex lib.VIII. 1203.
Si antiquior creditor pignus vendiderit. tit.XIX. ex lib.VIII. 1220.
Si à non competenti judice judicatum esse dicatur. tit. XLVIII. ex lib.VII. 1081.
Si certum petatur. tit.II. ex lib.IV. 202.
Si communis res pignori data sit. tit.XX. ex lib.VIII. 1220.
Si contra matris voluntatem tutor datus sit. tit.XLVII. ex lib. V. 587.
Si de momentanea possessione fuerit appellatum. tit.LXIX. ex lib.VII. 1125.
Si dos constante matrimonio soluta fuerit. tit. XIX. ex libro V. 542.
Si ex falsis testamentis, vel testimoniis judicatum erit. tit. LVIII. ex lib.VII. 1100.
Si ex pluribus tutoribus, vel curatoribus omnes, vel unus agere pro minore, vel conveniri possit. tit.XL. ex lib.V. 577.
Si in causa judicati pignus captum sit. tit.XXII. ex lib.VIII. 1222.
Si in fraudem patroni à libertis alienatio facta sit. tit.V. ex lib. VI. 639.
Si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. tit.LXXIV. ex lib.V. 613.
Si mancipium ita venierit ne prostituatur. tit. LVI. ex libro IV. 392.
Si mancipium fuerit alienatum, ut manumittatur, vel contra. tit.LVII. ex lib.IV. 393.
Si mater indemnitatem promisit. tit.XLVI. ex lib.V. 586.
Si nuptiæ ex rescripto petantur. tit.VIII. ex lib.V. 451.
Si omissa sit causa testamenti. tit.XXXIX. ex lib.VI. 831.
Si pendente appellatione mors intervenerit. tit.LXVI. ex libro VII. 1122.
Si per vim, vel alio modo absentis perturbata sit possessio. tit.V. ex lib.VIII. 1162.
Si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non sit. tit.XXXII. ex lib.VIII. 1237.
Si pignus pignori datum sit. tit.XXIV. ex lib.VIII. 1223.
Si plures una sententia condemnati sint. tit.LV. ex lib.VII. 1097.
Si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata. tit.XLVI. ex lib.IV. 376.
Si quacunque præditus potestate, vel ad eum pertinentes ad supposttarum jurisdictioni suæ aspirare tentaverit nuptias. tit.VII. ex lib.V. 450.
Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit. tit.XXXIV. ex lib.VI. 794.
Si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit. tit.L. ex lib.IV. 384.
Si quis eam, cujus tutor fuerit, corruperit. tit.X. ex lib.IX. 1427.
Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparaverit. tit.LXXIII. ex lib.V. 612.
Si quis Imperatori maledixerit. tit.VII. ex lib.IX. 1393.
Si Rector provinciæ, vel ad eum pertinentes sponsalitia dederint. tit.II. ex lib.V. 434.
Si reus, vel accusator mortuus fuerit. tit.VI. ex lib.IX. 1391.
Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit. tit.X. ex lib.V. 475.
Si servus exportandus veneat. tit.LV. ex lib.IV. 391.
Si servus extero se emi mandaverit. tit.XXXVI. ex lib.IV. 359.
Si tutor, vel curator falsis allegationibus excusatus sit. tit.LXIII. ex lib. V. 606.
Si tutor, vel curator Reipublicæ causa abfuerit. tit.LXIV. ex lib. V. 606.
Si tutor, vel curator non gesserit. tit.LV. ex lib.V. 598.
Si vendito pignore agatur. tit.XXIX. ex lib.VIII. 1234.
Si unus ex pluribus appellaverit. tit.LXVII. ex lib.VII. 1124.
Si unus ex pluribus heredibus creditoris, vel debitoris partem suam debiti solverit, vel acceperit. tit.XXXI. ex libro VIII. 1237.
Sine censu, vel reliquis fundum comparari non posse. tit.XLVII. ex lib.IV. 377.
de Solutionibus, & liberationibus. tit.XLII. ex lib.VIII. 1284.
Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. tit.XVIII. ex lib. V. 539.
de Sponsalibus, & arris, &c. tit.I. ex lib.V. 428.
de Successorio edicto. tit.XVI. ex lib.VI. 667.
de Suffragio. tit.III. ex lib.IV. 215.
de Suis, & legitimis liberis, & ex filia nepotibus ab intestato venientibus. tit.LV. ex lib.VI. 910.
de Suspectis tutoribus, & curatoribus. tit.XLIII. ex lib.V. 582

T

de Tabulis exhibendis. tit.VII. ex lib.VIII. 1167.
de Temporibus, & reparationibus appellationum, & consultationum. tit.LXIII. ex lib.VII. 1112.
de Testamentaria manumissione. tit.II. ex lib.VII. 944.
de Testamentaria tutela. tit.XXVIII. ex lib.V. 554.
de Testamento militis. tit.XXI. ex lib.VI. 698.
de Testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur. tit.XXIII. ex lib.VI. 706.
de Testibus. tit.XX. ex lib.IV. 274.

de

TITULORUM.

de Tutore, vel curatore, qui satis non dedit. *tit.XLII. ex lib. V.* 581.
de Tutoribus, vel curatoribus illustrium, vel clarissimarum personarum. *tit.XXXIII. ex lib.V.* 561.

V

UBi pupilli educari debeant. *tit.XLIX. ex lib.V.* 588.
Ubi tutores, vel curatores petantur. *tit.XXXII. ex libro V.* 561.
Vectigalia nova institui non posse. *tit.LXII. ex lib.IV.* 400.
de Vectigalibus, & commissis. *tit.LXI. ex lib.IV.* 398.
de Verborum, & rerum significatione. *tit.XXXVIII. ex libro VI.* 825.
de Vi bonorum raptorum. *tit.XXXIII. ex lib.IX.* 1460.
de Vindicta libertate, & apud concilium manumissione. *tit.I. ex lib.VII.* 938.
Unde legitimi, & unde cognati. *tit.XV. ex lib.VI.* 666.
Unde liberi. *tit.XIV. ex lib.VI.* 662.
Unde vi. *tit.IV. ex lib.VIII.* 1148.
Unde vir, & uxor. *tit.XVIII. ex lib.VI.* 674.
de Usucapione pro donato. *tit.XXVII. ex lib.VII.* 998.
de Usucapione pro dote. *tit.XXVIII. ex lib.VII.* 999.
de Usucapione pro emptore, vel transactione. *tit.XXVI. ex lib. VII.* 995.
de Usucapione pro herede. *tit.XXIX. ex lib.VII.* 999.
de Usucapione transformanda, & de sublata differentia rerum mancipi, & nec mancipi. *tit.XXXI.ex lib.VII.* 1001.
de Usuris. *tit.XXXII. ex lib.IV.* 337.
de Usuris, & fructibus legatorum, seu fideicommissorum. *tit.XLVII. ex lib.VI.* 860.
de Usuris pupillaribus. *tit.LVI. ex lib.V.* 599.
de Usuris rei judicatæ. *tit.LIV. ex lib.VII.* 1094.
Ut actiones ab heredibus, & contra heredes incipiant. *tit. XI. ex lib.IV.* 247.
Ut causæ post pubertatē adsit tutor. *tit.XLVIII.ex lib.V.* 588.
Ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, & quando satisdari debeat. *tit.LIV. ex lib.VI.* 909.
Ut intra certum tempus criminalis quæstio terminetur. *tit.XLIV. ex lib.IX.* 1475.
Uti possidetis. *tit.VI. ex lib.VIII.* 1165.

INDEX ALTER ALPHABETICUS LEGUM, ET PARAGRAPHORUM

Ex præcitatis Titulis CODICIS.

A

L. AB *administratione* 8. De legatis. 817.
L. Ab hostibus 2. De postlimin.reverf. 1320.
L. Actori delato 8. De reb. cred. & jurejur. 194.
L. Ad commentariensem 4. De cust.reor. 1389.
L. Ad probationem 22. De probation. 268.
L. Ad probationem 21. De probationibus. 273.
L. Adversus creditorem 5. De usur. 340.
L. Adversus debitorem 10. De oblig. & act. 246.
L. Adversus fratrem 3. De excep. seu præscr. 1242.
L. Adulter post quinquennium 5. Ad leg.Jul.de adul. 1404.
L. Adultera si postea 13. Ad leg.Jul.de adult. 1415.
L. A judice 5. De judic. 121.
L. Alia causa 8. De his,quib. ut indign. 804.
L. An in totum 3. De ædif. priv. 1176.
L. Apertissimi juris est 16. De judic. 146.
L. Apud antiquos pen. de fur. & ser. cor. 626.
L. Assiduis aditionibus ult. Qui pot.in pig.hab. 1215.
§. Ad hæc omnia ibid.

B

L. B*Onam fidem* 4. De oblig. & act. 243.

C

L. C*Astitati temporum* 9. Ad leg.Jul.de adult. 1411.
L. Causa jurejurando 1. De reb.cre. & jurejur. 184.
L. Certi juris est penult. De judic. 150.
L. Certi juris est 5. De locat. & conduct. 408.
L. Cessante omni penul. De commer. & mercat. 403.
L. Circa locationes 19. De locat. & conduct. 412.
L. Civile est 5. De fur. & ser.corrup. 623.
L. Cogi possessores 11. De petit. heredit. 174.
L. Comparationes 20. De fide instr. 287.
L. Competit nostra 6. De præscr.30.vel 40.ann. 1035.
L. Conditioni 2. De institu. & substitut. 728.
L. Conditionis incertum 1. De pactis. 28.
L. Constitutionibus 20. De usur. 344.
L. Consuetudinis 2. Quæ sit longa consuet. 1328.
L. Contractus 17. De fide instrum. 283.
L. Creditor ad petitionem 20. De pign. & hypot. 1198.
L. Creditor 3. De pigner.act. 295.
L. Creditor, qui fundos 7. De pigner.act. 298.
L. Creditori tuo 5. De pact. 49.
L. Creditores, qui non reddita 3. De pign. & hyp. 1189.
L. Creditoris falso 8. De cond.indeb. 225.
L. Cum adseveres te 1. De præsc.30.vel 40.ann. 1032.
L. Cum alienam 10. De legat. 818.
L. Cum aliis sanctionibus 4. De secund.nupt. 459.
L. Cum aliquis 21. De jur. delib. 775.
L. Cum anterioribus ult. De temp. & repar. appell. 1115.
§. Et cum ibid. *§. In his autem* 1116.
§. Si tamen ibid.
L. Cum apud ult. De testib. 281.
L. Cum debitoris 7. de judic. 122.
L. Cum dubitabitur 3. De jure emphyt. 425.
L. Cum eorum, qui 5. De sent.& interloc. 1068.
L. Cum etiam 5. De reb.cred. & jurejur. 194.
L. Cum ex causa 2. Manda. vel contra. 356.
L. Cum filiusfamilias 1. Quod cum eo, &c. 306.
L. Cum heredes 1. De impub. & aliis substit. 741.
L. Cum hereditas 9. Deposit.vel cont. 352.
L. Cum hereditatis ult. De petit.hered. 179.
§. Sin autem ibid.
L. Cum in adoptivis 10. De adoption. 1312.
L. Cum in antiquioribus 19. De jure delib. 771.
L. Cum in longi ult. de præscr.longi temp. 1022.
L. Cum nemo causam 5. De acquir.& retin.poss. 1015.
L. Cum nondum 4. De excep. seu præscript. 1243.
L. Cum notissimi juris 7. De præscr.30.vel 40.ann. 1039.
§. Quamobrem ibid.
L. Cum posteaquam 9. De pactis 64.
L. Cum precibus 18. De probationib. 271.
L. Cum proponas filio 16. De pact. 97. & 28.
L. Cum proponas, inter 21. De pactis. 104.
L. Cum proponas 6. De reb.cred. & jurejur. 194.
L. Cum proponas radicibus 1. De interdict. 1139.
L. Cum quærebatur ult. Unde vi 1161.
L. Cum quæstio 23. De legatis 822.
L. Cum quidam ult. De fide instrum. 290.
L. Cum quidam ult. De jure dot. 484.
§. Simili ibid. *§. Præterea* ibid.
L. Cum quidam pen. De verb.& re.sign. 827.
L. Cum quidam ult. de instit. & substit. 737.
L. Cum quidam 24. De legat. 822.
L. Cum quis legatum ult. De reb. cred. 202. & 184.
L. Cum remp. 3. Qui potior.in pign.hab. 1211.
L. Cum responso 12. De leg. 813.
L. Cum solitum est ult. De sent. & interlocut. 1070.
L. Cum soluta 3. de cond.ind. 221.
L. Cum te in Gallia 9. Si cert. pet. 211.

L. Cum

Index Alphabeticus

L. Cum te minorem 9. De probation. 268.
L. Curialis neque 30. De locat. & conduct. 414.

D

L. DAmus licentiam pen. Ad leg.Corn.de falf. 1444.
L. Datum legatum 17. De legat. 814.
L. Debitor, qui 1. De pign. & hyp. 1187.
L. Debitores præsentes 10. De pign. & hypot. 1192.
L. Debitores quidem 1. De excep. seu præscript. 1241.
L. Debitori suo 7. De pact. 60.
L. Debitorum pactionibus 25. De pactis 108.
L. De crimine adulterii 10. Ad leg.Jul.de adult. 1413.
L. Defensiones sive 11. De except. seu præsc. 1246.
L. De hereditate 5. De petit. heredit. 167.
L. Delata conditione 9. De reb.cred. & jurejur. 196.
L. Desiderium tuum 7. Deposit.vel cont. 351.
L. Distractis à debitore 14. De pign. & hyp. 1194.
L. Diversis temporibus 8. Qui pot.in pig.hab. 1209.
L. Donatarum rerum 3. De acquir.& retin.poss. 1012.
L. Dotis quidem 5. De collation. 684.

E

L. EA lege 3. De condic. ob cauf. 231.
L. Ea, quæ per 4. De cond.indeb. 221.
L. Edita actio 3. De edend. 10.
L. Ei, qui servo 7. Quod cum eo, &c. 313.
L. Ejus, quod 9. De compensat. 334.
L. Ejus rei 2. Quod cum eo, &c. 307.
L. Emancipatos liberos 1. De collat. 683.
L. Emptor fundi 8. De eviction. 1297.
L. Emptor hereditatis 1. De eviction. 1290.
L. Emptorem quidem 9. De locat. & conduct. 408.
L. Emptori etiam 21. De eviction. 1300.
L. Eo quod 10. Si certum petat. 212.
L. Eos, qui officia 3. Si cert.pet. 206.
L. Eos, qui 6. De appellationib.& consult. 1106.
§. Si quid ibid. §. Ne temere ibid.
§. Si quis 1107. §. Sin autem ibid.
§. Super his ibid.
L. Est in arbitrio ult. De oblig.& act. 246.
L. Et nomen unic. De caduc. tollen. 871.
§. Cum igitur 878. §. Sin autem 893.
§. Et cum triplici 881. §. His ita. 896.
§. In primo 883. §. Ubi autem 902.
§. Pro secundo 885. §. Quæ autem 905.
§. In novissimo 887. §. Cum autem ibid.
§. Libertatibus 890 §. Hæc autem 906.
L. Et si crimine 12. Ad leg.Jul.de adult. 1414.
L. Et si frater tuus 16. De pign. & hypot. 1195.
L. Etiam jure 1. De testib. 274.
L. Etiamsi contrariam 4. Manda. vel contra. 357.
L. Etiamsi non 3. Quod cum eo, &c. 308.
L. Eum, qui mutuam 13. Si cert.pet. 213.
L. Eum, qui duas 18. Ad leg.Jul.de adult. 1419.
L. Ex causa 2. De compensat. 333.
L. Exceptione doli 11. De eviction. 1299.
L. Exceptionem 19. De probationib. 271.
L. Ex conventione 11. De pact. 81.
L. Exemplo 7. De probationib. 266.
L. Ex his prædiis 5. De evictionib. 1295.
L. Ex libris Sabinianis ult. De acquir.& retin. poss. 1017.

F

L. FIdeicommissum 7. De condict.indeb. 225.
L. Filia legatorum 11. De legat. 814.
L. Filiæ dotem 4. De collationib. 684.
L. Filius paciscendo 23. De pactis. 108. & 41.
L. Fœminæ, quæ 3. De secund.nupt. 456.
L. Fructus 1. De pigner.act. 294.
L. Frustra Senatusconsulti 2. Ad Senatusconf.Vellej. 323.

G

L. GEneraliter de omnibus 12.De reb.cred.& jurejur. 199.
§.Sed juramento ibid. §. His de præsentib. ibid.
§. Sin autem ibid. §. In omnibus 200.
§. Sive autem ibid. §. Similique ibid.
L. Generaliter censemus 5. De secund. nupt. 462.
§. In his autem ibid. §. Illud 463.
L. Generaliter sancimus 6. De instit. & substit. 733.
§. Cum autem. ibid.
L. Graccus, quem 4. Ad leg.Jul. de adult. 1401.

H

L. HAc edictali 6. De secund. nupt. 465.
§. His illud 468.
L. Heredes, quos 1. De his quibus, ut indig. 797.
L. Hereditatem quidem 11. De impub.& aliis substitut. 743.
L. Hereditas in testam. 4. De his quib. ut indign. 804.
L. Hereditas materteræ 3. De petit. hered. 164.
L. Hereditatis petitione 7. De petit. heredit. 171.
L. Heres institutus 3. De impu. & aliis substi. 746.

I

L. ILlud quod ult. De legatis. 818.
L. Imp. Antoninus 1. De edendo. 5.
L. Improba possessio. 7. De adquir.& retinend.poss. 1016.
L. In actione etiam 10. De reb. cred. & jurejur. 198.
L. In annalibus 22. De legatis. 814.
L. In bonæ fidei 13. De pactis. 86.
L. In bonæ fidei 3. De reb. cred. & jurejur. 190.
L. In bonæ fidei 13. De usuris. 341.
L. Incendium 11. Si cert. pet. 212.
L. Incerti juris 3. De interdict. 1142.
L. Indebitas usuras 18. De Usuris. 344.
L. Indebitum solutum 9. De cond. indeb. 226.
§. Citra mandatum ibid.
L. In Emphyteuticariis 2. De jur. emphyteut. 421.
L. In quibus causis 7. De secund. nupt. 471.
L. In restituenda 4. De petit. hered. 166.
L. Instrumenta domestica 5. De probationibus. 266.
L. In summa debiti 6. De pignorib. & hypot. 1190.
L. Invasor locorum 5. Unde vi. 1152.
L. Invicem debiti 12. De compensa. 336.
L. Is apud quem 2. De edendo. 8.
L. Ita nobis cordi 28. Ad leg. Jul. de adult. 1422.
L. Jubemus licere 11. Ad Senatusc. Vellej. 325.
L. Jubemus omnes penult. De probationibus. 273.
L. Judices absentium 1. Si per vim &c. 1162.
L. Judices oportet 9. De judiciis. 126.
L. Judicio cœpto 1. De judiciis. 113.
L. Jure mariti 6. Ad leg.Jul.de adulteriis. 1406.
L. Jurisjurandi 2. De reb. cred. & jurejur. 184.

L

L. LEgem quam 10. De pactis. 66.
L. Libera quidem 8. De sent. & interloc. 1069.
L. Liber necne 8. De petit. heredit. 174. & 169.
L. Libertatem servorum ult. Ad leg. Jul. de adult. 1426.
L. Licet certis 8. De locat. & condu. 408.
L. Licet iidem 7. Qui pot. in pign. hab. 1212.
L. Licet inter privatos 19. De pactis. 101.
L. Licet judice 2. De judiciis. 116.
L. Licet possessio 4. De adquir. & retinen. poss. 1012.
L. Licet unde vi 5. De excep. seu præscrip. 1245.

M

L. MÆniana 11. De Ædif. priv. 1179.
L. Magnam legum 12. De contrah. stipul. 1264.
L. Male agitur 11. De præscr. trigin. vel quadr.ann. 1034.
L. Mandati actio 14. De fidejussor. & mandatorib. 1277.
L. Matrem tuam 17. De probationib. 268.
L. Meminerint cuncti 6. Unde vi. 1153.
§. Sin autem ibid.
L. Mercatores tam 4. De commer. & merca. 402.
L. Minoribus viginti quinque 6. De his quib. ut indig. 797.
L. Minus instructus est 2. De adquir. & retinend.poss. 1011.
L. Momentariæ possessionis 8. Unde vi. 1159.
L. Mutuæ pecuniæ 14. Si cert. pet. 214.

N

L. NEc creditores 10. De pigner. actione. 300.
L. Nec ex vera 9. De adqu. & retin. poss. 1016.
L. Nec filius 7. De reb. cred. & jurejur. 194. & 191.
L. Nec filium pen. De pat. potestate. 1306.
L. Nec imperiale 2. Si per vim, vel alio modo, &c. 1164.
L. Nec nos præteriit 4. De postlim. rever. 1320.
L. Negantes debitores 9. De oblig. & action. 245.

L. Ne-

L. *Negotiandi causa* 2. De Ædif. priv. 1174.
L. *Nemini columnas* 7. De ædific. priv. 1174.
L. *Nemo prohibetur* 6. De locat. & conduct. 408.
L. *Neque æquam* 1. Si cert.pet. 204.
L. *Neque natales* 10. De probationib. 268.
L. *Neque scriptura* 6. De compensat. 334.
L. *Neque tutoris* 7. De contrah.stipul. 1257.
L. *Nobiliores natalibus* 3. De commer. & mercat. 402.
L. *Nominatori pignoris* 11. De pign. & hyp. 1194.
L. *Non ab re* 10. Unde vi. 1161.
L. *Non adversus* 15. Si cert.pet. 213.
L. *Non epistolis* 13. De probation. 268.
L. *Non est dubium* 5. De legatis. 817.
L. *Non exceptionibus* 10. De except. seu præsc. 1245.
L. *Non moriturum* 8. De contrah.stipul. 1260.
L. *Non nutis* 14. De probat. 268.
L. *Non oportet* 5. De his, quib.ut indign. 804.
L. *Non solum barbaris* 2. De commerc. & merc. 402.
L. *Non solum verba* 3. Ad leg.Jul.de adult. 1399.
L. *Non tantum duorum* 19. De legatis. 818.
L. *Non unde* 7. Si certum petat. 208.
L. *Nula pollicitatione* 5. De contrah.stipul. 1255.
L. *Nulla res* 5. Quod cum eo, &c. 311.
L. *Nulli prorsus* 10. De judic. 126. & 116.
L. *Nulli, qui* 10.De sent. & interlocut. 1069.

O

L. O*B æs alienum* 12. De oblig. & act. 246.
L. *Ob causam proprii* 3. De oblig. & act. 241.
L. *Omnes magistratus* 12. De judic. 127.
L. *Omnes nocendi* 4. De præscr.30. vel 40.ann. 1035.
L. *Omnes stipulationes* 10. De contrah.stipul. 1262.
L. *Optimam quæstionem* 14. De contrah.stipul. 1269.

P

L. P*Acta novissima* 12. De pact. 83.
L. *Pacta, quæ contra* 6. De pact. 53. & 58.
L. *Pactum curatoris* 22. De pact. 107.
L. *Pactum dotali* 3. De collution. 684.
L. *Pactum, quod bone* 17 De pactis. 97.
L. *Pactum, quod dotali* 15. De pact. 93.
L. *Pacto successorum* 26. De pact. 108.
L. *Pactum vulgare* 4. De pignor.act. 297.
L. *Pecuniæ indebitæ* 1. De cond.ind. 220.
L. *Pecuniam, quam te* 1. De condic. ob caus. 228.
L. *Per liberam personam* 1 .De acquir. & retin.poss. 1009.
L. *Per provincias* 10. De ædific.priv. 1176.
L. *Persecutione pignoris* 24. De pign. & hyp. 1194.
L. *Pignoris causa* 11. De pigner.act. 300.
L. *Pignus in bonis* 9. De pigner.act. 298.
L. *Placuit in omnibus* 8. De judic. 124.
L. *Plures apochis* 19. De fide instrum. 286.
L. *Pella quidem* 2. De his,quib. ut indign. 803.
L. *Possessiones, quas* 11. De probation. 264.
L. *Post aditam* 5. De impub. & aliis substit. 746.
L. *Post venditionem* 2. De pact. 36.
L. *Postquam liti* 4. De pact. 46.
L. *Præbemus licentiam* ult. Ad leg. Corn. de fals. 1444.
L. *Præscriptionem quadrag.*5.De præsc.30.vel 40.ann. 1035.
L. *Præscriptionem peremptoriam* 8.De excep.seu præscr. 1243
L. *Præscriptiones fori* ult. De excep.seu præscrip. 1243.
L. *Præses provinciæ* 5. De pign. & hypot. 1189.
L. *Præses provinciæ* 5. De appellationib.& consult. 1105.
L. *Præses provinciæ in eum* 2. De interdict. 1141.
L. *Precibus tuis* 8. De impub. & aliis substit. 749.
L. *Prior quidem* 5. Qui pot.in pig.hab. 1209.
L. *Prohiberi non potest* 1. De duob. reis stip. 1275.
L. *Pro dubietate* ult. De condict.indeb. 226.
L. *Properandum* 13. de judic. 127.
§. *Et si quidem* 133.
§. *Sin autem* 136.
§. *Sive autem* 138.
§. *Sin autem utraque* 140.
§. *Illo proculdubio* 141.
§. *Sin vero* 142.
L. *Pro portione tua* 2. De except. seu præsc. 1241.
L. *Proprietatis* 4. De probation. 264.
L. *Proprias tuas* 13. De legat. 818.
L. *Propter violatam* 7. Ad leg.Jul.de adult. 1408.

Q

L. Q*Uæ adulterium* 29. Ad leg.Jul.de adult. 1425.
L. *Quæ fortuitis* 6. De pigner.act. 298.
L. *Quamvis adulterii* 30. Ad leg.Jul.de adult. 1425.
L. *Quamvis constet* 2. De pign. & hypot. 1187.
L. *Quamvis ea* 17. De pign. & hyp. 1195.
L. *Quamvis heres* 2. De legatis. 818.
L. *Quamvis indubitati* 19. Ad leg.Jul.de adult. 1420.
L. *Quamvis pecuniam* 2. Si cert. pet. 205.
L. *Quamvis personali* 8. De pignor. & hypot. 1192.
L. *Quamvis placuerit* 4. De impub. & aliis substit. 743.
L. *Quamvis verbis* 1. De legatis. 814.
L. *Qui accusare* 4. De edendo. 16.
L. *Qui crimen publicum* 3. De his,qui accus.non poss. 1368.
L. *Qui depositum* 10. Deposit.vel cont. 352.
L. *Quidam elogio* 20. De jur. delib. 775.
L. *Qui de crimine* 9. De accusat. & inscript. 1381.
L. *Qui exportandus* ult. Si ser. expor.ven. 391.
L. *Qui explicandi* 10. De accus. & inscrip. 1381.
L. *Qui nondum certus* 4. De hered. vel act.vend. 367.
L. *Qui pignus* 1. Qui potior.in pign.hab. 1209.
L. *Qui post testamentum* 3. De legatis 814.
L. *Qui rem emit* 3. De eviction. 1293.
L. *Qui rem propriam* 20. De locat. & cond. 413.
L. *Quisquis judici* 16. Si cert. pet. 214.& 213.
L. *Qui sibi hereditatem* 6. De hered. vel act.vend. 367.
L. *Quod ex operis* 2. De pigner.act. 294.
L. *Quoniam Alexandrum* 26. Ad leg.Jul.de adult. 1422.
L. *Quoniam avus* 2. De eviction. 1291.
L. *Quoniam liberum* 10. De compensat. 336.
L. *Quo minus* 12. De pignerat. act. 301.
L. *Quoties quæstio* 3. De judic. 119.

R

L. R*Ationes defuncti* 6. De probat. 266.
L. *Rem non novam* 14. De judic. 144.
L: *Rem in præsenti* 1. De rei uxor.act. 488.
§. *Et ut plenius* 491. §. *Cumque* 510.
§. *Sed & si non* ibid. §. *Cautione* 517.
§. *Primum* 494. §. *Videamus* 520.
§. *Maneat* ibid. §. *Quo à nobis* 521.
§. *Taceat* ibid. §. *Accedit* 523.
Vers. *Sileat.* 500. §. *Extraneum* 524.
§. *Illo proculdubio* 504. §. *Et hoc* ibid.
§. *Cum autem* 507. §. *Et cum* 526.
§. *Igitur* ibid. §. *Illud* 527.
L. *Reos adulterii* 8. Ad leg.Jul.de adult. 1409.
L. *Reprehendenda* 5. De instit. & substit. 723.
L. *Res obligatas* 21. De pign. & hypoth. 1198.

S

L. S*Æpe quidam* ult. De præscr.30.vel 40.ann. 1047.
L. *Sancimus omnem* 34. De donationib. 1340.
L. *Sancimus omnes* 15. De judic. 146. & 127.
L. *Sancimus veterum* ult. Pro socio. 362.
L. *Sciant cuncti* ult. De probat. 273.
L. *Scimus jam* ult. De jur. deliber. 778.
§. *Cum igitur* ibid. §. *In computatione* ibid.
§. *Sin autem* ibid. §. *Licentia* ibid.
§. *Sin autem* 779. §. *Donec* 780.
§. *Et si* ibid. §. *Sin vero* ibid.
§. *Sin vero* ibid. §. *Et hæc* ibid.
§. *Sin vero hered.* ibid. §. *Sin autem* ibid.
§. *Contra ipsum* ibid. §. *notissimum* ibid.
§. *Sed nec* ibid.
L. *Scire debuisti* 6. De contrah. stipul. 1257.
L. *Scrupulosam veterum* 11. De contrah. stipul. 1263.
L. *Secundum responsum* 4. De contrah. stipul. 1255.
L. *Secundus creditor* 22. De pignor. & hypot. 1198.
L. *Senatusconsultum* 1. De petit.hered. 151.
§. *Usuras vero* ibid.
L. *Servi ob violatum* 23. Ad leg.Jul. de adult. 1421.

§. *Is*

§. Is autem ibid.
L. Servis testamento 4. De legatis. 818.
L. Servus creditoris 3. De pactis. 41.
L. Servus in judicio 6. De judiciis. 122.
L. Si absentis 4. Si cert. pet. 207. & 205.
L. Si à creditore 7. De oblig. & action. 244.
L. Si actionem legati 24. De pactis. 108.
L. Si ad excludendam 4. De reb. cred. & jurejur. 191.
L. Si à Patre 5. De cond. indeb. 222.
L. Si arbiter datus 2. De sent. & interloc. 1066.
L. Si cautiones 2. De his qui accus. non poss. 1365.
L. Si citra 2. De cond. indeb. 221.
L. Si controversia 9. De evictionibus. 1298.
L. Si creditor 5. De pigner. actione. 298.
L. Si creditores vestros 18. De pactis. 98.
L. Si cui loci proprietas 9. De Ædif. priv. 1179.
L. Si cum exiguam 4. De cond. ob caus. 232.
L. Si eum Hermes 7. De locat. & condu. 408.
L. Si cum pecuniam 3. De contrah. & comm. stipul. 1254.
L. Sicut initio 5. De oblig. & action. 243.
L. Sicut vim majorem 19. De pignorib. & hypot. 1196.
L. Si decreta Prætoris 2. Qui pot. io pign. hab. 1210.
L. Si de possessione 20. De probationibus. 268.
L. Si de possessione 4. Unde vi. 1150.
L. Si divisa conductio 13. De loca. & conduct. 408.
L. Si dominium 9. De pign. & hypoth. 1192.
L. Si dotare filiam 12. Ad Senatusc. Vellej. 326.
L. Si duobus ult. Commu. de legat. 850.
§. Sed etsi ibid. §. Sin autem 851.
§. Sed quia ibid. §. Emptor ibid.
L. Si duo, vel plures ult. Per quas perso. nobis adq. 316.
L. Si ea pactione 14. De Usuris. 343.
L. Si ex contractu 4. Quod cum eo, &c. 309.
L. Si ex majore 7. De excep. seu præscrip. 1245.
L. Si ex multis causis 3. De aonali except. 1052.
L. Si ex pretio 6. Si cert. pet. 208.
L. Si filiæ tuæ 2. De contrah. & commit. stip. 1253.
L. Si filium tuum 1. De pat. potestate. 1306.
L. Si filiusfamilias 10. De petit. hered. 174. & 169.
L. Si fines agri 10. De eviction. 1298.
L. Si fundum pignori 4. Qui pot. in pig. hab. 1211.
L. Si fundum sciens 27. De eviction. 1301.
L. Si generaliter 6. Qui pot. in pig. hab. 1212.
L. Si hi qui 14. De loca. & conduct. 408.
L. Si infanti 18. De jure deliberan. 771.
§. Sed si hoc ibid. §. Sin vero ibid.
§. Parente ibid. §. Si autem ibid.
L. Si in potestate unic. De tab. exhib. 1167.
L. Si in rem communem 12. Si cert. pet. 211.
L. Si in solutum 6. De oblig. & action. 244.
L. Si is contra 5. De Ædific. priv. 1176.
L. Si is cui 7. De furt. & ser. corrup. 623.
L. Si legatarius 25. De legatis. 814. & 817.
L. Si liber constitutus 9. De cond. ob caus. 234.
L. Si literas 7. Mandati, vel contra. 358. & 213.
L. Si maritus sororis 5. Manda. vel contr. 358.
L. Si mater vos 3. De instit. & substit. 728.
L. Si militem 5. De cond. ob caus. 233.
L. Si mulier repudii pen. Ad leg. Jul. de adult. 1425.
L. Sine metu legis 17. Ad leg. Jul. de adulteriis. 1418.
L. Si non singuli 5. Si cert. petat. 207.
L. Si nulla culpa 8. De pigner. act. 298.
L. Si nulla ex causa 6. De adquir. & retinend. poss. 1016.
L. Si pacto quo pœnam 14. De pactis. 90.
L. Si pactum intercessit 6. De except. seu præscr. 1245.
L. Si pascenda 8. De pactis. 62.
L. Si pater intestatus 2. De collationib. 684.
L. Si pater tuus 3. Manda. vel cont. 356.
L. Si per ignorantiam 6. De cond. indeb. 223.
L. Si post motam 2. De petit. heredit. 157.
L. Si prædium 4. De evict. 1294.
L. Si pro ea 10. Manda. vel cont. 358.
L. Si pro mutuo 8. Si cert. peta. 210.
L. Si propter fructus 8. De compensa. 334.
L. Si putas non jure 6. De petit. hered. 169.
L. Si quæ ex fœminis 2. De secund. nupt. 454.
L. Si qua mulier 1. De secund. nupt. 452.
L. Si quando invitos penult. De testib. 280.
L. Si quando vis 9. Unde vi. 1160.
L. Si quidem donationis 8. De obl. & act. 245.
L. Si quidem intentionem 9. De excep. seu præscrip. 1243.
L. Si quidem Zenoni 9. De contrah. stipul. 1261.
L. Si quis ad se fundum 7. Ad leg. Jul. de vi publ. 1430.
L. Si quis argentum 35. De donation. 1345.
§. Si vero 1346. §. Sin autem ibid.
§. Similique ibid. §. Sed & si ibid.
L. Si quis emptionis pen. De præscr. 30. vel 40. ann. 1045.
§. Quod si quis ibid.
L. Si quis heredem 7. De instit. & substit. 735.
L. Si quis in tantam 7. Unde vi. 1156.
L. Si quis jusjurandum 11. De reb. cred. & jurejur. 199.
L. Si quis post hanc 6. De Ædific. priv. 1174.
L. Si quis prioris 8. De secund. nupt. 471.
§. Illud etiam ibid. §. Certum esse ibid.
L. Si quis quodlibet 4. De interdict. 1142.
L. Si quis servum penult. De cond. indeb. 227.
L. Si quis spoponderit ult. De contr. stipul. 1271.
L. Si repetendi 7. De cond. ob caus. 233.
L. Si scripti heredes 9. De petit. heredit. 174.
L. Si scriptum 11. De probationibus. 271.
L. Si servus tuus 6. Quod cum eo, &c. 312.
L. Si testamentum pen. De instit. & subst. 735.
L. Si tibi pupillorum 8. Mandati, vel contra. 356. & 309.
L. Si tibi quæ 27. De locat. & conduct. 413.
L. Si tutores pupillis 11. De compen. 336.
L. Si velut 13. De compensationibus. 336.
L. Si universæ 15. De legatis. 818.
L. Si ut proponis 2. De cond. ob caus. 230.
L. Si uxor tua 12. De pign. & hypoth. 1194.
L. Subtilitatem legum 11. De judiciis. 126.
L. Suggestioni ult. De verb. & rer. sign. 828.
L. Super chirographariis ult. Si cert. pet. 214.
L. Super hypothecis ult. De pign. & hypoth. 1199.
L. Supervacuam veterum ult. Depos. vel contra. 353.

T

L. Testamento jure 6. De impub. & aliis substitut. 748.
L. Traditionibus, & usucapionibus 20. De pactis. 101.
L. Testium facilitatem 18. De testibus. 278.

V

L. Ubi aviarum 10. De suis, & legit. libe. 913.
L. Veteris juris dubitationem 2. De Præto. pign. 1221.
L. Veteris juris 13. De contrah. stip. 1266.
L. Vis ejus 15. De probationib. 268.
L. Usucapio 7. De pignor. & hypoth. 1191.
L. Usuræ per tempora 10. De usuris. 341.
L. Usuras emptor 2. De usur. 339.
L. Uti possidetis unic. Uti possidetis. 1165.
L. Ut perfectius omnibus 2. De annali excep. 1051.
L. Uxor patrui 20. De legatis. 818.

GRÆCARUM DICTIONUM

Quæ continentur in hoc Quinto Tomo

CODICIS.

INTERPRETATIO HACTENUS DESIDERATA.

PAg. 1. τὰ γεγραμμένα ἀπὸ τοῦ γραμματέως, τὰ ἀντίγραφα, scripta à scriba, exemplaria.

pag. 12. ἀντιβιβλίῳ, responsionis libello.

pag. 13. κατὰ περιγραφὴν, per circumscriptionem, strictius. *pluries ead. pag.*

κατὰ πλάτος, latius. *pluries ead. pag.*

pag. 19. ἰδιόγραφα, propria instrumenta.

συγχωρητικὸν, remittens.

pag. 27. διαστολὴν, extensionem.

pag. 29. τῶν ἐγγὺς ὄντων, &c. eorum quæ prope sunt uti adventura.

pag. 34. τὸ οὗ ἕνεκα, id cujus causa.

τὸ διὰ τί, id propter quod.

ἐπὶ τῆς συνθήκης, sub lege, causa.

pag. 41. ἀμείβειν τὴν φύσιν, καὶ μεταποιεῖν pro μεταρυθμίζειν mutare naturam, & reformare.

pag. 43. Βασιλικὰ ἐν τούτῳ Basilica in hoc.

pag. 47. φιλοδικία, περιχαρμὸς, μελλησμὸς, litium amor circumflexio, cunctatio.

παλινδικίαν, litis restaurationem.

ἀπαιτεῖ παλινδικίαν petit reparationem.

παλινδικία ἡ ἐξ ἀρχῆς δίκη, reparatio, lis ab initio, denuo restituta.

pag. 49. μετὰ προκάταρξιν, post litis contestationem.

περὶ χρόνων, περὶ δέκα ἡμερῶν, de temporibus, de decem diebus.

pag. 55. δίκαιον, æquum.

pag. 60. ἄδοξον, inopinabile.

pag. 64. μορτίτου, partiarium.

μορτίτης, partiarii.

περὶ μορτίτου, de partiario.

μορτίτης, partiarius.

οἱ ἑκτῷ μέρει, &c. qui sextam partem inferentes terram colunt.

ἑκτημόριοι, sextam partem inferentes.

pag. 67. χρήσιμος ἐστιν ὁ τῆς ἀπαιτήσεως λόγος, utilis est condictionis ratio.

χρήσιμον, utile.

pag. 37. μονομερῶς, ex una tantùm parte.

pag. 74. μονομερείας, unius partis præsentiam.

pag. 76. μονομερῶς, ex una tantùm parte. *bis ead. pag.*

pag. 77. παμπόλλους ὁρισμοὺς ἔνεστι, &c. definitiones quamplurimas unius rei facere licet in vocabulis tantùm, non in notionibus diversas.

pag. 84. ἐπιτατικὸς, ad augendum posita.

pag. 87. ἀντιδιαστολὴ, differentia.

pag. 94. ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, libertatem, copiam faciendi quæ libuerit.

pag. 98. παίδων δοκιμαζομένων, adolescentium probatorum.

τῶν παίδων τὴν ἡλικίαν, puerorum ætatem probantium.

σωματικοὺς ὅρκους, corporalia juramenta.

pag. 99. ἀλληλέγγυον mutua fidejussio.

περὶ ἀλληλεγγύων, de duobus reis promittendi

ἀλληλεγγύη, mutua fidejussio.

ἀλληλέγγυοι, duo rei promittendi.

pag. 101. σύμπτωμα, casus.

ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, de manu in manum permutatio.

ἀγορὰ ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα, emptio de manu in manum.

ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα συναλλάξας, de manu in manum commutans.

pag. 111. αὐτολεξεὶ, iisdem verbis.

pag. 113. αἱ ἀρχὴν λαβοῦσαι ἐν δικαστηρίῳ, quæ initium habuerunt in judicio.

μονομερῶς, ex una parte duntaxat.

ἐκ τῶν προκαθεζομένων, &c. ex Præsidibus, & adsessoribus, & litigantibus.

pag. 116. παραγραφὴ præscriptio.

περὶ οὗ οὐδὲν, &c. de quo nihil definitum est à legibus.

οἱ νόμοι πλεονάκις, &c. leges pluries de iisdem rebus contendere non permittunt.

pag. 118. συνοχὴ, περιοχὴ, continuatio, complexio, continentia.

ἀκολουθίαν congruentiam, tenorem.

pag. 124. ἐπὶ παντὸς πράγματος, &c. in omni re æquitas summo juri præferatur.

δίκαιον, æquitas.

pag. 125. ἐπιείκεια δικαίου συνετὴς ἴσα, æquitas justa intelligens, interpres est.

ἐπιεικὲς, conveniens.

pag. 126. ἐν τοῖς ἔξω, in extrinsecis.

μονομερῶς, altera tantùm parte præsente. *bis ead. pag.*

pag. 135. ἐρήμη δίκη, lis, in qua altera pars abest.

pag. 137. ἐρήμη δίκη, μονομερὴς δίκη, lis quæ sola, unave tantum parte præsente.

μονομερῶς, ex una parte duntaxat.

ἐρήμη, μονομερὴς δίκη, ὅταν μὴ ἀπαντήσας, lis una tantùm parte præsente agitur, cum non concurrit.

ἐρήμην δίκην, litem in qua alrera pars non adest.

pag. 138. μονομερῶς, una parte præsente.

pag. 139. μονομερῶς, una parte præsente.

pag. 146. μὴ ἔχοντος, &c. non habente licentiam litigatore alium patronum sibi parare.

dag. 148. ὑποβολὴ, καὶ ἀπόληξις κριτῶν, rejectio, & terminatio judicum.

pag. 158. περὶ δεσποτείας, de dominio.

pag. 175. ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ, ex juribus quæ ipsi sunt.

pag. 178. μετὰ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν, post actoris probationem.

pag. 185. περὶ ὅρκου ἐπακτοῦ, de jorejurando quod refertur.

pag. 188. τοῦ νόμου φωνὴ, legis vox.

προπετῶς, temere.

pag. 200. σχηματικῶς, figuratè.

σχήματα, figuras.

pag. 202. μονομερῶς, una tantùm parte præsente. *pluries ead. pag.*

μονομερῆ ὅρκον, jusjurandum quod altera parte non vocata præstatur.

pag. 203. ὁ ἀπαιτητικὸς, &c. repetendi ratio sui mutui.

Græcarum Dictionum

pag. 207. πρόξενος, publicus hospes.
pag. 212. παρασυναπτικῶς, subcontinuatè.
ἐπὶ τῶν δανειζόντων, καὶ δανειζομένων, in danetes, & accipientes mutuo.
pag. 217. ἐν μεσιτείᾳ, in medio.
pag. 229. ἐξ ὧν ἁρμόζει, &c. ex quibus condictitia aptatur, convenit.
pag. 234. ἀναγκάζεται, cogitur.
pag. 261. ἀπροσώπως, sine persona.
pag. 274. οὐκ ἔστιν, &c. non licet indicia falsa efficere.
pag. 178. ἐπὶ τῆς καταθέσεως, in depositione.
pag. 279. ἐπὶ τῶν συμβεβηκότων, καὶ περιστατικῶν, in fortuitis, & circum existentibus.
pag. 286. ἀπόδειξις, ἀμεριμνία, ἀσφάλεια, probatio, securitas, certitudo.
ἀκυρωτικά, abrogans.
pag. 287. ἰδιοκτητικεῖν, proprio jure possidere:
αὐτόχειρα, & ἰδιόχειρα, privata, propria:
ἀγοραῖα forensia.
παραθέσεις, &c. comparationes, & collationes.
pag. 289. ἀρχεῖα, archia.
ἑρμηνευτικόν, interpretationi inserviens.
pag. 296. ἀντίχρησις, antichresis, ἀντίχρησιν, antichresim, ἀντιχρήσεως, antichreseos, ἀντιχρήσει, antichresi.
pag. 304. ἄθροα τὰ φόρτια πιπράσκεσθαι, confertim onera vendere, acervatim.
κοτυλίζειν, τεμαχίζειν, particulatum, minutatim vendere.
τέμαχοι. sectiones, frusta.
pag. 312. ἀντίχρησιν, antichresim.
ἀντίχρησις, antichresis.
pag. 318. ἐπὶ τῶν ἐπ', &c. in hominibus, qui sub fidejussione sunt.
γίνεσθαι ἐν νομῇ, factus esse in possessionem.
pag. 328. ὁμολογίαν ἀποληπτικήν, professionem acceptæ pecuniæ.
pag. 332. ἑρμηνευτικόν, ad interpretandum posita.
εἰσαγωγικά, & ἐξαγωγικά, vectigalia, quæ pro importandis, & exportandis mercibus persolvuntur.
Σιτῶναι, frumenti coemendi curam habentes.
Ἐλαιῶναι, olei coemendi curam habentes.
pag. 338. ἀντιχρήσεως, antichreseos.
ὑπερβολήν, exuperantiam.
τῶν καρπῶν, fructuum.
pag. 339. Ἀντίχρησιν, antichresim. Ἀντίχρησις, antichresis.
pag. 343. ἀντιχρήσει, antichresi. ἀντίχρησις, antichresis. pluries ead. pag.
pag. 346. ὁλομοίρου ἡμιολίου, integri hemiolii .i. semissis, & ipsius dimidii.
ἡμιόλιος τόκος, usura dodrans. ἡμιολίαι, usuræ dodrantes. bis ead. pag.
pag. 347. αἰσχρὸν κέρδος, turpe lucrum.
pag. 348. ἔγγαια, terrestris.
περὶ δανείσματος, de fœneratitia pecunia:
χρεωκοινωνία, debiti, & crediti, damni, & commodi communio.
pag. 349. τάξιν ἀντιδώρου, ordinem mutui doni.
ἀντίδωρον, remuneratio, donum pro dono.
ἀναιδεστέρα, inverecundior.
pag. 353. μεῖζον τὸ ἀδίκημα, major perfidia;
pag. 364. προτιμήσεως, prælationis.
pag. 369. σηρικὰ ὑφάσματα, sericæ telæ.
pag. 373. ἀπὸ ἐπιβουλῶν, ex insidiis.
pag. 387. προτιμήσεως, prælationis.
pag. 393. αὐτομάτως, sponte.
pag. 397. κτενὸς, ἢ ἐχίνου, pectunculi, vel echini:
pag. 398. εἰσαγωγικὰ ἐξαγωγικά, vectigalia, quæ pro importandis, exportandisque mercibus persolvuntur.
pag. 400. κλεψιτελώνημα, fraudati vectigalis crimen.
προεστῶτες ἀλαβαρχίας, qui præsunt Alabarchiæ.
ἄλαβα, atramentum scriptorium.
pag. 401. ἐπ' ὄψει τοῦ ἄρχοντος, in Præsidis conspectu.
τοῦ ἐπάρχου, Præfecti Prætorio.
ἄρχοντας, Præsides.
τὸ κοινὸν κλεψιτελωνῆσαι πρᾶγμα, commune negotium vectigal subripere.
κλεψιτελώνημα, fraudati vectigalis crimen.
pag. 404. λόγος κονδικτίκιος, condictitia ratio, actio.
pag. 406. μίσθωμα ἐνοίκιον, pensio domus conductæ.
pag. 409. θεοῦ βίαν, Divinam vim.
θεομηνίαν, iram divinam.
ὄλισθον, casum.
χάσμα, hiatus.
pag. 410. χάσμα, hiatus.
ἐρυσίβη, uredo, rubigo.
pag. 411. περὶ διαφορᾶς σφυγμῶν, de pulsuum differentia:
σύμβολον, signum.
σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς, mutationis signum.
pag. 412. παρασυναπτικῶς: discretivè, disjunctim.
ἐν προχρείᾳ, in promutuo, ἐπὶ προχρείαν, in promutuum.
pag. 416. ἐμβατευτικόν, ἐμβατικόν, superficiarium:
ἐμβατεύειν, pedem ponere.
pag. 418. διακατοχός, possessor.
διακατοχῆς, possessionis.
παροικικόν, superficiarium.
παροικικῷ λόγῳ, superficiario modo, secundum superficiem.
εἰσδεκτικόν, quod præstatur, ut emphyteuticarius immittatur, laudimium.
pag. 420. εἰσδεκτικά, quæ dantur ut immittatur emphyteuticarius, laudimia.
pag. 422. ἐμπονήματα, meliorationes. pluries ead. pag.
βελτιώσεις, idem.
ἑρμηνευτικόν, ad interpretationem posita.
pag. 427. προτιμήσεως, prælationis. bis eadem pag.
εἰσδεκτικόν, laudimium. pluries ead. pag.
pag. 437. προσήκοντες, pertinentes.
προτρέποντας πείθοντας, προπωλας, προπωλητὰς, Pararios, venditoris institures.
pag. 439. ἀντίφερνα, contraria dos, quæ à viro dantur vice dotis.
pag. 447. συνουσίαν, commixtionem.
pag. 451. ἀώρους, immaturas. ὀψίμους, feras.
pag. 456. ἁγνείαν, castum, abstinentiam.
pag. 457. εὐπρεπὴς μοιχεία, decens intemperantia:
pag. 470. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag. 473. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag. 475. ἀμφίβολον, dubium.
pag. 476. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus:
pag. 482. σύλληψις, comprehensio.
pag. 486. ἀπαιδίας, orbitatis.
pag. 489. ἀλληλοκληρονομίαν, mutuæ successionis conventionem, sive mutuam successionem.
pag. 491. κατὰ πρόληψιν, per anticipatam opinionem; præsumptionem.
pag. 504. παρεπιγινομένη, adventitia, ἀποδημητική, profectitia:
pag. 544. τοῦ μέρους ἀνδρὸς, à parte mariti.
ἐναντίον μέρος, pars diversa.
pag. 551. ἀντιπελαργεῖν, beneficia rependere:
πάρεργον ἐρωτικὸν ἐπιδήμιον, amatoria accessio familiaris.
pag. 562. πρόκριτοι, electi per sortem.
pag. 603. παίδων δοκιμαζομένων, puerorum probatorum:
pag. 616. μετὰ ἄλλου δούλου: cum alio liberto.
δοῦλος, servus, & libertus.
περὶ ὁμωνυμίας, de cognominitate, nominis communitate.
pag. 617. γονεύς, parens.
pag. 620. ἀκολάστως, intemperanter:
pag. 627. οὐχ ἡμισείᾳ γνώμῃ, ἢ μιᾷ χειρὶ, non dimidio pectore, unave manu.
pag. 629. δοῦλος, servus.
ἀντίδουλος, vice servi, tanquam servus.
pag. 642. χρέος, debitum.

pag. 644.

Interpretatio hactenus desiderata.

pag. 644. ἐρχηλιᾶν, superbire, erigere cervicem.
pag. 645. ἀσεβείας, impietatis.
pag. 651. Ἄγροικον ὄντα, &c. rusticum neque jura bene doctum, neque leges.
κατὰ πόδας, è vestigio.
ἐὰν ἀγροικίαν, &c. si rusticitatem, vel ignorantiam, vel aliam quamcunque rationem.
pag. 654. ἐπὶ ξένης διάγοντας, peregri natos, qui apud exteros versantur.
pag. 667. ἐπανάβασις, ascensus.
pag. 671. τῶν πρός τι, eorum, quæ secundum quid. *bis ead. pag.*
pag. 680. ἀμάρτυρος λαλεῖν, καὶ ἄλογα, sine teste loqui, & sine ratione.
pag. 712. ἐμμένειν, στοιχεῖν, πληροῦν, πάντα ποιεῖν, διδόναι, manere, incedere, implere, quæcunque facere, dare.
pag. 715. γενικὸν, generalem.
τῶν νόμων ἐπάνω, supra leges.
pag. 726. ἐφ' ἡμῖν, in nobis.
pag. 730. πρωτεξάδελφοι, consobrini, δεύτεροι ἐξάδελφοι, secundi consobrini, τρισεξάδελφοι, tertii consobrini.
pag. 737. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus.
pag. 752. παχυμερέστερον, crassiùs, minus exacte.
pag. 758. προβληματώδης, addubitata, in quæstione posita.
pag. 767. Ὡς δ' ὅτε τις κόρη, &c. quemadmodum virgo circa decimum mensem lunæ primipara in partus doloribus incidens.
pag. 772. ἀναφάνσεως, existentiæ.
pag. 808. ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, quacunque ratione.
pag. 811. μιξοβάρβαρον, semibarbarum.
pag. 826. ἐνθῆκαι, entheca.
pag. 829. παραδιάζευξις, subdisjunctio.
παραδιαζευκτικοὶ λόγοι, subdisjuncti sermones.
pag. 839. τὸ πλάτος, latitudo.
ἐνορκῶ, adjuro.
pag. 853. σιωπηρὰν αἵρεσιν, tacitam conditionem.
ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex differentia.
pag. 870. ἀμηχανίᾳ, difficultate, sive rerum angustiis.
pag. 875. ἀπαιδία, orbitas.
pag. 888. ἀναφαίνεσθαι: existere.
pag. 892. ὑπερβιβασμοὶ τῶν στοιχείων, traductiones, translationes literarum.
pag. 895. ὅθεν οἱ, &c. unde transferri, delegari interim nequeunt.
pag. 906. ἀδέσποτα εἰσπεσεῖν, bona sine domino Principi deferri.
pag. 917. παράλογον, rationi non consentaneum.
pag. 920. δείγματα, specimina.
pag. 924. ἀνοικτὸν, &c. aperta utero ad semen suscipiendum.
pag. 937. οἱ τῶν ὅπλων δημιουργοὶ, publici armorum opifices.
pag. 942. κάρφος, palea.
στρέφειν περιστρέφειν, circumducere.
πορεύομαι, &c. eo, quo volo, venio quocumque libuerit, & unde libuerit.
pag. 943. ῥαπισμάτων, alaparum.
ἔστρεψε δοῦλον, καὶ, &c. circumduxit servum, & vicesimam pro ipso pendere tenetur.
pag. 948. φιλάνθρωπον, καὶ εὐεργεσίας, humanitas, & beneficium.
pag. 967. περὶ περιγραφὴν τῶν δανειστῶν, in fraudem creditorum, fœneratorum.
pag. 968. τῷ πράτῃ, venditori.
ἐκ τῶν στρατηγῶν, ex municipalibus magistratibus.
στρατηγὸς, magistratus municipales.
pag. 969. μήτε οἰκέτην, &c. neque servum manumittere in theatro.
pag. 971. ὁ δοῦλος καταμηνύσας, &c. servus indicans heri sui cædem.
pag. 981. τοῦ ἰδίου δικαίου, proprii juris.
ῥεμβώδης, vagabundus, incertus.
pag. 982. μνημονικὸν ἁμάρτημα, memoratu dignum peccatum.
παρόραμα, hallucinatio, ἁμάρτημα, peccatum.
pag. 998. μονομερῶς, ex una duntaxat parte.
pag. 1007. διὰ τὸ νέμεσθαι, à pascendo.
pag. 1013. οὐ χρεία ἐστὶν, &c. corporis contactus necessarius non est.
pag. 1024. προγόνοις, &c. prioribus filiis uxores semper infestæ.
pag. 1028. δημόσια, publica.
pag. 1031. μονομερὴς αἴτησις, postulatio quæ fit ex una parte.
εἴσω τῶν πέντε ποδῶν, intra pedes quinque.
pag. 1036. ταξεῶται, Præsidum apparitores.
pag. 1037. θεατρικὸς μισθὸς, theatralis merces.
pag. 1039. τὴν τυχοῦσαν, quæ contigit, quæ obvenit.
παρερμηνευμένην, perperam, fortuito interpretatam.
pag. 1044. δευτέραν, alteram cautionem, quam debitor in contentione agnovit.
τῶν γνωσιμαχησάντων, debitum in contentione agnoscentium.
pag. 1052. γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν, cautionem in contentione agnitam.
ῥῆξις τοῦ χρόνου, temporis interruptio.
ἐκκρίτους τῶν πολιτῶν, selectos civium.
pag. 1058. παρετυμολογῶν. *bis ead. pag.* ad etymon alludens.
παρετυμολογίαι. argumenta ab etymo ducta.
pag. 1061. ἀνεμφανίστως, in occulto, non palam.
pag. 1062. εἰς στήλην λιθίνην, in pilam lapideam.
pag. 1066. ψῆφος, calculus.
pag. 1076. ἰσόμετρον, tantundem, quod æqualis mensuræ est.
τὸ διαφέρον, ἤτοι τοὺς τόκους, id quod interest, sive usuras.
pag. 1078. λόγῳ θεωρητὰ, ratione aspectabilia.
pag. 1082. καθαίρεσις, dejectio.
pag. 1089. ἀναλογαριασμοῦ, rationum rursus supputandarum.
pag. 1093. δίδοσθαι τῷ νικήσαντι, παρέχονται τῷ νικήσαντι, victori tradi, victori præstantur.
pag. 1096. συναχθεῖσα, collecta, simul juncta.
pag. 1097. πρὸς ἀναλογίαν, pro rata.
pag. 1103. συνέλευσις, consultatio. βουλὴ, consilium, συνέλευσιν, consultationem,
pag. 1104. βουλὰς ἑζόμενοι βουλεύσομεν, consilia sedentes consultabimus, inibimus.
βουλὰς βουλεύσαι παρήμενοι, consilia sedendo incunt.
pag. 1114. κῆρες, καιρίας, fatales.
pag. 1117. μονομερῶς. *pluries ead. pag.* altera parte absente.
συστάδην, cominus partibus constitutis.
pag. 1128. ἀνακωχὴν, ὑπερημερίαν, inducias, debiti exolvendi post diem quo debebatur dilatio.
pag. 1138. εἰς χεῖρας ἰέναι, εἰς χεῖρας ἐλθεῖν, ad manus venire.
pag. 1146. ἐκ τοῦ παραλλήλου, è simili.
pag. 1153. σχολάζουσαν, vacantem.
pag. 1162. ὃ μὴ κατέθηκέ τις, οὐκ ἀναφέρειν, quod non deposuit, ne auferat, tollat.
pag. 1165. εἰς τὸ, retrorsum revoluti.
pag. 1173. περὶ βαλανείου, de balneo.
pag. 1184. πρὸς κίονας, ad columnas.
περὶ τοὺς ἀνδριάντας, circa statuas.
pag. 1186. ἐνέχυρον, pignus.
pag. 1190. μονομερῶς, altera tantùm parte præsente.
pag. 1193. ἀντίχρησις, antichresis.
pag. 1201. κατὰ, &c. tacito intellectu.
pag. 1204. λόγῳ θεωρητὰ, ratione aspectabilia.
pag. 1205. ἀμφίβολα, dubia.
pag. 1213. ἀγοραῖα, publica.

Græcarum Dictionum Interpretatio hactenus desiderata.

pag. 1214. πρωτοπραξίαν, primam exactionem.
pag. 1219. ἀπὸ τοῦ, à priori creditore.
pag. 1223. μεταενεχυράζειν, pignus pignori dare.
pag. 1238. οὐκ ἀντίκειται, &c. non opponitur prædicta exceptio, sed si debitum non exsolvisti.
pag. 1242. παραγραφῆς, præscriptionis.
pag. 1250. ἓν διὰ δυοῖν, unum pro duobus.
pag. 1262. Ὅρκια, &c. Sacramenta timentes, indicabant autem manibus.
pag. 1270. οἰκουροί, domus custodes. οἰκουρίας, ædium custodiæ.
pag. 1275. νοθεύεται, adulterina est.
pag. 1279. εἰ κατὰ πάντων, &c. si cum omnibus litem contestatus est.
pag. 1280. ἐπαρχικὰ, edicta Præfectorum Prætorio.
pag. 1282. πεπρακότα, de incerto actionem.
pag. 1290. ἀφέσεως, dimissionis.
ἡ γῆ ἡ πραθεῖσα εἰ ἐβεβαίωσεν, terra in evictionis causam, sive auctoritatem non erit vendita.
pag. 1292. ἀντίδωρον, remuneratio. *bis ead. pag.*
pag. 1295. προσίστασθαι, adsistere.
pag. 1303. ἀπὸ ἐπιβουλῶν, &c. ex insidiis perspicuis.
pag. 1313. ἀμηχανίαν, difficultatem, rerumque angustias.
pag. 1316. ῥαπίσματα, alapas.
Ματθαῖος, Matthæus quidem scripsit.
pag. 1322. πρὸς Νικόστρατον, *bis ead. pag.* ad Nicostratum.
πρὸς Λόκρυτον, ad Locrytum.
pag. 1330. πείρας, seu πράξεως, experientiæ, seu rei gestæ.
νόμων, καὶ πείρας, legum, & experientiæ.
πεῖρα, experientia.
pag. 1331. ἀναπόδοτος, quæ revocari nequit.
pag. 1332. οὐκ ἐκ πάντων τῶν ὄντων ὅλως, non ex omnibus, quæ omnino sunt.
pag. 1337. πράξεως, actus.
μονομερῶς, una parte duntaxat. *pluries ead. pag.*
pag. 1358. τοῖς τε ἀγάμοις, καὶ ταῖς ἀνάνδροις, iis, qui cœlibes sunt, quæque viro carent.
pag. 1369. ἐν εὐρεῖ, ἐν πλάτει, latiùs, non stricte.
καὶ βιβλίον, &c. & conventionis libellus ipsis præberetur, in criminalibus inscriptio.
βιβλίον, γραφὴ, libellus conventionis, inscriptio.
pag. 1371. ὑπαλλαγισμὸς τῶν στοιχείων, literarum traductio.
pag. 1375. ἐπ' αὐτοφώρῳ, παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, in ipso facinore, in ipsis sceleribus.
pag. 1376. ἂν ἀεὶ δεῖ, velut præstiturus judici pecunias.
pag. 1378. ἐξόμνυσθαι, abjurare.
pag. 1379. ἀνακαλεῖσθαι ἐπὶ σάλπιγγι, evocari buccinâ.
pag. 1380. μονομερῶς, una tantùm parte præsente.

pag. 1385. ἀνάκρισιν, iteratam disceptationem.
pag. 1388. κατὰ τετράδα, feria quarta. παρασκευὴν, feria sexta.
τετράδι, καὶ παρασκευῇ νηστευτέον, quarta, & sexta feria jejunandum.
pag. 1389. ἄνδρες λοιμοὶ .i. λοιμικοὶ, homines pestes .i. pestilentes.
ἄνδρα λοιμὸν .i. λοιμικὸν, hominem pestem .i. pestilentem.
pag. 1390. σωφρονιζομένους, &c. coercendos, vel dominis restituendos.
qag. 1391. τῆς ἐνοχῆς, reatus.
pag. 1394. περιαπτὰ, περιάμματα, amuleta.
ἀσεβείας, impietatis.
pag. 1397. τέκνων, ἢ κλειδῶν ἀποβολῇ, filiorum, claviumve ademptione.
pag. 1404. ἐπὶ φαρμακείᾳ, ob veneficium.
τέκνων ἀποβολῇ, κλειδῶν ἀποβολῇ, filiorum ademptione, clavium ademptione.
pag. 1411. οὐκ ἔστιν, &c. non licet naturæ leges ignorare.
κατὰ τοὺς, &c. secundum veteres leges, & Hermogeniani, & Gregoriani constitutiones.
pag. 1423. τὰ ἴχνη, &c. vestigia juris versuti.
pag. 1432. νόννας, καὶ γυναῖκας συνέβαλλε, Nonnas, & mulieres conjecit.
pag. 1434. παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, in ipso scelere.
μὴ ξιφοφορεῖν, non ferre arma.
pag. 1436. δέρματι, bovis corio recens excoriati.
pag. 1437. φάρμακα μὴ, &c. pharmaca ne conficias, & magicis libris abstine.
pag. 1447. σπανίως, raro.
pag. 1449. ἀμφίβολον, dubium.
εἰκόνιον, iconium.
ἀρχέτυπον, archetypum, iconium signatorium, vel in quo erat bulla. *bis ead. pag.*
pag. 2450. ἀποδοῦναι, probatum argentum dare.
σπαλίδας, novaculas.
λογοθέτην, rationum perscriptorem.
pag. 1457. μετριώτερα σφοδρότερα, placidiora, asperiora.
pag. 1465. χώματα, *bis ead. pag.* aggeres.
προκύματα, moles ad frangendos fluctus posita.
πρὸ τῆς, ante ascensum duodecim cubitorum.
τὸν τάφρον, foveam.
φωρῶν μὴ δέξῃ, ne accipias depositam rem furto ablatam furum, ambo enim fures, & qui recepit, & qui abstulit.
pag. 1470. συστάδην, μονομερῶς, cominus partibus constitutis, altera parte præsente.
pag. 1478. τῶν παθημάτων ἰατρεία, cædium medicina.
ἐξομολόγησιν. confessionem.
ἵνα ἄλλοι πρόνοιαν ποιῶνται, καὶ φοβῶνται, ut alii provideant, & pertimescant.



JACOBI



JACOBI CUJACII JURISCONSULTI IN LIBRUM II. CODICIS RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Tit. I. De edendo:



SECUNDUS liber Cod. incipit à tit. de edendo, in quo duo edicta proposuit Prætor: uno jubet ei, qui acturus est actionem edere, & instrumenta litis, priusquam ad judicem eatur: secundo jubet argentarios rationes suas cuique edere. Primi edicti ea ratio est, ut veniat instructus reus ad agendum, *l. 1. D. eod.* posterioris, ut exhibitis rationibus causam suam instruat is, ad quem ratio pertinet, *l. argentarius, D. eod.* & fit editio in utroque edicto copia describendi facta, vel inspiciendi, vel dato descripto, quod descriptum exemplum nostri DD. vocant, *l. Prætor, §. ult. D. eod.* ut Græce *ἀντίγραφον*. *Demosth. in orat. contra Timoth.* tractans de editione rationum: *τὰ γράμματα, ἀπὸ τοῦ γραμματείου, τὰ ἀντίγραφα*, & id sive exemplum, sive descriptum dicatur, fit sine subscriptione *l. exempla, D. eod.* licet interpretes id sumere velint pro instrumentis litis: sed ex antecedentibus, & consequentibus liquet pertinere quoque ad rationes: argentariasque rationes, instrumenta dici, apparet *ex d. l. argentarius, §. 1.* eo quod instruant, unde etiam dicuntur instrumenta, quas rationes, & instrumenta edi sine subscriptione receptum esse Modestinus ait *l. exempla, eod.* ratio illa est, quia exemplum sufficit ad instruendum: & ex primo edicto instruere tantum oportet, *l. si quis ex argentariis, §. edi.* & vero editionem sermone nudo fieri posse constat: veluti potest adversarius ad album Prætoris deducere, & ostendere ex quo edicto agere velit adversus eum, *d. l. 1. §. eum quoque*, ex *Labeonis sententia, ubi pro eo, quod legitur editurus sit, lego, quid dictaturus sit.* Nam sæpè J. C. dicunt dictare judicium, *l. 1. §. quia autem legata, l. non distinguemus, §. item, de recep. arb. l. ult. de separat.* & adversarii nomen licet commune sit actoris & rei, tamen magis proprie refertur ad eum unde petitur, quod & pars adversa seu diversa dicitur, & Græce *τὸ ἐναντίον μέρος*, uti constat ex Tito Livio libro 22. & Fabio in Declam. 330. *Totum*, inquit, *onus probationis redundat in partem adversam*. Album autem *d. l. 1. d. §. eum quoque*, dicitur in quo Prætor proposita sua edicta habet, non ut vulgo putant, proponi edicta illa in gypsato pariete, sed proponebatur in mundo .i. propalam, in pleno lumine, & hoc est, quod ait Theophilus album esse edictum Prætoris proposi-

A

B

C

tum, *λευκοῖς γράμμασι*, quod claris literis interpretor, ut in *l. sed si pupillus, §. proscribere, de instit. act.* & ita Græci *λευκὴν φωνὴν*, vocem facilem, & apertam. Aristoteles in Topicis, *λευκὸν ἐστὶ φωνῆς, τὸ εὐήκοον*, vox alba est, quæ facile excipitur. Sic igitur, deducebatur adversarius ad album, & demonstrabatur iis verbis: volo tecum agere ex eo edicto, quod est de dolo malo, differentiam horum edictorum videamus. Dixi namque, quod esset inter ea commune, scilicet ratio, ut instruatur adversarius, ut in *l. 1. eod.* Ex primo igitur edicto jubet Prætor instrumenta litis non authentica, sed exempla edi sine die, & Consule, unde ea editio fieri dicitur reo, non autem judici: tunc enim ipsa authentica ei sunt edenda, *l. 2. de fide instr. l. 3. C. de diver. rescr.* editur judici ad probationem, adversario autem ad instructionem: exemplo enim nulla est fides, authentico idonea instructio. Posteriore autem edicto eduntur rationes cum die, & Consule. Rationem adfert J. C. in *l. 1. §. editiones, eod.* Rationes autem constare dicuntur duabus paginis, una accepti, altera expensi, neque sola acceptio, aut sola expensio rationem facit, *l. si quis ex argentariis, §. rationem, eod.* non potest autem de accepto, & expenso constare si diem, & Consulem exemeris, nec sine iis ullum usum rationum habere possumus. Instrumenta autem satis usui reo esse possunt, & eum instruere, etiamsi in exemplo dies & Consul appositus non fuerit, præterea verendum est, ne quid falsi fabricetur, ut ait *Ulp. d. l. 1. §. editiones, eod.* prælato die, & Consule, quod falsi genus Græci *προχρονογραφίαν* vocant, Gallice *antidate* vocare solemus, ut in specie *l. si creditor., C. ad leg. Cor. de fal. l. 3. de fi. instr.* ut igitur falsum non fabricetur, melius est diem, & Consulem non addere: qua ratione existimarunt Græci interpretes non edenda esse nomina signatorum seu testimonia eorum, qui instrumentis litis se subsignarunt, ne interim eos reus corrumpat, apud Harmenop. *libro 1. epit. lit. IV. Accur. in d. §. editiones*, est in deteriorem sententiam pronior: verum Græcis stat ratio, quia editio solum ad instructionem desideratur, pro hac sententia facit *l. non ex omnibus, de recep. arb.* ubi si unus ex litigatoribus ex sententia arbitri non edat nomina testium, non ideo pœna compromissi tenebitur, cum ea editio nominis ad solutionem pecuniæ nihil pertineat, nec ad operam præbendam. Igitur cum nomina signatorum nihil pertineant ad instructionem, frustra à reo desideratur: nam peri-

culum est à corruptela testium si reus nomina cognoverit. A Alia inter prius, & posterius edictum differentia est, quia ex secundo oritur actio in factum adversus argentarium, qui Prætori decernenti, ut edat, non paret: & quidem ad id, quod interest. Ex primo edicto actio non datur, sed ipso jure res ita procedit, ut nisi actor prius edat reo instrumentum, & actionem, agere nequeat, ideoque editio actionis exigitur à reo, ut deliberet reus an agere, an cedere debeat, & veniat instructus, *d. l. 1. eod.* nam ratio non permittit, ut plus actor petat debito, *l. 2. C. Greg. de calumn. & plus petit.* Accedit ad hæc *l. 5. de interrog. act.* Fit itaque, ut is, qui non edit, in periculum plus petitionis incidat, & litem amittat: ideo Prætor iis subveniendum censet, qui ob rusticitatem, vel ob ætatem, vel sexum lapsi non ediderunt, *l. 5. §. ult. eod.* ubi ait, iis subveniri .i. rem illis B conservari beneficio Prætoris, & similiter ex quacumque causa lapsi non ediderunt, ob justum scilicet errorem, *§. si quis agens, Inst. de action.* Est item differensia inter prius, & posterius edictum, ut ex secundo edicto desideretur ab argentario, vel alio editio rationum etiam post litem contestatam, *l. argentarius, §. ult. eod.* ex priore autem edicto editur actio, aut instrumentum ante litem contestatam sed dubitatur de instrumentis litis: nam existimant interpretes, litis instrumentum non edi ante litem contestatam; verum aberrant, eadem æquitatis ratione, qua & edi actio postulatur, ut scilicet veniat reus instructior. Quod si hisce temporibus fieri contigeret, utilissimum sane diceretur, multique à litibus deterrerentur: & vero hæc falsa recepta opinio arguitur ex *d. l. 4. §. edenda, & l. 3. eod.* is namque C §. pertinet ad litis insteumenta, quæ quidem edi simul cum actione voluit Prætor, cum ait *edenda sunt omnia, quæ quis apud judicem, &c.* Igitur debet edere ante litem contestatam instrumenta, quibus usurus est apud judicem, & quidem sunt edenda antequam adeatur judex, hic enim per verba futuri temporis loquitur J. C. *d. l. 1.* id quod paulo post ait, ut ostendat adversario id quo uti velit, & sic debet ostendere instrumenta quibus uti velit: nam verbum illud *futuri temporis*, denotat ante litem contestatam instrumentorum editionem fieri debere: ex priore edicto, qui acturus est ex stipulatione, non tantum debet edere actionis formulam, sed stipulationis instrumentum, & quidem totum: alioquin non videtur edere ex *l. 1.* aut dolo malo videtur edere, *l. ubi, §. 1. eod.* partes igitur instrumenti stipu- D lationis eæ sunt, quantitas promissa, dies solutionis, non autem instrumenti, ut sup. dictum est, conditio, locus, *l. 1. §. editionis, eod.* quatuor sic videntur esse partes stipulationis, tempus, causa, locus, quantitas. seu summa. Nunc videamus an editio in jus vocationem præcedat ut litem contestatam præcedit: hoc ordo Codicis videtur suadere: nam *tit. de eden.* præcedit, & sequitor da in jus vocando, quem ordinem Paulus & Ulp. in libris ad edictum sequuti sunt: quare constat hunc ordinem fuisse edicti perpetui: fori igitur, & judiciorum morem talem fuisse, ut prius actio ederetur. post in jus vocaretur: alius tamen ordo in Pandectis reperitur: igitur uterque ordo stare posse videtur: verum puto illico, & eodem tempore actionis fieri editionem, & in jus vocari, unde dici solet in jus vocatio- E nem esse initium omnium actionum instituendarum, *§. ult. de pœ. tem. litig. Instit.* Idem si statuas de editione actionum, verum erit: non tamen ibat reus confestim in jus: nam deliberandi tempus dabatur, *l. 1. de eden.* 50. dierum scilicet, hodie vero 20. Nov. 86. 82. 53. neque in usu erat antiqua lex 12. tab. *si in jus vocat, atque eat. atque .i.* simul est statim. Edita igitur actione in continenti in jus vocabatur reus, non tamen statim ibat: At vero cum, ut dixi, in jus vocationi editio conjuncta fuerit, utra utri præferatur, in serie titulorum facile constitui non potest: sed dicemus ex auctorum nostrorum mente, non constitui discrimen temporis in iis, quæ uno die fiunt, *l. si fundus, §. pen. de pignor.* accedit *l. 6. de excusat. tut.* Ex secundo igitur edicto argentarium suas edere rationes cogi posse ait J. C. in *l. Prætor, eod.* & vero æquissima ratione constitutum esse ait Ulp. quod mei causa factum est meum quodammodo instrumentum mihi edi. Argentarius autem dicebatur qui nummulos vendebat, qui pro auro nummulos argenteos acceptos collybo dabat, quod mirum est, argentarios dici, qui nummulos vendunt, cum absurdum sit argentum vendi, maxime quia constat pecunia nos aliquid comparare, & non pecuniam emere. Itaque vix receptus est ususfructus pecuniæ, nec Senatus efficere potuit, ut proprie ususfructus pecuniæ constitueretur, *Inst. de usufr.* nec utique apparet in jure nostro usquam factitatum ut pecunia venderetur, licet numismatum usumfructum constitui posse scribat Pomponius *l. numismatum, de usufr.* verum ideo argentarii nummos vendere dicebantur, quia pro mutatione denarii κόλλυβον Græce dictum accipiebant, sic est interpretandum, quod est in *l. 5. C. Th. si quis pecunia const.* eratque eorum officium publicum, uti constat ex *l. argentarius, §. 1. eod.* recte itaque cognoscere nummos solebant, & inquirere curiose vultum, ætatem, colorem, nobilitatem, literaturam, pondus: unde eveniebat, ut qui vendebant, aut qui mutuo accipiebant, aut fœnori dabant, ne deciperentur, per argentarium eas pecunias, aut darent, aut acciperent, & sic eis fides firmissima habebatur. Patet itaque duobus modis accipi pecuniam solitam fuisse, per argentarium scilicet, & ex mensa argentarii: mensularii dicti sunt etiam collybistæ à collybo, sicut supra dixi. Aut inquam ex domo sua accipiebatur pecunia, ut liquido apparet ex *l. lecta, de reb. cred.* in illis verbis, *Lucius Titius scripsi me accepisse quindecim mutua numerata mihi de domo sua, l. quidam, de const. pec.* in illis verbis *ex arca tua.* Alii dabant pecunias argentario fœnori locandas, quas argentarii se soluturos constituebant, atque in rationum libros id referebant, *Nov. cxxxvi. l. si quis ex argentariis, §. rationem, eod.* hinc est, quod mulieres argentarii officio, quia scilicet constituere .i. intervenire non possunt, fungi nequeunt, *l. pen. eod.* item heres, qui hereditatem erat venditurus, per argentarium eam venditionem utique faciebat, ut apparet in *l. item vendendum, de pet. hered.* quæ quidem rationes argentarii diligenter conficiendæ erant, *l. Prætor, §. 1. l. argentarius, §. 1. eod.* nam is describebat, quo die, aut à quo datum, aut acceptum erat, quas quidem rationes negotium mensæ dicebantur, quod quidem heredibus relinquebatur, aut etiam per fideicommissum, *l. cum pater, §. mensæ, de leg. 2.* Constat igitur eum in omnibus fere contractibus intervenire solere, atque de iis rationes conficere, quas etiam faciebat si secum contractum fuisset, *d. §. 5. l. Prætor, d. §. 5. l. argentarius, l. boves, de verb. sig.* conficit item rationes servus pupilli, *l. 1. §. de servis, de tut. & rat. distr.* item tutores, curatores, socius, procurator, & ii non actione in factum ex secundo edicto cogebantur edere rationes, sed propriis actionibus, *l. 9. eod.* quibus non poterat argentarius conveniri, quia neque tutor, neque procurator erat, sed actione supra dicta in factum. Nec obstat, *§. pertinere d. l. si quis ex argentariis*, ex quo argui potest argentarium omnino teneri debere mandati, cum rationes sine mandato conficere non debeat: verum non perpetuo sequitur, mandatum est, ergo actio mandati competit: nam & si cum servo mandante domino contractum sit, non tamen mandati tenebitur actione contraria dominus, sed quod jussu *l. 1. 2. 3. quod jussu*, tenebantur igitur ad id quod interest actione in factum argentarii, *l. ult. eod.* idem de nummulariis dicendum est, *l. quædam, §. nummularios, eod.* qui quidem nummularii sunt argentariorum opulentorum ministri, tum in cogendis, & locandis pecuniis, unde coactores dicti, *l. Sticho, §. ult. de statulib.* & collectarii in *l. quisquis, C. si cert. pet.* Et quod ait J. C. *d. §. nummulariis, & erogant per partes*, Græci vertunt, κέρματα .i. minutiores æris partes, à κείρω, quod est in minutiora frusta scindere, quales solent plebeii exposcere *pro ære gravi* .i. per minutas pecunias & mi-

& minutiores nummos plebi magis commodiores: quæ igitur est ratio edi ab argentario rationes deberi, eadem est & de nummulario ceu collectario, ceu coactore. Constat igitur ex his, rationes, quas quis nostra causa confecit sive argentarius, sive tutor, sive socius, eas edere debere, quod non est idem dicendum de eo reo, qui sibi proprias, & peculiares confecit rationes, ut latius infra: atque ita est accipienda regula juris, quam initio dixeram videri pugnare cum edicto posteriori de edendo, quæ regula tamen interdum vitiatur, ubi judicem justa aliqua causa impedit, & movet, quæ est definitio propria l. I.

Ad L. I. Imp. Antoninus Pius Aug. *Anilio. Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam deposuisse te dicis, deberi tibi probes: nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad judicis officium pertinere solet PP. IV. Kal. Oct. Sabino II. & Severo Coss.*

LOquitur hæc L. non de rationibus argentariorum, sed de privatis, & domesticis, quas sibi quisque conficit: nam in ejus specie à fœmina actor desiderat sibi rationes exhiberi, quæ officio argentarii non fungitur, *l. pen. eod.* ait enim: *nam quod desideras, &c.* desiderat ergo rationes a muliere privatas, igitur non argentarias, quæ quodammodo publicæ sunt, cum publica fide subnixæ dicantur, *l. si ventri, §. in bonis, de reb. auct. jud. poss.* Et quod tentat Accur. hoc loco eam mulierem successisse argentario, & ita ab illa rationes argentarii exhiberi recte desiderari, commentitium est, ut & Doctores advertunt: præterea apud eam se pecuniam deposuisse actor dicit, non apud alium, cui successerit principaliter: igitur cum ea agit non alieno nomine, & id etiam pucrile, & insolens est quod tentarunt quidam ea verba, *adversaria tua*, plurativi esse numeri, & accipi pro tumultuariis, ut Ausonius loquitur, & rationibus extraordinariis: ac si diceret rationes tuas, & adversaria tua .i. literas, & rationes nondum in ordinem conjectas. Et simili errore Alciatus in *l. 1. §. eum quoque, eod.* eum, qui producit adversarium suum, sic interpretatur, profert scripturam servorum, & literarum adversaria, quem derident multi eo nomine: Non ita auctores Basilicon, qui eodem utroque loco adversarium, & adversaria accipiunt pro eo cave unde petitur, & hoc loco adversaria tua sic interpretantur, ea cum qua controversaris, & ita speciem ponunt recte: Egit Æmilius, vel ut alii codices Anilius, adversus mulierem quandam actione depositi, quod diceret se apud eam deposuisse certam pecuniam: id vero eum non posset judici aliunde probare, desiderabat, ut mulier sua brevia proferret, & rationes privatas: vocant brevia, rationes breviarias, *l. ult. de pec. leg.* ex quibus dicebat Anilius fore, ut liqueret de deposita pecunia: moris enim fuit veteribus Romanis, patribus, & matribusfam. totam vitæ rationem per singulos dies conscribere: & negligens habebatur, qui non conscriberet: nam ut est in ea l. qui in potestate patris sunt, tabulas nullas conficiunt, & quidem filiifamil. totius vitæ suæ tabulas non conficiunt, sed actus, ut tutelæ, necesse est ut rationes conficiant, *l. prætor, §. 1. de eden. l. filius, de tut. & rat. dist.* sed aliud est totius vitæ rationem conficere, aliud unius actus, verum cum ea species, quam proposuit, perlata fuisset ad Imp. Imperator Anilio rescripsit, qui desiderabat fidem haberi deposito ex rationibus privatis adversariæ, cum aliunde probationes sibi parare debere, non petere ex domo adversariæ, quod ait: *nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua, &c. id ex causa ad officium judicis pertinet,* id est, id jure non desideras, sed judicem cogniturum, & si justa videatur desiderii causa rationes edi jussurum: ex *causa* igitur hoc loco, id est, causa cognita, & utitur exhibendi verbo, *sicut in l. ult. hoc tit. & l. ubi, eod. D.* sic loquitur de rationibus: actionem enim exhibere nunquam dicimus pro edere: latius patet edendi, quam exhibendi verbum, eduntur rationes, & actiones, exhibentur rationes, non etiam actiones: item edit rationes, qui exhibet codicem ipsum rationum, edit rationes, qui porrigit exemplum rationum, nec tamen exhibet rationes ipsas, vel instrumenta, quandoquidem ea habet in secreto, & exemplum tantum profert. Item, edit rationes, qui dictat, quod rationibus continetur, nec tamen exhibet, edit actionem, qui producit adversarium ad album, & demonstrat qua actione usurus sit, non tamen is exhibere dicitur: at qui cedit actionem, is dicitur exhibere, *§. cum autem, Inst. de empt. & vend. l. quod sæpe, §. si res vendita, de cont. empt.* actionem igitur exhibere, cedere est, non edere; & ratio discriminis est, quod qui exhibet, quodammodo habere desinit, cum scilicet quem in medium profert & educit foras, & quasi ponit extra se, *l. 1. de lib. hom. exh.* edit etiam, qui nullo modo habere desinit: exhibeo igitur actionem, quam quodammodo habere desino, dum eam transfero in alium cessione facta, ut is ea experiatur, vel directo meo nomine, vel utiliter suo nomine, *l. emptor, C. de act. empt. & vend.* non tamen eam actionem omnino habere desino: nam possum ea experiri, si modo is, cui cessa est ea, nondum expertus sit, *l. 3. C. de novat.* & ob id dixi, *quodammodo.* At si actionem non transferam in alium, sed dicam tantum, qua actione uti velim, quod est edere, eam actionem habere nullo modo desino: edo igitur eam, non exhibeo, cum autem exhibeo, & edo, non contra: nam exhibitionem editio non comprehendit. Definitio ejus l. hæc est: reum officio judicis ex justa causa compelli actori edere privatas, & domesticas rationes, hoc, inquit, *ex causa ad officium judicis pertinere solet*: quod ausim affirmare sumptum esse ex *l. pen. §. ult. ad leg. Falcid.* quam & hic adduxit Accursius qua l. interrogatus Scævola, an heres cum quo agunt legatarii ex testamento, si legatariis opponat Falcidiam, dicens plures tutelas administratas à defuncto, nondum rationem redditam, & neget tantum posse redigi ex nominibus debitorum, quantum in cautione hereditaria deductum est, an ut fides veri constet, cogatur heres legatariis agentibus ex testamento edere rationes pupillares, ne scilicet sit in potestate heredis proferre, quod velit, & legatarios in fraudem inducere suppressa quantitate bonorum: & respondet Scævola, *ad officium judicis pertinere explorare ea, per quæ probetur quanti sit in bonis, &c.* officio igitur hoc fit, non jure actionis: nam neque utilis, neque directa illo nomine actio competit, non edictis de edendo, quorum uno reo editur, non autem reus edit: alterum est de rationibus argentariorum, non de privatis, non item ex edicto ad exhibendum, quo vindicaturis, vel quasi datur actio ad exhibendum. Non ergo iis, qui rationes adversarii sibi edi desiderant, quarum vindicationem non habent, *l. pen. ad exhiben. l. nimis grave, C. de testib.* quæ proprie pertinet ad tit. ad exhiben. cum sit in C. Greg. sub tit. ad exhiben. Non recte etiam à reo desideratur privatarum rationum exhibitio ex interdicto de tab. exhiben. quoniam est tantum de tabulis ad causam testamenti pertenentibus, hæ tabulæ sunt communes inter heredem & legatarios, & cæteros, quibus aliquid testamento relictum est, *l. 2. in princip. quem. test. ap.* Igitur recte desiderat legatarius, qui agit ex testamento ab herede sibi edi exhiberive tabulas testamenti, licet contra agente legatario non recte ab eo desideret heres, ut proferat tabulas testamenti, ex quibus agit, *l. 2. de eden.* quia edicto primo actorem reo Prætor jubet ea tantum instrumenta litis edere, quæ reus non habet: porro heres habet, aut habere solet testamentum, & absurdum est cum ipse in ea causa sit, ut edere cogatur, petere ut exhibeatur ei, *l. si quis ex argentariis, §. prætor eod.* ergo legatarius heredi non edet testamentum, nisi causa cognita, ut in *d. §. Prætor ait*, quia heres debet habere, vel exemplum testamenti: compellitur tamen heres cum quo agitur, legatario edere tabulas testa-

[A] menti, & non tantum interdicto de tab. exhib. sed etiam extra ordinem per Prætorem, *ex tit. quem. test. aper.* & ex interdicto si neget heres se tabulas habere, extra ordinem si non neget, *l. 2. §. pen. quem. test. ap.* & fit condemnatio ex causa interdicti in id quod interest: extra ordinem omnino cogitur edere, *d. l. 2. §. ult.* & ita est hæc differentia inter hos titulos *de tab. exhib. & quem. test. aper.* Communia igitur instrumenta, veluti tabulas testamenti reo cogitur edere actor actionis, vel interdicti jure, vel remedio extraordinario: instrumenta sua propria reus nulla actione cogitur edere: nam originem petitionis oportet fundari aliunde, quam ex instrumentis ejus unde petitur propriis, *l. ult. hoc tit.* ergo instrumenta sua propria reus non cogitur edere actione, vel interdicto ullo. Item instrumenta actoris propria reus actori, si ea ha- [B] beat, omnimodo edere compellitur actione ad exhib. quia & earum vindicationem actor habet, *l. 3. quem. test. aper. l. 3. §. interdum, ad exhib.* Item eorum instrumentorum, quæ quodammodo propria actoris sunt, vel communia, puta quæ alius ejus nomine confecit, recte editio per actionem postulatur, ut quæ argentarius confecit per actionem in factum, quæ tutor per actionem tutelæ, quæ socius per actionem pro socio, quæ procurator per actionem mandati, *l. quædam, de eden.* at instrumenta sua propria reus nulla actione edere cogitur, officio judicis cogitur ex justa causa, si qua judicem moverit, ut puta; nam in exemplorum appositione laborant interpretes, si reus ea dicatur subtraxisse, & malitiose suppressisse, ut verum aliter inveniri non possit, & judici tandem videatur omnino earum rationum editio [C] extorquenda a reo, *l. 2. §. 1. de in. fisci*, sicut ubicumque judicem æquitas moverit, *l. ubicumque, de interr. act.* adversarium interrogari posse, & ad id quod interrogatus fuerit respondere compelli, & ex illa quoque causa fisco agente, ut opinor, ex illa justa causa, non jure singulari reum compelli edere rationes suas privatas, & domesticas, *l. 3. D. de eden. l. 2. §. Divus, & §. item divi, de jure fisci*, videlicet, si causa sit civilis, non si capitalis: ac similiter omnino aliis agentibus ex causa, per officium judicis reus non cogitur actori edere rationes suas, nisi in causis civilibus: nam si & in causis criminalibus reum cogas edere rationes, hoc perinde est ac si eum cogas sibi manus inferre. Igitur ex officio judicis nulla ex causa in causis criminalibus editio rationum privatarum a reo exigitur, si tamen cum esset causa capitalis, [D] forte accusator, vel judex inciderit in rationes ejus privatas, qui criminis reus postulatus est: non dubium est, quin ex eis probationem judex sumpturus sit, & condemnationem ex fide earum facturus: & ita olim, ut Asconius scribit in Præt. urb. moris fuit, ut judex, aut accusator obsignaret domum ejus, quem accusaturus erat, ne quæ indicia criminis ab eo removerentur, unde apparebat, ut damnaretur plerumque ex suis tabulis, qua de causa cœperunt Romani, vel non conficere omnino sibi rationes, vel obscurius conficere, ut notis: & hæ quidem scripturæ, sive rationes adversus patremfam. & matremfam. fidem faciunt, sicut in *l. de ætate, §. 1. de interr.* In judicio si quis respondeat se heredem esse, cum non sit heres, tenebitur perinde ac si heres esset, & ei contra se fides habebitur: idemque [E] demonstratur in *l. Publia, §. ult. depos.* Quidam ita scripsit epistolam Semproniis, habere se decem ab eis pondo, & duos discos, & sacculum signatum, & subjecit, ex quibus mihi debentur decem: quæritur, an ex ea scriptura nascatur obligatio? respondet non nasci: nam & nuda ratio debitorem non facit, & privatæ formæ agrorum non obligant, ut Siculus ait *de limitibus agrorum*. Igitur neque, qui scripsit obligatur, neque ad quem scriptum est: sed rerum, quas se debere dicit, probationes complectitur, quod si velit proinde sibi deberi probare, hoc judex æstimabit. Conclusio in *d. l. Publia Mævia, §. ult.* hæc est privatis rationibus fidem haberi adversus eum, qui eas scripsit, sed eas non [A] facere fidem pro eo, qui scripsit, *l. exemplo, C. de probat. l. ult. C. de conv. fisc. debit.* M. Tullius pro Roscio Comœdo: *suum codicem testis loco recitare arrogantius est.* Sed hoc ita procedit, pro scriptore non facere rationes domesticas nisi aliis adminiculis adjuventur, *l. instrumenta, C. de probat. & l. 3. de fide instr.* sed hæc probatio non sufficiet nisi addatur jusjurandum, ut liquet ex edicto Justiniani septimo de argentariis, quo declaratur, non haberi fidem diariis, & eorum rationibus, nisi eas proferant jurati: denique pagina expensi sine aliis adminiculis, puta sine jurejurando, fidem non facit, pagina accepti per se sola fidem facit.

Ad L. II. Is, apud quem res agitur, *acta publica tam civilia, quam criminalia exhiberi inspicienda ad in-* [B] *vestigandam veritatis fidem jubebit. PP. Non. Jul. Severo A. & Albino Conss.*

HUjus *tit. l.* 1. est de rationibus privatis, hæc secunda est de actis publicis. Quid vocat acta publica? an gesta judiciorum sive commentaria, quæ officiales conficiunt in causis civilibus, & criminalibus, & ab ea re officiales dicuntur, modo actuarii, modo commentarienses, modo commentatores. Denique an acta publica vocat, quæ alibi dicuntur acta forensia, *l. comparationes, C. de fid. inst.* Putem plus significare aliquanto actorum publicorum appellationem, ut sunt acta publica, quæ translata sunt in publica monumenta, id est, in Archiva, & tabularia publica, qua de causa & in *d. l. comparationes* separantur forensia a [C] publicis: forensia sunt quodammodo publica, sed proprius publica dicimus, quæ sunt in archiis publicis memoriæ perpetuæ causa, & ita D. Augustinus *epist. 162. non chartis, non archiis publicis, non forensibus causis, &c.* Sed tamen quod pertinet ad decisionem hujus Constit. idem juris statuimus in actis forensibus, quod publicis in actis. Igitur forensibus, sive translata sint in publica monumenta, sive non. Quod vero *l.* 1. ait de privatis rationibus reorum, eas edi actori ex causa officio judicis, idem de actis publicis hæc l. demonstrat ea postulantibus edi arbitrio judicis, sive sint civilia, sive criminalia, constet fides veri, & futurorum memoria, sed exigit commentariensis adnotationem, sive subscriptionem, *l. in fraudem, §. quoties, de jure fisc.* ita enim vult edi acta, ut tamen [D] non habeatur rata editio, nisi eam commentariensis sua manu adfirmaverit, & corroboraverit, qua in re hæc species distat ab illis causis, quæ proponuntur in edictis de edendo; ex quibus constat recte edi instrumenta litis sine subscriptione edentis, *l. pen. de eden.* & ratio differentiæ non obscura: nam ex illis edictis instrumenta eduntur tantum instruendi rei causa, & subscriptio instructioni nihil adiicit, actorum editio postulatur fidei faciendæ causæ, quæ mutat si deest subscriptio commentariensis. Igitur non eduntur instrumenta publica ad faciendam fidem sine adnotatione commentariensis, eduntur instrumenta litis etiam sine subscriptione edentium, separanda est etiam hæc species ab ea, quæ proponitur in *l. 1. inf. eod.* quod actorum publicorum editio postulatur recte, sive sint civilia, sive criminalia, reus autem *ex l. 1. inf.* per officium judicis [E] justa ex causa non cogitur edere privatas, & domesticas rationes, nisi in causis civilibus non capitalibus, & huic *l. 2.* congruit, & nonnihil facit ad rem omnem explicandam *l. 6. C. Th. de accus.* quæ vult acta criminalia ut civilia edi his, quorum salus in discrimen venit, ut constet de innocentia, & æquitate judicantis, & cum is judicat ne quid lateat eum, vel occupet improvidum, & incautum, & adiicit, *non debere expectari deprecationem actorum:* sed quid illud est non debere expectari deprecationem? hoc nempe, non esse necesse ob eam rem supplicare principi, *l. 2. ut lite pend. C.* quæ l. vetat supplicare principi lite pendente, quod servatur hodie, nisi actorum, vel pronunciationis editio denegetur: nam

nam tunc licebit ea de re principi supplicare etiam pendente lite principali, ut actorum potestas fiat: sed dum ait l. quod & ista adsignificat, *non expectari deprecationem actorum*, demonstrat, impetrari editionem actorum posse officio judicis citra supplicationem, quæ est sententia *d. l. 6.* & inde liquet actorum editionem postulari pendente etiam lite, & adjicitur in *l. in fraudem*, *§. quoties*, *de jur. fis.* actorum quoque editionem postulari iterum tractata lite, sicut in ea l. *d. §. quoties*, ponit agi apud fiscum, quo tempore ait, actorum potestatem esse faciendam, ut merito his uti liceat, sed acta adnotanda esse manu commentariensis, & eum qui aliter ea acta proferat sine adnotatione commentariensis nihil agere, & rem amittere. Sic illo *§. quoties* docet pendente lite actorum editionem postulari. Sequitur alter *§. quoties*, in quo ait, si eadem lis tractetur apud fiscum, priorum actorum recitationem fieri debere *ex officio*: *recitare*, edere est, & dicere nudo sermone: *ex officio* non est ex officio judicis, sed per officialem, ut Basilica. Denique actorum editio postulatur vel pendente lite, vel iterum retractata lite: Potest etenim actorum editio postulari in aliam litem & inter alias personas, quod tamen interpretes non admittunt, & moventur hac regula juris, *res inter alios acta aliis non præjudicat*, male: nam hæc regula negat, inter alios acta aliis jus facere, non tamen negat inter alios acta fidem prestare apud omnes: recte etiam mortuo eo, apud quem acta babita sunt, eorum actorum editio postulatur apud alium judicem: nam morte cognitoris non perit fides actorum fori fidesve publica, *l. ult. C. de re jud. gesta*, inquit, *quæ translata sunt in publica monumenta &c.* ad quam l. propria speciea promenda est ex *l. 55. C. Th. de bered.* pertinet ea l. *ad Donatistas*, *& ideo in eo Cod. ita incipit*: *Notione & sollicitudine Marcellini spectabilis viri*: Marcellinus fuit tribunus & notarius, qui quædam acta criminalia confecit adversus Donatistas, quorum etiam fit mentio a D. Augustino *Epistola* 158. 159. 160. & ea, ut dixi, fecerat vir spectabilis Marcellinus: quæritur an ea nullius momenti essent, cum tamen ea etiam Marcellinus retulisset in publica monumenta, & respondet, ea perpetuam habere firmitatem, nec morte cognitoris mortuam publicam fidem. Igitur quæ apud unum judicem acta sunt, eo defuncto, valebunt etiam apud alium fide, & auctoritate, licet non pondere juris, & inde etiam si quæras, an testimonia probata in uno judicio, in alio fidem faciant: dicam facere, quia hoc constituit generaliter de actis: testimonia autem sunt pars actorum tit. *de probat. infra*, *l. ult.* ubi enumerantur omnia testimoniorum genera, & præterea ex *l. jubemus*, *infra*, *de lib. cau.* quod quis propria voce confessus fuerit apud alium judicem, ejus fides stat in judicio alio, & ex *l. ult. infr. de testib. l. pen. in fi. infr. de recept. arb.* quæ testimonia producta sunt apud arbitrum, eorum etiam fides constat apud judicem, cum ab arbitro itur ad judicem. Quin etiam existimo eum, qui fuit arbiter in eadem causa, judicem postea fieri posse, eum, inquam, qui fuit arbiter nec rem peregit: ut in causa Roscii Comœdi, is, qui fuerat arbiter, postea fuit judex. Neque moveor *l. 9. §. pen. de rec. arb.* quæ non hunc, sed contrarium ponit casum, nec enim hoc retroagi volo, ut etiam is, qui est judex, possit ejus rei, cujus judex est, ex compromisso arbitrium recipere, hoc enim non admitto, ut possit deponere partes judicis, & suscipere partes arbitri compromissarii: nam arbitri honorarii operam judex interponere non potest, verum quo cepit ordine, eodem debet rem peragere, ut definit ea l. quod & plerisque locis ita observatur. Hodie tamen vulgo id non observatur: ut qua in re quis consultus fuerit, in ea etiam judex detur, quod tamen non fuisse prohibitum demonstrat *Nov.* 158. posse quem, cujus rei fuerit consultor, in eadem esse judicem, & vero vir probus, qui semper est sui similis, tam erit severus in consultando, quam in judicando, & quod consuluerit idem judicabit, nisi aliqua circunstantia eum a priori sententia dimoveat. At quia diximus acta civilia vel criminalia officiales conficere, eo forsitan existimaverit quis in libris nostris idem esse apud acta, sed aliud suadet *l. eum, pro quo*, *de in jus voc.* aliud esse apud acta, aliud apud officium .i. apud officialem: loquitur de cautione judicio sisti, qua cavetur apud acta vel apud officium, & apud officium cavet, qui officio stipulanti promittit, apud acta autem, qui præsente officio non stipulante, absente autem judice promittit judicio sisti, qui tamen & ipse perinde tenetur ac si officio promisisset, sed tamen non idem est apud acta promittere, & apud officium, quamvis sit effectus idem: unde in *l. ult. de ædif. priv.* C. quæ est Constitutio Græca Leonis, est potius apud officium, quam apud acta.

Ad L. III. *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas. Dat. II. Kal. Sept. Severo III. & Antonino A.A. Conss.*

LEx 3. pertinet ad primum edictum de edendo (& quidem sola hujus tit.) quod est de editinne actionum, & instrumentorum litis, nulla vero lex in hoc tit. pertinet ad secundum edictum de ratione argentariorum: quorsum ergo pertinent aliæ ll. hujus tituli: ad adfines quæ illis edictis sunt quæstiones, veluti an reus cogatur edere actori actiones domesticas, an acta publica edantur quolibet postulante, an reo post litem contestatam cogatur actor edere rationes, & instrumenta, quibus reus possit probare intentionem, defensionem, exceptionem, in tit. de edendo, longe aliter. Illa tantum duo edicta explicantur, nullæ adfines quæstiones, ut plane hoc tit. videatur Justian. explevisse quod deerat titulo Digestorum de edendo. Quantum vero ad hanc l. pertinet, ut perspicue intelligatur, coaptanda est cum *l. 1. infra*, *de lit. contest.* utriusque l. eadem est inscriptio, & subscriptio, una fuit Constitutio quam Justinian. divisit in duo membra, & partem posuit sub hoc tit. partem posuit sub illo tit. *de lit. contest.* quæ si modo coaluerit, res erit dilucidior: namque ex utraque ita conjuncta elicietur vera differentia inter editionem actionis, & litis contestationem, & omnino fini *l. 1. de lit. contest.* oportet coaptare initium hujus l. 3. Edita actione nondum res in judicium deducitur, ergo nondum lis est, nam quid est lis? est res in judicium deducta, & ut ait d. *l.* 1. res non videtur in judicium deducta, si postulatio tantum simplex celebrata sit, hoc est, si petita & impetrata actio sit, nondum res est in judicium deducta, quæ tamen impetrationes actionum sunt sublatæ, *l. 2. C. de form. & impet. sub.* à Constantino, sed non a Theodosio, & Valentiniano, auctoribus hujus l. Sed & non videtur res in judicium deducta si actionis species ante judicium reo cognita sit .i. si edita sit reo actio: edi enim debet ante judicium, ante litis contestationem, ut proinde sciat reus cedere, an contendere debeat, & ait, *edita actio*, quoniam specialiter erat edendum nomen actionis, l. 2. *C. Greg. de calum.* ut, inquit, specialiter petitor cogatur edere genus litis, idemque est iisdem prope verbis in Nov. Valenti. *de Episcop. judic. si*, inquit, *edito genere actionis*, *adversarius ad respondendum coegerit*. Etsi igitur eo modo specialiter nomen actionis edideris reo, tamen non ideo rem in judicium deduxeris: at litis contestatione proculdubio res in judicium deducitur, & litis nomen accipit, nec enim ante litis contestationem est lis, sed controversia potius, *l. 5. & l. 26. §. si ante*, *de pet. bered.* licet fetear nonnunquam nos abuti litis vocabulo, ut cum litem accipimus pro actione; aliud tamen est actio, aliud lis. Actio est jus persequendi, lis est res in judicium deducta, sed tamen accipitur pro actione, *l. litis*, *de verb. sig.* & *l. lis*, *de judic.* quod ait nullam litem esse cum filiofam. *in l. cum servis*, *de reg. jur.* quæ est ex eodem libro, *nulla*, inquit, *actio est*

cum

cum servo, & in edicto etiam de litigiosis, res cujus alienatio interdicitur, litigiosa esse existimatur, non tantum si lis sit contestata, sed etiam si mota sit controversia, *Nov. de litigio* 5. & licet, *l.* 1. *de litigio* 5. dicat, denuntiationem factam venditionis impediendæ causa solam rem litigiosam non facere, si ei dixero diem judicii, sicut in S. C. de *pet. her.* constat petitam videri hereditatem non tantum si lis contestata sit, sed si denuntiatio facta sit, atque ita litis nomen pinguius accipitur *in tit. de litigio* 5. At proprie lis non est nisi, quæ contestata est: ad summam, litis contestationem præcedunt impetratio actionis, editio actionis, in jus vocatio, & recte dixeris in jus vocationem esse initium actionis, *§. ult. de poen. tem. litig.* quod dixeris similiter de editione actionis, sed non recte dixeris esse initium litis: præcedit etiam conventio, & admonitio extrajudicialis, quæ separatur a litis contestatione, *l. si homo*, *de rei vind.* præcedit, & inscriptio in causis criminalibus: nam & litem dicimus de causis criminalibus. Quintil. *in Declamat.* dicitur lis in *l. ex judiciorum*, *de accus. l.* 3. *C. qui accu. non poss.* eam igitur litem criminalem etiam præcedit inscriptio, *l. in S. C. ult. ad Turpil.* inde hæc differentia juris antiqui, & novi: novo jure lis est peragenda in biennium a die litis contestationis, *l. ult. infra*, *ut intra certum temp.* antiquo jure causa criminalis peragenda est intra annum a die inscriptionis, *l.* ii *C. Theod. ut int. an. crim. quæ. term.* Proprie igitur lis non est antequam contestetur, & hoc est, quod subjicit in *d. l.* 1. *de lit. contest.* inter litem contestatam, & editam actionem multum interesse, quod congruit cum *l. rem*, *§. patroni*, *inf. de judic.* & *l.* 2. *inf. de jurejur. prop. cal.* ex quibus intelligimus, ad definitionem litis contestationis addenda esse hæc verba, ut narretur negotium ex utraque parte, ut si narraverit negotium actor, & tacuerit reus, vel non responderit ad actionem, sed opposuerit præscriptionem fori, non videtur lis contestata, quod etiam significabant XII. tab. his verbis, *cum perorant ambo præsentes*, & Cincius apud Macrobium: *jubet dicere quorum negotium est*, *narrant*, & gloss. veterum, lites contestatæ sunt, quæ in judicio acceperunt causam ex conflictatione, & congressione utriusq; partis, & actor dicitur litem contestari cum reo, non reus cum actore, *l. si a me fuerit*, *de jud.* si arrogatus fuerit à me is, qui litem contestatus mecum fuerat, vel cum quo ego, non contra: cur ita? veteres hoc docent, quia actor litem facit, & appellatio litis contestationis ex eo ducta est, quod fieret olim testibus præsentibus, & ob id Cincius jubet dicere, quorum negotium, & addit, *judex poscit testes*, & fit contestatio litis. Festus: contestari dicitur cum utraque pars dicit *testes estote*, litem facit contestatio sola: & hoc distat contestatio litis ab editione actionis, quæ speciem futuræ litis demonstrat, quinimo potest fieri etiam, ut si edita sit actio, non sequatur lis, puta cedente reo cognita actione, cognito instrumento litis. Igitur edita actio litem non facit, sed speciem futuræ litis demostrat, & quod ait, speciem, id dicit propterea, quod esset edendum nomen actionis, & quod ait actio, non omisere Jurisconsulti in eo edicto tit. *de edendo*: actionis verbum accipiendum esse latissime, *l. actionis*, *de oblig. & act.* quæ *l.* sumpta est ex eodem libro, ex quo sumpta est *l.* 1. *de eden.* & conjungenda etiam illis *l.* 1. *de except.* hoc modo: prætor edicit, ut reo edat actor, antequam ad judicem eatur actionem suam: quid continetur actionis verbo? actio in rem, actio directa, &c. sed potuisset quæri an contineretur exceptio: nam ut ait *l.* 1. *de excep.* agere videtur, qui excipit, sed non ideo cogitur edere exceptionem suam reus ante litis contestationem, sed post: denique edit actionem suam actor ante litis contestationem, sed reus exceptionem suam non edit ante litis contestationem. Ostendi quid interesset inter litis contestationem, & editionem actionis: editionem actionis rem in judicium non deducere, litis contestationem rem in judicium deducere, & ali ea quidem contestatam rem sive controversiam, litis nomen accipere, contestationem esse litis initium, editionem esse futuræ litis indicium, & litis contestationem fieri narrato negotio ex utraque parte, editionem fieri si vel libello aliquo complectatur actor actionem vel copiam ejus describendæ faciat, vel etiam sine scripto, si eum cum quo acturus est producat ad album Prætoris: & abstinuere veteres in litibus scripto quantum fieri potuit, vel ubi opus fuit, scripto usi sunt brevi, non tantum in litibus, sed etiam in negotiis, & contractibus omnibus, ut de donationibus est proditum in *l. si aliquid*, *C. de donat.* brevitas chartulæ donationi nihil derogat, & testamentum constare verbis tribus proditum est in *l.* 1. *de her. instit.* vel duobus, *Lucius heres*, denique de sententiis dicitur in *l. pen. & ult. infra de sent. quæ sine certa quan. l. in sententiis*, *de re judic. solve quod petitum est*: his verbis solis constat valere sententiam, modo certam summam expresserit actor, si certa sit petititio, & ipsa sententia certa est, si ita dixerit, *solve quantum petitum sit*, vel etiam his verbis, *decem quæ bona fide accepisti solve*, & similibus verbis, dummodo recte componantur: nam ut ait *l. ult. infra comminat. epistol.* quod magno conflictu decerni solet, id paucis verbis temere descriptis definiri sententia fas non est. Igitur ut ad rem redeam, poterat editio actionis fieri etiam sine scripto, sermone nudo aut scripto brevi, sed hodie certum ex Nov. Justiniani *de exhib. reis*, editionem fieri libello dato: ergo ex scripto dato, ut quidam dicunt, ἀντιβιβλίον, i. ut interpretantur ex Haloandro, *exemplo libelli*, qua in re falluntur: nam ea Novella differentiam facit inter βιβλίον & ἀντιβιβλίον. βιβλίον est libellus conventionis, quo editur reo actio, ἀντιβιβλίον est libellus responsionis, qui quidem scribitur adversa parte libelli conventionis: nam in ea Nov. Justinianus vult, ἀντιβιβλίον reum apponere subscriptionem, qua declaret, quo die ab actore conventus fuisset, & in quem diem sistere oporteret se operam præbiturum, se daturum operam, *ne quid quod è re sua non esset fieret*, & quidem vult Justian. ut exposui, edi actionem ex scripto dato libello, cui statim ex adversu reus suam responsionem aplicet, & dicitur ἀντιβιβλίον. Et in hoc quidem edicto Prætoris de edenda actione reo ante litem contestatam jam heri ostendi satis, actionis verbum accipiendum esse latissime, ut edi debeat reo ab actore omnis actio, sive acturus sit in rem, sive in personam, sine mixto jure, ut familiæ ercisc. communi divid. finium, regund. petitione hered. sive acturus sit præjudicio, de statu scilicet, sive directa actione, sive utili, sive interdicto: nam & interdicta edenda sunt iis cum quibus acturi sumus. Sed nolumus, idque conjunctis capitibus Ulp. sumptis ex eodem libro, verbo actionis complecti exceptionem: quoniam non est quod festinet reus edere exceptionem ante litem contestatam, instrui non oportet actorem, sed eum unde petitur, instrui æquum est reum ante litis contestationem ne opprimatur improviso, quam etiam rationem reddit *Ulp. l.* 1. *de eden.* Et adiecimus etiam specialiter esse edendum nomen actionis jure civili: nam scio Pontificio hæc improbari: nec mirum, cum eo jure omnes actiones vacent nomine, sed jus civile tractamus, hoc jure specialiter comprobatur, edendas esse actiones vel nomen edicti ex quo competit actio: nihil enim interest nominem edictum, an actionem, *l.* 1. *§. eum quoque*, *eod.* & specialiter edendum esse nomen actionis significat etiam *l. ult. C. de interd.* dum ait *actionem exprimere debet*, non exprimitur: si nomen retinetur, licet in *C. Th.* legatur *rationem l.* 6. *de denunciat. vel edit. rescr.* qua non inspecta vix etiam clare intelligitur *d. l. ult. de interd.* sed ita explicanda est, quædam lites olim instituebantur ex rescripto principis extra ordinem, & hæ quidem lites peregebantur solemniter, & quodammodo scrupulosius diligentiusque: primum dabantur certa tempora ad edendum rescriptum, & hæc editio fiebat ex rescriptio, quando-

qui-

quidem agebatur ex rescripto : dandum igitur erat exemplum rescripti, & denunciatio erat valde solemnis, dabantur certa tempora ad denunciandum, & finitis temporibus legitimis, etiam ex causis dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temporib. & reparat. appellat.* sed hæc solemnitas non observabatur in his causis, quæ celeritatem desiderant, cujusmodi est possessionum causa, quæ ob eam rem dicitur momenti causa, & momenti causa semper in libris nostris est lis de possessione, & ob id dicitur in *d. l. ult. de interd. si de possessione agatur ruptis ambagibus* .i. illis actionum circuitibus ambagibusque, quas adhiberi non oportet in possessionum causis, ut statim actor exprimat actionem, non exprimit actionem si supprimat nomen, ergo nomen actionis edi specialiter necesse est : cum autem nomen actionis dico, & causam actionis dico, inest enim nomini causa, *l. 3. de pet. her. inf.* ex quo etiam probari potest esse edendum actionis nomen, nam ait, *si titulus quæstionis, .i. actionis nomen*, si, inquit, *actionis titulus habuisset causam inofficiosi testamenti* : titulus ergo actionis habet causam, & loquitur de petit. hered. quæ est multiplex : nam est alia petitio hereditatis de inoff. testam. alia de rupto testamento, alia de irrito, alia ab intestato, sed nomen ipsum, titulusque quæstionis edendos est, titulus, id est, nomen, ut *l. 3. inf. ad Maced. l. tutor 69. de fidejuss.* Titulus ergo .i. nomen, petitio hered. causam habet in se aliquam, vel falsi testam. vel inofficiosi, vel legitimæ successionis : unde eos valde miror, qui causam actionis edi volunt omnimodo, nomen non edi volunt, vix enim est, ut causam edas actionis, quin & nomen edas, si non vocabulo uno, saltem circumscriptione & ambitu verborum, qui vice nominis fungitur : nihil interest dicas te acturum ex stipulatu simpliciter, an te petiturum decem, quæ tibi stipulanti promissa sunt, & in actionibus in rem nihil interest dicas te eam rem vindicaturum; an te ejus rei dominum esse, & idcirco te eam rem petiturum : utroque genere editur & nomen, & causa actionis, cum dicis te esse dominum, & dicis te agere in rem actione : & contra causa actionis in rem, est dominium solum : nec verum est, quod dicunt possessionem esse causam actionis in rem, quoniam non datur, nisi adversus possidentem, & non potest esse actio in rem sine possessione adversarii, sed est falsa collectio : in rem actio non est sine possessione adversarii, ergo possessio est causa actionis in rem : sicuti & vitiose ita colligas, non potest esse filius sine patre, ergo filius est causa patris, sed tamen & possessionem causam esse actionis in rem comprobari potest ex *l. non alias, §. ult. de judic.* In qua dicitur, in rem actionem nasci ex præsenti possessione, sed hoc omne ita breviter expedies, si rem diligentius spectes : dominium esse vindicationis causam κατὰ περιγραφὴν, possessionem esse causam actionis in rem κατὰ πλάτος .i. dominium cum possessione, ut Philosophi dicunt, virtutem solam beatum facere κατὰ περιγραφὴν, virtutem cum divitiis κατὰ πλάτος, & ita non nisi κατὰ πλάτος, dixeris, possessionem causam esse vindicationis: nam rem circumscribere si magis libuerit, certe dominium est sola vindicationis causa : quapropter plerisque nitidior videtur scriptura ea, quæ notatur ab Accur. *ad l. 2. de alien. jud. mut. cau. fa. infra*, in qua sunt hæc verba, *cum in rem actionem possessio pariat adversario*, & inde etiam statuunt hoc modo, *in rem actionem possessio parit* : quod est falsum, possessio non parit actionem in rem nisi κατὰ πλάτος, sed dominium, ideoque rectior est alia lectio, quæ adducitur ab Accur. *cum in rem actori possessio pariat adversarium* : nam & adversarius proprie cum quo agitur : quoniam in rem actori possessio parit adversarium : quoniam si non possideat, aut ab eo inutiliter res vindicabitur, aut statim absolvetur, *l. ult. de rei vindic.* Sed persequamur cætera. *Edita*, inquit, *actio speciem futuræ litis demonstrat* : hoc jam dixi statim esse aptandum ad finem *l. 1. inf. de lit. contest.* quæ proponit multum interesse inter litis contestationem, & editionem actionis : & partem tamen expedit unam de litis contestatione, litis contestationem scilicet constituere tum primum litem, & facere, quæ non fuerat ante. Sed pars altera restat, editionem actionis demonstrare speciem futuræ litis : non igitur esse litem adjicit hanc actionem, postquam edita est, emendari & mutari posse: mutatur actio, cum nomen mutatur, ut eum pro actione ex stipulatu reponitur actio ex testamento, emendatur actio, cum retento eodem nomine, para aliqua corrigitur, ut cum pro Sticho, qui petitus est actione ex stipulatu, petitur Pamphilus, non enim mutatur actio, sed emendatur, qua de causa cum actio edita emendatur, vel mutatur, opus est editione nova .i. emendationem novam insinuari adversario oportet : exemplo igitur prioris editionis, cum & hæc priori substituatur. Sicut igitur prior editio litis contestationem præcedit : ita & hæc posterior. Igitur non debet mutari, aut emendari actio, nisi ante litis contestationem, non potest, & hoc etiam conjuncta *l. 1. de lit. contest.* significare videtur, quæ ideo ponit differentiam inter litis contestationem & editionem : litis contestationem rem in judicium deducere non editionem, ut intelligatur actionem emendari, vel mutari posse ante judicium acceptum, non post judicium .i. post litem contestatam, sed tunc est sera mutatio : & sane eodem edicto, id est, edicto de edendo, quo Prætor jussit actorem reo edere actionem, videtur ei permisisse editæ actionis mutationem, vel emendationem usque ad litem contestatam, ac si omne tempus liberum esset actori ad mutandam, vel emendandam actionem suam, sicut est liberum reo ad deliberandum, cedere, an contendere debeat, usque ad litem contestatam, idque puto significari his verbis, prout edicti perpetui &c. edicti scilicet ejus, quod interpretor, id est, quod postulat edi actionem reo ante litem contestatam, & quod adjeci, licere actori mutare, vel emendare actionem interim ante litis contestationem, & similiter in causis criminalibus constat inscriptionem recte mutari & emendari ante litis contestationem, *l. accusaturus, ad leg. Jul. de adult.* qui accusaturus est adulterii, si circa inscriptionem erraverit, & tempora largiantur, licebit ei emendare, ne causa criminis aboleatur. Loquitur ergo de accusaturo, non de eo, qui accusavit, atque ita emendationem subscriptionis permittit ante litis contestationem, non post. In summa, vult accusaturum, qui subscripsit in crimen, & nondum litem contestatus est, posse subscriptionem emendare intra tempora legitima .i. intra 60. dies, vel quatuor menses, ut auctores Βασιλικῶν scribunt : quoniam hæc sunt legitima tempora instituendæ accusationis adversus adulterum : dantur primi dies 60. vel potius reservantur patri, vel marito; quoniam intra dies 60. ii præferuntur omnibus extraneis, si velint accusare sine metu calumniæ ex suspicione sola post 60. dies : intra quatuor menses admittitur quilibet extraneus, & aliquando præfertur marito, aut patri, sed non sine subscriptione. Igitur adulterii crimen accusari debet intra 60. dies, vel menses quatuor, & ad summam intra sex menses, & intra ea tempora licet accusatoro inscriptionem emendare : ergo ante litis contestationem, non post, sed tamen affirmamus nonnunquam Prætorem ex causa permittere emendationem, aut mutationem actionis post litem contestatam : & hoc puto in hac eadem l. significari his verbis, *vel jus reddentis decernit æquitas* : nam omnino est legendum decernet, non decernit, ex auctoritate edicti mutari, & emendari potest actio ante litem contestatam: ex æquitate autem jus dicentis emendabitur, & mutabitur, etiam post litem contestatam & ita proditum est in *§. si quis aliud, Inst. de action.* quidam intendit aliud pro alio, veluti ex stipulatu agit pro actione ex testamento, vel petit Stichum cum debuisset petere Pamphilum : ait eum non periclitari si errans hoc fecerit; & jus hoc ponitur in cognitione judicantis, ut si justo errore ductus sit, ei opituletur etiam post litem con-

testa-

testa. permittatque actionem mutare, vel emendare: A ut inquam permittat corrigere cognita veritate in eodem judicio: ergo post litem contestatam: nam judicium non est ante litem contestatam,& Joannis interpretatio ad illa verba *in eodem judicio* dissentanea est valde, quoniam interpretatur in eodem judicio, id est, apud eundem judicem. Sed nova instantia .i. retroactis omnibus judicii solemnibus, quinimo in eodem judicio, quid sit, declarat *l. 4. §. ult. de nox. act.* quæ est de emendatione & mutatione actionis in alio loco, aut in eodem judicio, in alio, dum prius judicium agitatur, ergo in eodem judicio non desideramus, ut omnia retroagantur: sed ut peragant, quæ cœperunt suo marte, & interim liceat actori erranti emendari actionem: quæ tamen Joannis opinio recepta est à Canonistis in *cap. examinata de judic.* & non moveor *Nov. de exhib. reis*, quæ dicit B eum, qui actionem inchoavit, ad finem exequi debere: sic sane, si modo errore deceptus non fuerit: nec enim, quia in proponenda erravit, in ea perseverare cogitur, sed ei opem feret Prætor. Minus moveor *l.de qua re, ff. de judic. de qua re cognoverit judex, de eadem pronunciare debere*: cæterum non est alia res, etiam si mutetur actio, *l.6.de exc. rei jud.* quæ definit liquido agi de eadem re, si ejusdem rei nomine agatur, licet mutetur actio: ut si egero actione mandati, deinde mutata actione egero negotiorum gest. ejusdem rei nomine de eadem re agere videor, & ideo post sententiam obstat exceptio rei judicatæ, non ante, nec idcirco dicetur judex de alia cognovisse, de alia pronunciasse: nihil etiam moveor *l.non potest, de judic.* quæ dicit non posse videri deductum in judicium, quod accidit post judi- C cium acceptum, & ideo nova instantia opus esse: hoc fateor, quia alia est res, quæ accidit post litem contestatam, & sumendum est exemplum ad *d. l. non potest* ex *l.Antæus, in fi. de aq. & aq. pl. ar.* si egero aquæ pluviæ arcendæ de opere præterito, & post litem contestatam aliud opus fiat, de hoc opere novo necesse erit aliam actionem institui, quoniam alia res est separata ab hoc judicio: sed quoniam non est alia res, sed perseverat in eadem re petenda, non est mutatio rei, etiamsi mutetur actio, & idem significat *d.l.4. de nox. act.* certum est si servus noxam nocuerit, in scientem dominum, nec prohibentem, competere actionem in solidum, in ignorantem dari noxalem: quia non condemnatur in solidum, si velit servum noxæ dedere. At finge quidam egit in dominum, quasi in scientem in soli- D dum, an ei licebit pendente judicio pœnitere, quod arguerit scientiam domini, & transire ad noxalem actionem? sic sane: & è contrario, si egerit noxali, licebit ei pendente judicio arguere scientiam domini & agere in solidum, & hoc omne fiet arbitrio judicis, quinimo etiam post sententiam nonnunquam succurritur errantibus actionem quodammodo mutantibus: nam proprie post sententiam, non mutatur actio, sed tamen qui erravit in instituenda actione, atque adeo victus est sententia judicis, interdum post sententiam admittitur, ut priorem actionem mutet, quam errore ductus instituerat, *l. 3. §. ult. quod cum eo:* egit quidam in dominum de peculio, cum posset agere quod jussu, erravit hic vehementer, lapsus est, cum posset agere in solidum quod jussu, & idcirco de pe- E culio condemnavit tantum: sane post sententiam in ea est causa, ut non possit agere quod jussu, verum quia deceptus erravit in eligenda actione, ideo ei succurritur, & ita in *l.habebat, de instit. act.* erat quidam servus institor mercis oleariæ, & præterea erat præpositus pecuniis mutuo dandis & vicissim accipiendis: quidam huic servo pecuniam credidit putans servum accipere ad merces olearias: cæterum servus non accipiebat ad merces: egit adversus dominum actione institoria, quod pecuniam servo credidisset ad merces, sed non potuit probare servum accepisse ad merces, & ideo superatus est, & consumpsit actionem creditæ pecuniæ, nam non erit ei integrum agere post sententiam actione si certum petatur, quia etsi mutetur actio, de eadem re agit: & ideo obstat exceptio rei judicatæ: verum Julianus existimabat, ei qui ita lapsus esset succurrendum esse: Ergo quod ait hoc loco, vel jus dicentis decrevit æquitas .i. ut ubicunque jus dicentem moverit æquitas, liceat ei permittere, vel emendationem, vel mutationem actionis non tantum ante sententiam, sed etiam post sententiam, & multo magis post litem contestatam.

Ad L.IV. & seqq. Qui accusare volunt, *probationes habere debent, cum neque juris, neque æquitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat: actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstiterit, obtinebit. PP. V. Id. Mart. duobus Aspris Conss.*

IN hac *l.4.* idem proponitur, quod in *l.1.* ut reus non cogatur actori edere rationes suas, quibus scilicet actor probet & instruat intentionem suam, hoc neque juris, neque æquitatis rationem permittere: quapropter nulla eo nomine competit actio: nonunquam tamen officio judicis ex justa causa compellitur reus actori edere rationes suas domesticas & privatas, *d.l. 1.* & adjicitur hoc loco. *Actore enim non probante, &c. etiam si nihil præstiterit*, inquit .i. etiamsi nihil probaverit, quæ generalis sententia locum habet non tantum in causis civilibus, sed etiam in criminalibus: & non tantum in actionibus in personam, sed etiam in rem: quanquam olim fuerit Constit. quædam, quæ non probante actore exigebat à reo unde possideret, quod hodie sublatum est, actore enim non probante absolvitur possessor, etiamsi non edat instrumentum auctoritatis .i. titulum, *l. cogi, C. de pet. her.* Igitur hæc sententia pertinet ad omnes actiones & lites, tam criminales, quam civiles, cum & initio l. loquatur de accusatore: sed tamen Accur. excipit casum *l.ubi, infra ad leg. Cor. de fal.* in qua existimat deficiente actore probationibus, vel etiam simul ab actore & reo probationes exigi, quod tamen non est proditum in ea l. sed ejus l. hæc est sententia: in quæstione falsi, accusatori probandi necessitatem totam non imponi: an ex eo recte colligitur, etiam imponi reo? minime: sed hoc significatur, non totum onus probandi incumbere accusatori, sed etiam ipsum judicem indagare veritatem argumentis, conjecturis, & aliis vestigiis veritatis: ergo hoc significat, partes non tantum accusatoris esse, ut eruat verum, ut falsum esse instrumentum edoceat, sed etiam judicis, cæterum reo nullum injungitur onus probandi. Igitur & in quæstione falsi reus absolvetur actore non probante, etiamsi reus innocentiam suam judici non approbaverit: at forsitan videtur ab eodem Accur. recte excipi casus *l. fallaciter, in fi. de abolit. inf.* quæ l. docet aperte, in gravioribus criminibus, puta majestatis, desertæ militiæ, peculatus, non tantum accusatorem ea, quæ detulit probare debere, sed etiam reum ea, quæ negat debere purgare: ergo præstat, facit reus ut absolvatur, alioquin non absolvetur, etiamsi reus deficiatur probationibus: ex parte enim accusatoris exigitur probatio, ex parte rei purgatio; sed purgationis verbum eo in loco satis demonstrat, id ita admittendum esse in dubiis tantum quæstionibus: cum reus suspicionibus perstringitur, has suspiciones debet purgare, & removere à se, non secus quam in causis civilibus si sunt dubiæ, si quæ judicem moveant conjecturæ actore non probante, non continuo absolvet reum, sed deferet jusjurandum reo, vel actori, *l.3.C.de reb. cred. l. admonendi, de jurejur. & Nov. 124.* Igitur in causis tam civilibus, quam criminalibus si dubiæ sint, ut omnem judex animi sui eximat scrupulum, actore non probante, non continuo absolvet reum, sed desiderabit, ut reus expurget se jurejurando: hoc quia dubiæ sunt causæ, & ut satisfiat animo judicis non properantis ad absolutionem. Definitioni autem hujus *l. 4.* statim opponitur *l.5.* Et opposuisse quosdam significat

A ficat *l. ult.* quæ cum 4. non pugnare docet, sed qui opponunt hanc illi sic argumentantur: *jus* debet esse æquabile inter actorem & reum: non est æquabile si quemadmodum actor cogitur edere rationes suas, non cogatur etiam reus actori suas exhibere, *l. 3. mand. iniquum est*, inquit, *non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse*: & *l. si vina, de per. & com. rei vend. iniquum est, non cogi emptorem rem venditam accipere, & non licere venditori alii eam vendere*: inde enim nascitur inæqualitas, quæ plerunque est juri & æquitati contraria: proinde hæc ratio æquitatis exigere videtur, ut sicut actor edit rationes suas reo, sic etiam actori reus edat, & est species *l. 6.* hujusmodi: Quidam creditor privatus petit pecuniam ex chirographo actione si certum petatur de chirographis: reus, qui convenitur ex chirographo dicit, se eam B pecuniam solvisse, sed non accepisse apocham, vel etiam se acceptam apocham casu majore amisisse, & postulat edi sibi rationes actoris, quibus dicit eam pecuniam acceptolatam: actor non vult proferre rationes suas fretus *l. 4.* quæ non vult ex instrumentis adversarii certamen iniri. Veruntamen Imp. rescribit, *non est novum* .i. ordinarium est, *eum, à quo petitur pecunia, &c. ut fides, &c.* i. ut probet ex rationibus actoris se solvisse, vel exceptionem doli mali, *l. ult. hoc tit.* vulgo legitur, *ut fides veri constare possit*: sed recte omisit Haloander, omiserunt & Basilica dictionem veri, fides inquam, solutionis, vel exceptionis, atque ita recte desiderat reus sibi exhiberi rationes actoris, quibus probet exceptionem suam, quoniam apocham amisit, & quia hæc *l. 5.* loquitur tantum de privatis C creditoribus, de rationibus privatorum, addubitari poterat, an idem obtineret in rationibus publicis, quod est in l. 6. & oportet explicare rationes publicas, rationes fiscales, vel Reipub. Igitur si agat fiscus adversus aliquem, quasi debitorem suum, vel etiam agat Resp. & is, cum quo agitur dicat se solvisse, solutionis probandæ causa desiderabit recte edi sibi rationes publicas, quibus dicit pecuniam sibi accepto latam, atque ita definitur *l. 4. inf. de fi. inst. l. 2. de discuss. lib. 10. & eo. lib. de conv. fis. deb. l. 2.* quibus locis ostenditur, eum, qui intulit annonas, vel tributa fisco debita, & accepit apocham, illa amissa, posse fidem delationis comprobare ex archiis publicis, atque ideo posse fiscum compellere, ut eas rationes exhibeat. Sic igitur actor, sive sit privatus, sive fiscus, sive actor civitatis D desideranti reo rationes suas privatas, vel publicas exhiberi, edere compelletur, & animadvertendum est edi rationes istas reo post litem contestatam: cum tamen nos sæpe dixerimus, edi ab actore reo ex edicto primo, ante litem contestatam, sed facili distinctione hoc omne explicabitur: ante litis contestationem ex edicto primo, actor edit reo instrumenta litis, quibus scilicet fundatur, & constituitur intentio actoris. Post litem autem contestatam edit reo actor rationes, vel instrumenta, quibus possit probare defensionem suam: sed unde hæc inæqualitas, diversitas & differentia, ut cogatur actor edere reo actiones, non contra? hoc explicat *l. ult.* quæ dicit tam ea, quæ continentur in *l. 4.* quam ea, quæ proponuntur in *l. 5. & 6.* rationibus ju- E ris congruere, & quæ à Divo Antonino patre meo, *l. 4.* & quæ à me rescripta sunt *l. 5. & 6.* & sententia *l. ult.* hæc est, non posse constitui hac in re æqualitatem inter reum & actorem, quanquam constitui debeat, quantum fieri potest sæpius, *l. ult. de fruct. & lit. exp. infra*: sed hic id ratio non patitur: æquum enim non est, ut edat reus actori instrumenta, quibus fundet intentionem suam, quod debeat intentionis origo proficisci ab ipso actore, qui sine jure aliquo, nunquam accedere debet ad judicem, cum in ejus sit potestate, quando suo jure utatur, *l. puro, §. ult. de doli exc.* at contra subveniendum est reo, qui sæpe improviso opprimitur, ut liceat etiam reo desiderare

A editionem rationum actoris: ut ex eis liqueat fides petitionis, vel exceptionis oppositæ à reo. Denique hac in causa æquitas postulat, ut sit favorabilior reus, quam actor, & ad hanc rem non potest adferri exemplum commodius: potest & id aliis exemplis demonstrari, ut ecce, actor non utitur pluribus actionibus, reus utitur pluribus defensionibus, etiam diversis, *l. 43. de reg. jur.* & accusator absens damnatur, reus absens non damnatur, l. *absentem, de pœn.* & olim duæ dabantur accusatori horæ, reo tres, ut Dio scribit 39. & ex *l. ult. de feriis*, accusatori dantur duæ dilationes, reo tres, sic natura quodammodo exigit, ut propensiores simus in reos, quam in actores, & ob id non esse ab uno ad alterum argumentandum, præsertim in editionibus, *l. ult.* atque ita sicut actor cogitur edere dome- B sticas rationes, non cogitur etiam reus. Et non cogitur etiam eas edere, quibus actor fundet suam replicationem: nec enim probem interpretum sententiam, qui volunt quidem, ne reus edat actori id, quo actor fundet intentionem suam, sed replicationem, quod est dissentaneum: nam si illud non cogitur, nec hoc cogi debet, nam replicatio ad invicem actionis, nec vero id ulla l. probari potest, quinimo generaliter statuendum est, nihil compelli reum edere, quo juvetur actor, contra tamen compelli actorem edere id omne, quo juvetur reus, in quem sumus propensiori animo. Inde vero existit quæstio, an sicut reus non cogitur edere rationes adversus seipsum, an saltem cogatur aliquis ea instrumenta, easve rationes, quas ipse confecit edere adversus alium: ut finge, lis est inter Titium & Cajum, C an desideranti Titio coget edere instrumenta, quæ habeo adversus Cajum? Justiniani Const. deest, quæ hoc definiebat, quæ desideratur *in tit. de fid. instrum.* Desiderantur in eo tit. duæ Constit. Græca una est de his qui chirographi subscriptionem, aut cujusvis instrumenti falso suam non esse mentiuntur: de ea nihil dicam, quoniam non est hujus loci. Altera Constit. est de edendis rationibus adversus alium, & fit etiam mentio ejus Constit. Justinia. ab eodem Justinia. in edicto nono. Constituitur autem à Justinia. primum ut cogatur quisque edere instrumenta, quæ habet adversus alium, si modo ipse non lædatur, si ea editio nihil detrimenti allatura sit: nam si juraverit, se non posse edere instrumenta, quæ habet, adversus tertium sine damno rei suæ, excusabitur si & hic quoque juraverit, D se neque metu, neque gratia, neque sordibus inhiberi, quo minus ea instrumenta edat, hoc omne si juraverit & ad rem suam maxime pertinere, ne quis ea inspiciat, excusabitur. Cæteroquin compelletur ea omnimodo edere adversus tertium, & si non ediderit, nec juraverit, dabitur actio in factum in id, quod interest, exemplo argentarii, qui dolo malo non edit: nam valde iniquum est, ut non edat, quod alii est utile, sibi nociturum non est, *l. 2. §. item Varus, de aq. & aq. pl. arc.* quo loco datur mihi utilis actio, vel interdictum adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *quia*, inquit, *qui factus mihi potest prodesse, & illi non est nociturus, hoc æquitas suggerit.* Recte igitur desiderabo, ut edas instrumenta tua, quæ tibi nihil nocitura sunt, mihi pro- E futura, & si non edas, nec jures, erit in te actio in factum in id, quod interest, quia si quilibet invitus cogitur adversus alium testimonium dicere, qua etiam ratione utitur Justinia. cur etiam inviti instrumenta sua adversus alios non proferant? Sed merito etiam excipit eos, contra quos inviti testimonium non dicimus, ut cognatos & adfines ex lege Julia, *l. 4. de testib.* sic etiam adversus eos inviti non proferemus instrumenta nostra, sed neque etiam adversus fiscum: nam hoc fisco datur, ut nemo proferat instrumenta, quæ habet adversus fiscum, *l. in fraudem, §. neque, de ju. fis.* at adversus alios, quilibet cogitur instrumenta, quæ habeat, edere, sed fiet ea productio instrumentorum sumptibus petentis, ut

eadem Constitut. Justinian. declarat, qood etiam intro- A duxit ad exemplum testium: nam producuntur testes sumptibus ejus, qui producit, *l.3. §.Gabinio, de testib. l.10. inf. eo tit.* & fiet, ut etiam adjicitur in ea Constitut. editio semel tantum, id est, quæ instrumenta habeo cogar semel tantum edere adversus alium jure ipso, sed causa cognita, & Prætore decernente etiam sæpius cogor edere, ut si quod primum edidi peregre habeat is, cui edidi, vel minus plene edidi, vel si is, cui edidi ea exempla, quæ emisi casu majore amiserit: ex causa igitur à me semel: atque iterum editio postulabitur, exemplo argentarii, à quo jure semel tantum ratio editur ex edicto secundo, sed causa cognita, exigitur etiam sæpius editio, *l.si quis ex argentariis, §.pen. & l.seq.de eden.* ita ergo instrumenta mea propria, quæ non cogor edere adversus me ipsum, cogor edere adversus B alium: excipitur fiscus, excipiuntur hæ personæ, in quas invitus testimonium dicere non cogor, & inde liquet si propria mea instrumenta cogor edere adversus tertium, cogor etiam edere ea, quæ mihi sunt cum tertio communia, ut si sit commune instrumentum inter me, & Titium, & Titio sit lis cum Cajo postulanti Titio cogor edere instrumentum commune adversus Cajum, quandoquidem proprium cogor edere, & de communi instrumento loquitur *l.pen. hujus tit.* & de communi adjicitur in *l. 6.* ut etiam nonnunquam ad fidem faciendam judici compellatur quis authenticum mihi exhibere, & ponit speciem in fisco: erat mihi cum fisco commune instrumentum ex causa negotiationis, sive communionis cujusdam: recte desidero à procuratore privatæ rationis, id est, Cæ- C saris, qui est judex rerum fiscalium, quod mihi commune est cum fisco instrumentum edi mihi adversus alium, quinimo ad fidem faciendam judici, apud quem litigo cum alio, desiderabo à procuratore fisci mihi exhiberi authenticum, quoniam judici edenda authentica, *leg. 2. de fid. instr.* adversario edimus instrumenta, sed judici authentica, *ἰδιόγραφα*: nam exempla fidem non faciunt: qua de causa si mihi sit lis cum alio, non tecum, à te tamen recte desiderabo mihi edi non tantum instrumenta, quæ mihi sunt tecum communia, sed etiam propria, & non tantum exempla, sed etiam si res exigat, ipsa authentica, & ad hæc confestim adjicitur, ex Nov.119. *ut sponsal. largit. §.1. de edit. instrument.* aliud quiddam, ut scilicet si in instrumento aliquo fiat commemoratio alterius chiro- D graphi, ut ea commemoratio nec vim obligationis, neque petitionis habeat. Id accidit sæpe, ut fiat commemoratio in uno chirographo alterius chirographi, hæc commemoratio nullam vim habet: nam ex ea non fundabit reus exceptionem suam, nec fidem judici faciet, nisi edatur ipsum chirographum, cujus commemoratio fit. Igitur visum est Irnerio, qui dicitur ex Novellis portiones aliquas aspersisse Codici Justinianeo, ex dicta Nov. 119. huic legis penult. hoc esse appingendum, editionem etiam ejus instrumenti necessariam esse, cujus fit mentio in alio instrumento, quod est etiam proditum *l. ult. de probat.* & nihil ei Constitut. obstat quod objicit Accurs. ex Novel.127. *ut fratrum filii, §.1.* qua tamen plerisque videtur convelli ista Constitut. ut commemoratio illa nullum habeat effectum: agitur enim in Nov.127. E de instrumento donationis propter nuptias, quod mulier insinuavit apud acta; finge illud periisse casu majore, an ex commemoratione ejus instrumenti facti apud acta publica sumetur fides? ita videtur: videtur ergo commemorationi fides haberi: quin imo vitiosa est collectio, nec enim inde recte colligitur fidem haberi commemorationi, sed actis publicis: ea vero sunt acta publica, quæ sunt insinuata in urbe apud magistrum census, & in provinciis apud magistratus municipales, vel defensores plebis, *l.in hac sacratissima, inf. de donat.* nec idem sunt acta forensia, quæ non sunt publica, nisi insinuaveris apud Duumviros: nunc cum mulier instrumentum donationis insinuat, transfert instrumentum illud in acta publica; & ea acta fidem præstant, si perierit instrumentum donationis, sicut testamentum, si perierit, fides testamenti manet, si modo sit insinuatum apud acta publica, *l.2. Cod. de testam.* Inde igitur colligamus, actis publicis fidem haberi, non commemorationibus actis publicis relatis.

Ad Tit.II. DE IN JUS VOCANDO.

POst titul. de edendo, datur titul. *de in jus vocan.* nam & hodie editioni conjuncta, contingensque est in jus vocatio, & editionem actionis non multo post sequebatur in jus vocatio: qua de causa, ut hoc B libro primum de editione agitur, quam de in jus vocatione: ita & etiam libris ad edictum Ulpian. & Paulus de editione tractarunt, priusquam de in jus vocando: edebatur enim prius actio adversario, qua perpensa, & cognita, tum vocabatur in jus, id est, ire jubebatur, sive ambulare in jus. Est autem proprie in jus vocare, ad Prætorem vocare, vel ad eum, qui jurisdictioni præsit, *l.2. si quis in jus vocand. non ier.* eodem sensu dicimus in judicium vocare, *l.1. §.ult. l.tutor pro pupillo, de admin. tut. l.3. de eo, per quem fact. er. l. 2. §. Prætor, qui satisd.cog.* & cautio judicio sisti nihil aliud est, quam cautio ad Prætoris sellam sisti, *l. 1. si quis in jus voca.* nam & Prætor ipse judex est. Livius libro 3. Prætorem judicem appellare moris fuisse: porro qui vocabatur in C jus sequebatur vocantem, & quidem statim ex duodecim tabulis *si in jus vocat, atque eat*: id est, statim: hodie datur deliberandi tempus, quoniam vocationi in jus committetur ditio actionis: sed prius olim edebatur actio, dabaturque deliberandi tempus, deinde vocabatur in jus, ac confestim sequi compellebatur; cognoverat enim actionem, quæ jam prius edita fuerat, & si forte nolebat sequi vocantem, manu injecta duci, trahi, rapi in jus potuit: inde illa in duodecim tabul. *manus injectio esto, in jus ducito*; & alio loco: *si calvitur, pedemve struit*, id est, *si qui vocatus est frustretur, pedemve struit*, id est, si fugiat, *manum endo jacito*, id est, manum injicito: id verò ita procedit, ut qui in jus vocatus non sequitur, invitus ducatur, & rapiatur, nisi vadimoniom D promittat, id est, nisi satisdet judicio sisti, quod demonstrat tit. *D. in jus vocat. ut eant, vel satisd.* id est, in jus vocati, ut eant mox. & si frustrentur, ut ducantur inviti, vel satisdent: nam qui satisdat, non sequitur, nec ducitur invitus, *l.5. §.ult. qui satisd.cog.* promittit autem sisti in diem, locumque certum: sed & si dies non sit adjecta, valet stipulatio, & videtur nihilominus concepta in diem quoniam id agitur, ut sista se certo die, & cum dies non est adjectus, & in eum diem stipulari intelligitur, quo stipulator agere voluerit, *l.de die, qui satisd. cog.* cum tamen si alio loco, quam in jure sisti stipuletur quis die non adjecta, imperfecta sit stipulatio, *l. ita stipulatus, de verb. obligat.* ut si non ex litis causa, sed ex negotii alicujus causa stipuler à te Romæ sisti, nulla est stipulatio, quod diem non habeat, nec scilicet E possit liquere, de quo die sensum sit: quod tamen liquet in stipulatione judicio sisti: nam sic accipitur *judicio sisti*, quo die primum egerit stipulator: solet etiam huic cautioni judicio sisti adjici pœna, ni status sit, sed hæc pœnæ omissio non vitiat stipulationem; & videtur pœna non adjecta, nihilominus stipulatio esse pœnalis, *l.ultim. si quis in jus voc. l. pen. si quis caution.* & hoc quidem casu stipulationi non est pœna adjecta: si certæ quantitatis actio fuerit, certi condictione fidejussor tenetur in eam quantitatem, puta centum, si actio fuerit in centom, *l.2. §.ult. & l.3. qui satisd. cog.* Si autem fuerit actio incerti, tenetur fidejussor incerti ex stipulatu in id, quod interest, *l.ult. si quis in jus voca. l.4. de custo. reo.* quod si stipulationi

judicio

judicio sisti adjecta sit certa pœna, nec sistat se judicio promissor, in eam pœnam modus statutus est, ut si actio fuerit in centum, deserti vadimonii pœna non excedat ducenta, si actio fuerit incerti, puta de possessione, vel de crimine aliquo, ut modus pœnæ statuatur arbitrio judicis, *l. 7. C. de sent. quæ pro eo, quod inter. d. l. 4. de custod.* reor. Ex quibus intelligitur stipulationem judicio sisti, vi ipsa pœnalem esse semper, licet verbis id comprehensum non sit, sed cum verbis comprehensum est, id quemadmodum sit interpretandum, ex his, quæ dixi liquet, & vero dicitur pœna desertionis, *l. 5. §. ult. si quis cautio.* pœna scilicet contemptæ, & desertæ promissionis judicio sistendi causa factæ, *l. 4. §. ult. qui satis. cog.* utroque loco utitur verbo deserendi, ut & in *l. ult. qui satis. cog.* hoc est, ut veteres loquebantur, si vadimonium deseruerit, si ex concessa causa hoc deseruerit: porro, ut dixi, in jus vocatus, nisi ita caveat judicio sisti, & se subjecerit pœnæ desertionis, vel sequitur invitus, vel ducitur in jus: denique aut vocatus confestim ducitur in jus, aut in diem certum promittit judicio sisti; qua ex re nos intelligemus facile quid distet tit. *ne quis eum, qui in jus voca.* à titulo *de eo, per quem fac. er.* tit. *ne quis eum*, coercetur is, qui facit quo minus, qui vocatus sequebatur, vel ducebatur, in jus produceretur: hoc autem tit. *de eo, per quem fact.* coercetur is, qui fecit quo minus, qui caverat judicio sisti, ad diem promissum veniret ultro, & sua sponte: hæc est principalis differentia inter hunc, & illum tit. quam interpretes ignoraverunt, ex qua descendunt aliæ multæ: Illo tit. *ne quis eum*, coercetur vis, cum quis eum, qui in jus ducebatur ab actore, vi eripit facta, & eximit: hoc coercetur dolus, cum quis euntem ultro in jus secundum fidem datam judicio sisti moratur, detinet arte quadam, & machinatione: Illo agit is, qui vocaverat in jus; quod fuerit ei abreptus homo: quem ducebat in jus: is, qui vocabatur non agit illo tit. quoniam ejus nihil interest, quod fuerit abreptus, quia nullam pœnam promiserat ni sisteret se: denique illo edicto agit tantum is, qui vocaverit in jus, quoniam illius solius interest non fuisse exemptum reum: hoc autem edicto agit, & reus cujus interest pœnam non esse commissam ex stipulatu judicio sisti, & actor si eo facto actionem amiserit, si tempore perierit actio, *l. 1. §. si reus, l. 3. de eo, per quem fact. er.* illo item actor persequitur meram pœnam, quod explicatur *l. penul. §. 1. ne quis eum.* Hoc autem persequitur, quod interest: quæ satis constat ex tit. *de eo, per quem fact. &c.* Item illo tit. sive edicto si plures deliquerint, si plures vocatum vi exemerint, singuli tenentur in solidum, nec unius solutio liberat alium, quia pœnæ persecutionem edictum illud tantum continet, & æquum est unumquemque eam pœnam sufferre, *l. penult. §. ult. ne quis eum*: hoc autem edicto *de eo, per quem*, si plures deliquerint, unius solutio liberat alios, quia hæc actio est in id, quod interest, & satis est si reus, vel actor ferat id, quod dicit sua interesse, *l. 1. §. si plures de eo, per quem fact.* & postremo priori edicto *de eo, per quem*, locus est non tantum reo impedito sisti, sed etiam ipso actore impedito sisti, *l. 3. §. sed & stipulator, & seq. de eo, per quem fact. er.* sed hæ omnes differentiæ pendent ex illa, quæ caput est, quod edicto *ne quis*, coerceatur *is, qui facit quo minus qui vocatus sequebatur, vel ducebatur, in jus perduceretur*, edicto autem posteriore, *is, qui fecit quo minus qui caverat judicio sisti, ad diem promissum veniret ultro & sua sponte*. Neutro autem edicto coercetur is, qui vocatum ad judicem pedaneum, sive ad judicem datum, nihil enim interest, vel exemit, vel impedivit: neutrum edictum vim habet si quis vocatum ad judicem pedaneum vi eximerit: is neque illo edicto plectitur, non certe illo, ut aperte proditum est in *l. 3. §. 1. ne quis eum, qui in jus*, non etiam hoc *de eo, per quem fact. er.* nam & is tit. est de his, qui vocati sunt ad magistratum, & generaliter omnes tit. de in jus vocando pertinent ad eos, qui vocantur ad magistratum .i. eum, qui jurisdictionem habet, nihil ad eos, qui vocantur ad judicem pedaneum, quia cognitionem tantum habent, non tribunal. Ergo in jus vocare est ad tribunal vocare, ad magistratum vocare, sed addatur, juris scilicet experiundi causa, *l. 1. de in jus voc.* .i. ad decertandum de jure suo, & quasi provocat in jure manu consertum, ut scilicet res disceptetur cominus, & utraque parte præsente: nec enim de jure meo experior solus: quapropter, qui libellum forte dat magistratui adversus aliquem, nondum vocat eum in jus, *l. 15. de jus voc.* quia non provocat libello dato magistratui adversarium suum ad certamen, ut cum eo consistat, quasi pede collato, & ut pes pede prematur: ergo qui libellum tantum magistratui dedit, nondum vocat in jus, & consequenter, qui sæpe interpellat magistratum juris sui defendendi causa, non vocat adversarium in jus: qui ut se defendat vocatus semel interpellat judicem, non vocat in jus, *l. 14. de in jus voc.* Edicto autem eo, quod proponitur sub tit. *de in jus voc.* patronis, & parentibus utriusque sexus, item patronorum parentibus Prætor duo beneficia concedit: unum est, ut non vocentur illæ personæ in jus, ac proinde ut non ducantur in jus, non trahantur sine permissu Prætoris, sine causæ cognitione, *l. 4. de in jus voc.* Alterum est beneficium, ut si vocatæ hæ personæ permissu Prætoris non ducantur, si paratæ sint cavere judicio sisti, scilicet ab eis qualiscunque fidejussor accipiatur .i. etiam non locuples: alias qui non dat locupletem fidejussorem, non cavet judicio sisti, & potest trahi in jus: at qualemcumque dederit parens patronusve filio, vel liberto, in jus vocati non trahentur: videtur enim ab his personis cautum qualicunque fidejussore dato, *l. 1. & 2. in jus voc. ut ea l. 2. §. prætor, qui satisd. cog.* Et hoc posterius beneficium datur etiam liberis nostris, & uxori, & nurui, ut ab eis accipiamus qualemcumque fidejussorem judicio sisti: prius tamen beneficium non datur his personis: nam liberos nostros, uxorem & nurum in jus vocamus sine venia Prætoris: liberi autem nostri nos vocare in jus non possunt sine venia Prætoris .i. nisi gratiam edicti fecerit Prætor: gratiam autem edicti facit, quo vetat vocari, dum permittit vocari. Liberi, inquam, nostri, qui sunt in nostra potestate, quibus scilicet casibus lis esse potest, veluti ex causa castrensi: sed & hi, qui non sunt in potestate nostra, veluti emancipati non possunt me vocare sine venia edicti: ergo nec matrem, *l. 3. hoc tit.* nam hoc jus, ut non possint vocari parentes sine Prætoris venia, non descendit ex jure patriæ potestatis, sed ex jure naturali, & ex ea reverentia, quæ parentibus debetur, vel patronis, qui genuerunt, qui libertatem dederunt: qua de causa etiam in hac re rusticitati non parcitur, hæc allegatio inutilis est, si quis alleget se rusticitate patronum, aut parentem in jus sine venia vocasse: nam iuris naturalis ignorantia neminem excusat, quia jus naturale hausimus nobiscum & arripuimus, quod est proditum in *l. 2. hujus tit.* & eadem ratione liberi mei emancipati, licet sint in adoptiva familia .i. licet dederint se adrogandos exteris, me non possunt vocare in jus sine venia: quod tamen mirum est: nam in aliis partibus juris liberi mei, qui exierint à familia per adoptionem, liberorum loco non sunt, *l. 5. §. in eo, ad Syllan. l. 2. §. sed si quis decessisset, ad Tertull. l. non putavit, §. si quis emancipatum, de bon. pr. possess. cont. tab.* quibus locis ostenditur in SC. Tertull. & SC. Syllan. & in edicto Prætoris de bonorum possess. cont. tabul. eos non esse liberorum numero .i. in jure civili. Cæterum cum disputatur de jure naturali .i. de reverentia, sunt hi liberorum numero: nam è contrario liberi mei debent mihi reverentiam hanc, ne me in jus vocent, etsi per adrogationem transeant in alienam familiam, *l. 8. §. 1. de in*

jus voc. l. 2. §. prætor, qui satisd. cog. & liberti quoque A liberis patroni debent eandem reverentiam, licet liberi patroni migraverint in alienam familiam per adoptionem, *l. 10. §. si filius, de in jus voc.* utroque autem edicto .i. tam eo, quo conceditur illud beneficium ne parentes à liberis vocentur sine venia, quam eo, quo hoc beneficium his personis datur, ut ab iis accipiatur qualiscunque fidejussor: utroque, inquam, edicto, si quis contra edictum fecerit, in eum proponitur pœnalis actio quinquaginta aureorum, *l. si libertus, l. pen. & ult. de in jus voc. l. 2. in jus voc. ut ea.* quæ pœna infertur parenti, vel patrono: idcirco, ut ait *l. 2. hujus tit.* non potest remitti rescripto principis, quia non infertur principi: non valent autem emissa rescripta in injuriam alterius, *l. nec avus, C. de emanc. lib.* sicut nec pœna albi corrupti, quæ est 500. B aureorum, non 50. ut etiam in quibusdam libris, *l. si quis id, quod, de jurisd. omn. jud.* pœnam albi corrupti esse quinquaginta aureorum, male: nam rectius Florentiæ legitur, quingentorum aureorum, quæ pœna infertur in publicum, est enim popularis, & in ea rusticitati parcitur, *d. l. si quis id, quod*. Igitur actiones pœnales aliæ dantur in quingentos aureos, ut actio de ejectis, & effusis, aliæ in quinquagenos: & ita etiam auctore Festo in aliis rebus sacramentum .i. depositio pecuniæ, erat quinquaginta aureorum: in aliis quingentorum inter eos, qui in judicio contendunt. Extremum est, quod proponitur in *l. generaliter, D. de in jus voc.* generaliter eas personas, quibus reverentia præstanda est non civili jure, sed naturali, vi ipsa impellente natura in jus non vocari sine C venia, ad quam l. male apponit exempla Accur. apponuntur ex *l. 1. & 2. hujus tit.* heres patroni etiam extraneus non potest à liberto vocari in jus sine venia, quoniam licet sit extraneus, accedit tamen propius ad vicem personæ defuncti: qua de causa ei dabatur actio ingrati, *l. 3. inf. de libert. & eor. lib.* quod tamen Novellis Justiniani est sublatum: sed non est sublatum, ut heres patroni non possit vocari sine venia: similiter uxor patroni non potest vocari sine venia, quam reverentiam debemus marito, eandem debemus uxori: ergo maritum patronæ dico non posse vocari in jus sine venia, ut quem colit patrona, colat & libertus. Accur. tamen opinio diversa est propter *l. liberti, inf. de oper. liber.* in qua dicit libertum non debere operas marito patronæ, non etiam heredi D extraneo patronæ: sed loquitur tantum de operis, non de reverentia, & obsequio: & si illa l. porrigitur ad honorem, eadem via heredi extraneo patroni, nulla erit habenda reverentia, quod tamen est falsum. sed non licet argumentari ab operis ad obsequium: atque ita hac in re intervenit differentia inter heredem liberti, & patroni: nam heredi patroni etiam extraneo debetur reverentia, heres liberti extraneus non debet reverentiam, *l. heres, de obs. lib. præst.* inter patronum etiam, & libertum est differentia: nam patrono interveniente alieno nomine debetur reverentia, ut si patronus meus sit procurator, *l. 10. §. ult. de in jus voc.* libertus agens alieno nomine non debet reverentiam, puta tutoris nomine, *l. quæsitum, de in jus voc.* Quibus puto me comprehendisse omnia ea, E quæ pertenebant ad has *l. 4. hujus tit.* Sed adnotandum est in libris editis ad calcem hujus tit. deesse Constit. Græcam, quam Basilica patefaciunt: cujus sententia hæc est: ut causa cadat, qui aliquem vocavit in jus, etiam si justam habuerit causam, si posteaquam vocavit in jus, & dedit libellum conventionis, eundem eodem nomine in aliud judicium vocet, & præterea, ut damnetur reo in id, quod interest non delusum fuisse. Et hæc est sententia hujus Constit. quæ non debet videri dura, cum actor, qui vocavit in jus, si non occurrat ad condictum diem, causa cadat, non tamen bonis, ut docet *Nov. 112.* sed cadit instantia, & observatione illius judicii.



Ad Tit. III. DE PACTIS.

HIC quæri solet, quid hic tit. affine, & propinquum habeat cum superioribus tit. de edendo, & in jus vocando, vel cum posterioribus de postulando: & respondendum, in ipsis plerumque initiis actionum instituendarum (è quibus sunt editio actionis, & instrumenti litis, in jus vocatio, cautio judicio sisti) eos, qui inter se controversantur, de re, de qua agitur, interdum pacisci, & transigere: Itaque de pactis, & transactionibus inter ipsa judiciorum initia convenienter tractatur: quod si latius explicabo, forsitan effecero, ut verum videatur. De transactionibus B certe tractatur aptissime post tit. de in jus vocando; ea nimirum ratione, qua & de cautionibus judicio sisti in Digestis, quia scilicet in jus vocati non dimittuntur, nisi vel caverint judicio sisti, vel de re transegerint, *l. neque, D. de in jus voc. l. 6. §. ult. D. qui satisd. cog.* qui ad judicium vocatus est, non est dimittendus, nisi quis etiam ejus personam defendat, id est, caveat judicio sisti, *d. l. 5. §. ult.* quæ cautio est personalis, sive de persona, *Nov. 53. & §. sed hodie, Instit. de satisdat.* Nam & sistere significat præsentiam personæ, *l. 2. §. si quis municipalis, D. si quis caution.* Ergo qui in jus vocatus est, non aliter dimittitur: quinimmo rapitur, ducitur, trahitur invitus, nisi vel caverit judicio sisti, vel de re transegerit; & ob id post *tit. de in jus voc.* tractatur recte de cautionibus judicio sisti, at- C que etiam de transactionibus, quæ duo remedia efficiunt, ne quis ducatur in jus, & ideo, qui caverunt judicio sisti, non aliter ea obligatione liberantur, quam si vel ad diem condictum venerint, vel ante eum diem de re transegerint, *l. 2. si quis caution.* ad quam coaptari debere *l. 2. de transact.* inscriptionis similitudo argumentum præbet. Et præterea non alia ratione post editionem actionis, vel hodie post vocationem in jus, petitur, daturque tempus deliberandi, olim 10. dierum, hodie 20. Nov. 53. quam ut deliberet utrum contendere, & congredi debeat, vel de re transigere *Nov. 53. cap. 1.* & ob id in *l. 1. D. de eden.* Græci non male accipiunt cedere pro transigere, cum cedere vertant ἐκχωρεῖσθαι: nam qui transigit de jure suo, cedit partem, vel totum, & ob id de edendo, & de D in jus vocando tractatui, recte adjungitur is, qui est de cautionibus judicio sisti, & de transactionibus, cujus rei rationem constare arbitror apud omnes. Porro transactioni inest pactio, quasi genus, ut genus dicimus inesse formæ, dat enim pactio transactioni nomen, & definitionem: ergo genus est transactionis: quid enim est transactio? Pactum, quod fit inter duos pluresve, negotii, vel litis decidendæ causa, *l. 1. & 2. D. de transact.* & ita in oratione pro Roscio Comœdo cum Fannius significaret, se pendente lite transegisse, cum Roscio ne condemnaretur. *Pactum*, inquit, *mecum fecerat ne condemnaretur*, id est, transactionem. Hæ autem pactionum species, quæ transactiones dicuntur, quemadmodum dixi, judiciorum primordiis incidunt sæpe, quæ quasi sementem E litis fieri prohibeant. Itaque de judiciorum primordiis disputationi inseruntur recte, sed sunt aliæ pactiones, quæ judiciorum primordiis incidunt nonnunquam, etiam si fiant, sicut transactiones remittendi animo, modo non fiant transigendi animo: nec enim omnis remissio est transactio, nec omnis pactio remissionis est transactio: ut si quid pactione remittant donandi animo, donatio est, non transactio: cujus inspectio nihil pertinet ad judicia instituenda, informanda, vel inchoanda: proinde duo sunt remissionis genera: unum donationem dicimus, alterum transactionem, *l. cum donationis, tit. seq.* Si remisero sciens actionem tutelæ, frustra inquit, queror de dolo, cum scienti non inferatur dolus, sive remisero

dona-

donationis, sive transactionis causa, quo dicto docentur duo remissionum genera, & ita *l. ex conducto*, *§. Papinianus*, *D. loc.* Si dominus colono remiserit pensionem omnis anni, ob sterilitatem illius anni, & sequentibus annis contigerit ubertas, Papinianus ait, domino remissionem nihil obesse, & eum integram pensionem petere posse ejus anni, quo remiserit, etiam si in ea remissione usus fuerit donationis verbo: quia non quibus verbis usus sit, sed quid egerit spectandum est, id est, ejus anni pensionem intermissam propter sterilitatem non donavit, etsi eo verbo usus sit; transactio est hæc potius remissio, quam donatio. Ita in *l. quidam*, *D. de donatio.* quæ ratio est satis difficilis, sed pendet ex eo omnis, quod eo jure donatio non perficiatur nudo consensu, nisi inter parentes, & liberos ex constitutione Divi Pii: sed necessaria erat traditio rerum corporalium, incorporalium mancipatio, vel cessio in jure solemnis, alias non habebatur perfecta donatio. Qua de causa si cum donare volo, in rationes meas retulero, me tibi debere centum, quæ tibi donare volebam, nulla est donatio, *l. nuda*, *cod. tit.* quia neque traditio, neque mancipatio, neque cessio intercessit, sed nuda voluntas, & existit inde quæstio in *d. l. quidam*, si quis in jure interrogatus, dixerit sibi nihil deberi, & hoc dixerit non transigendi causa, sed donandi animo, an donatio valeat: remisit obligationem cum dixit nihil sibi deberi, amisit actionem si transigit omnino, si donare voluerit, non utique: quia non perficitur donatio solo verbo, sola confessione, sed tamen quia hoc factus est in jure, id est ad Prætoris tribunal, non poterit infirmare suam confessionem, quæ est sententia *l. quidam*. In qua possunt notari duo remissionum genera, donatio & transactio, & hæc est ratio hujus l. Eadem est *l. tutores*, *qui post*, *§. ab eo*, *D. de admin. tutor.* in qua notantur duo illi remissionum modi. Si is, cujus tutela gesta est, sit major 25. annis, & ideo non possit restitui in integrum: lex ait, ab ea conventione remitti posse quæstionem culpæ tutorum, quia transactio videtur, non donatio. Nam si fuerit donandi mens, nulla est donatio, quia nuda voluntate donatio non perficitur. Transactio tamen nuda voluntate perficitur: duo igitur sunt remissionum genera, donatio, & transactio. Transactio est remissio litis præsentis, vel impendentis, id est ejus, quæ cœpit jam per contestationem, vel ejus, quam veremur propter controversiam, quæ nobis fieri cœpit, vel editione actionis, vel vocatione in jus, vel quo alio modo, *l. 1. D. transact. l. 2. inf. tit. seq.* Donatio autem vel pactio, quæ fit donandi animo hoc tit. est remissio rei certæ, non litigiosæ, non controversæ: ut si cum debitore meo, quem certum est mihi debere centum, paciscar de non petenda pecunia, cujusmodi pactum à Græcis dicitur συγχωρητικὸν, quod congruit cum verbo, *remitti*, quod est in *l. 1. D. de transact.* & verbo, *permitti*, *l. Imperatores*, *D. de pact.* Ergo ut hæc quæ dixi colligam, ad judicia quidem instituenda, inchoanda, informanda pertinent pactiones, quæ fiunt transigendi animo; at pactiones, quæ fiunt donandi causa, nihil ad judicia instituenda formanda, & inchoanda pertinent. Item pactiones aliæ, quæ non fiunt donandi causa, aut transigendi, sed vel retinendi, vel adipiscendi causa, eas, inquam, nihil attinet admiscere his, quæ ad judicia constituenda, & inchoanda pertinent: denique hæ pactiones huic tantum ordini conveniunt, quæ transactionum speciale nomen habent: sed non ideo tamen incongruum est & de genere ipso tractare prius, id est, de pactis, priusquam de transactionibus, vel uno titulo conjunctim, ut in Codice Theodosii, ut in Gregoriano, & Hermogeniano, vel duobus separatim, nihil enim refert. Pactio genus est, transactio species: à genere facilius pervenitur ad speciem. Et hoc cognito, quo ad titulorum inter se commissuram videtur satis, inde tractemus de definitione pacti. Auctores nostri dicunt promiscue pactum, & pactionem, sicut & donum & donationem, & quemadmodum donationem deducunt a dono, *l. Senatus §. 1. D. de mor. cau. donat.* possis similiter & pactionem a pacto, & contra, sicut in *l. 1. D. de pact.* pactum deducunt a pactione, possis & donum a donatione. Sunt Jurisconsulti, & simus nos, qui eos sequimur, in originibus verborum licentiores, & quodammodo στωικώτεροι, id est, licentiam Stoicorum imitantes: & M. Tullius lib. 1. de gloria apud Festum cum scriberet, *oppidum dici, quod opem præstet*, subiicit, *ut imiter ineptias Stoicorum*. Adiicitur etiam in *d. l. 1. D. de pact.* inde quoque pacis nomen venire, id est, pacem a pactione venire, à conditionum scilicet pactione, quæ inter populos observantur. Capito apud Festum, pactionem a pacto. Et nostri auctores utuntur promiscue his verbis pacti, pactionis, pacis, pro publica conventione. Lex *in bello*, *D. de capit. & postlim. rever.* ait: in bello esse postliminium, in pace autem his, qui bello capti sunt, id est, belli tempore, si nihil de his in pactis comprehensum sit, in qua ratione defectio est supplenda interpretatione: in pace non est postliminium, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt: igitur qui pacis redit tempore, postliminio non redit, si nihil in pactis comprehensum est; id est, nisi conventum ut captivi restituerentur: hi enim captivi, de quibus in pactis convenit, redibunt postliminio pacis tempore: ita promiscue utitur pacti, & pacis verbo. Sed verum est, pactum vel pactionem esse genus, pacem speciem: nec enim omne pactum pacem vocamus, sicut nec omnem pactionem legem dicimus: & similiter non omnem pactionem transactionem appellamus; species hæ sunt pactionis. Transactio est species pacti, quæ inter duos pluresve de re dubia, & lite incerta, neque finita componitur. Lex est species pacti, quod ex continenti adiicitur contractibus, ut lex commissoria. Pax est species pacti, quam inter se duces paciscuntur finiendi belli causa, *l. 5. D. de pact.* non omnis pactio est pax, lex, transactio. Est igitur pactum genus, sed ita tamen pactum, vel pactio est genus, ut & occupare possint speciei locum, non respectu ejusdem, sed alterius, quæ genera Philosophi dicunt ὑπάλληλα. Est etiam species pactum, est enim conventionis species. Nam ex conventionibus aliæ sunt contractus, aliæ pactiones, *l. 1. §. conventionis*, *D. de pact.* quæ vocabula non sunt confundenda: nec enim contractus usquam appellantur pactiones, nec pactiones contractus: licet possint coalescere in unam conventionem: ut cum contractibus additur pactum, id enim est frequentissimum, quæ pacta, si ex continenti adiiciantur, proprie leges appellantur: Sic constituimus pactum sive pactionem esse genus, & esse speciem: genus transactionis, pacis, legis: speciem etiam conventionis, quia conventionum duo sunt genera, contractus, & pactiones, & contractus sunt conventiones, quæ propemodum nomen vel causam habent, & causam dicimus, cum intercessit, datio vel factum. Pactiones autem, sunt conventiones, quæ nomine proprio, & causa vacant, causa, id est, quibus non intercessit neque datio, neque factum; sed consensus, & conventio sola ut daretur aliquid, vel fieret: Est certa hæc definitio contractus, conventio quæ nomen proprium vel causam habet. Potest & varie pactum definiri, potest aliter, eodem tamen sensu. Pactum est conventio, quæ placiti fine stetit; id est, quæ neque stipulatione, neque traditione sumpsit effectum, neque aliud quam placiti vel pacti nomen habet, quæ usque ad pactum stetit, *l. si divisione*, *famil. ercisc. l. si tibi*, *inf. loc.* Vel Pactum, est conventio, quæ nudo pacti nomine stetit, nec assumpsit aliud proprium: vel pactio, est duorum consensus atque conventio, *l. pactum*, *D. de poll.* & Tullius: pactum est quod

quod inter aliquos convenit, & Ulpianus *l. 1. D. de pact.* Pactum est duorum pluriomve in idem placitum, & consensus, sic Flor. id est, nihil nisi consensus, ut legatum donatio testamento relicta dicitur .i. non nisi testamento. Consensus ergo nudus sine nomine proprio, sine causa: & idem placitum quum obstringitur fides utriusque paciscentium; alioquin si me docente, verbi gratia, ex pacto non nasci actionem, assentiamini omnes, erit unius vel plurium in diem placitum & consensus, sed quod versabitur in veritate ipsa, non in fide aliqua, quam demus invicem: ergo non erit pactum. Pactum ergo duorum est, vel plurium in idem placitum, quod fidem etiam obstringat, consensus: nam si nomen vel aliquam causam attuleris, contractum effeceris. Hoc ergo distat conventio à pactione, quod conventio est genus, pactum species. Pactum igitur conventum; sive pactum nudum dixeris, an simpliciter pactum nihil refert. Omne pactum est nudum, & definitio pacti, definitio nudi: nudum est pacti accidens inseparabile, nec dicitur pactum nudum, ut dolus malus, quod sit quidam bonus per διαστολὴν: sed dicis qualitatem, quæ perpetuo inhæret pacto: nam pactum, quod lege confirmatur, ex quo nascitur actio, vel tollitur, dicitur nudum, *l. legitima, D. de pact.* Et ita nuda pollicitatio dotis, ex qua lex vult dari actionem, *tit. de dot. promiss. & nuda pollicitatione*, & pactum quod cohæret contractui, nudum dicitur, *l. juris gentium, §. quinimo, D. de pact.* nam cum dixisset ex pacto nudo actionem non nasci, subiicit, quinimo interdum format ipsam actionem, si adjiciatur pactum nudum ex continenti, ergo si adjiciatur pactum ex continenti, nudum pactum dices. Nec ab ea sententia distat *l. legem, infra hic*, nec *l. ult. infra, de rer. permut.* quæ quidem significare videntur, non omne pactum esse nudum, hæc est species: Quidam dedit dotem, & adjecit legem aliquam dationi dotis, ex ea pactione dabitur actio. Idem erit si permutationi rerum, quæ traditione sumat effectum, adjecerit pactionem aliquam. Atqui, inquies, ex pacto non datur actio, hoc ita procedit si sit pactum nudum, alioqui si causa intercederet, dabitur actio, specie prima, nudis verbis si proponantur illæ leges, videtur inde colligi recte, non omne pactum esse nudum, sed retractemus speciem. Dedi dotem, & legem aliquam injeci, seu pactum aliquod, an ex ea conventione dabitur actio? certe: at ex pacto non datur actio, sed illud ita obtinet, si fuerit tantum nudum, hoc est, si tantummodo pactum nudum intervenerit, sed si intervenerit contractus, & pactum, ex eo dabitur actio, non quia pactum nudum est, sed quia contractus est, *l. Divisionis, D. de pact.* divisionis placitum cum sit pactum nudum non parit actionem, nisi applicitum contractui fuerit, nec ex stipulatione, vel traditione sumpserit effectum, *l. 3. infra, de rer. permut.* Ergo res ita est distinguenda: aut est pactum tantummodo, & ex eo non datur actio: aut est pactum ex continenti contractui adpositum, & ex eo datur actio, quia non pactum est tantum, sed & contractus, nec ideo minus est pactum nudum: nam & ea pacta, quæ ex continenti adiiciuntur, appellantur nuda, *d. §. quinimo*. Igitur pactum nudum est: eodemque modo arrarum datio, quod omiseram, contractus dicitur uno in loco, *l. contractus, ff. de fid. instrum. & pactum arrale, l. 3. ff. de actio. emp.* & ex eo pacto datur actio cum dantur arræ, & convenit, ut illis, vel illis conditionibus reddantur. Est igitur pactum contractui appositum, & pactum nudum semper: nec enim cohærentia illa mutat qualitatem pacti, & ideo quod generaliter definiunt interpretes pactum vesti his modis, verbis, re, literis, consensu, cohærentia contractus, re interveniente, falsum est: Primum non vestitur re, verbis, consensu: nam quæ ita geruntur sunt contractus, non pacta, non vestitur etiam pactum cohærentia contractus: nam retinet appellationem pacti nudi: non etiam rei interventu, ut cum res datur certa lege: nam & retinet nomen pacti nudi. Conclusio igitur hæc sit, omne pactum esse nudum.

Ad L.I. Conditionis incertum *inter fratres non iniquis rationibus coventione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, ut si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restitueris: pactum eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum, non idcirco potest iniquum videri, quod facta (sicut placuit) divisione diem suum, te filio ejus superstite functus est. PP. VII. Kal. Dec. Severo A. & Victorio Coss.*

Qui habebat duos filios Philinum & Licinium; ambos heredes scripsit ex æquis partibus: Licinio erant liberi, Philino non erant, & ideo soli Philino substituit verbis precariis, hoc modo, ut si sine liberis vita decederet, hereditatem, & partem suam superstiti fratri Licinio restitueret, pendebat fideicommissum ex conditione, cujus erat incertissimus eventus Philino vivo adhuc, & orbo: qoapropter ne duo incerti penderent Licinius, & Philinus fratres, Philinus ne mors sua expectaretur, aut captaretur, neve spe fratris quotidie moreretur, Licinius etiam ne diutius expectaret eventum conditionis, maluit Licinius ex fideicommisso præsentem portionem accipere, sextantem videlicet, & reliquum trientem Philino remittere, quam diutius expectata conditione fideicommissi, aut nihil, aut totum auferre. Itaque convenit, ut spes omnis fideicommissi infringeretur, ut incertum conditionis adscriptæ fideicommisso finiretur, & excluderetur hac pactione, ut præsentem sextantem acciperet Licinius, & reliquum trientem remitteret Philion, nec sine placiti pactio stetit, sed divisione etiam sumpsit effectum. Licinius sextantem accepit, Philinus trientem retinuit sine onere fideicommissi. Post divisionem, Philino natus est filius Philinus, ac deinde mortuus est Philinus pater, superstite filio Philino, mortuo patre filius consulit Impp. an ea conventio, quæ intercessit inter patrem suum, & patruum valeat, sibi videri iniquam esse conventionem, quod fuerit præmature facta, & contra voluntatem testatoris, & ideo cum defecerit conditio fideicommissi se nato perinde, ac si ea conventio non intercessisset sextantem, quem non jure abstulit patruus, sibi reddi oportere. Atque ita sentit Paulus lib. 4. sentent. tit. 1. loquens de mutuo fideicommisso, *rogati*, inquit, *invicem sibi, si sine liberis decesserint, hereditatem restituere, altero decedente sine liberis, hereditas ad eum pervenit, qui supervixit, nec ex eo pacisci contra voluntatem testatoris possunt*. At Impp. rescribunt, nec iniquam conventionem illam, nec a filio postea edito convelli posse, justam conventionem esse; idemque cavetur in *l. 16. inf. hic & l. 11. inf.* de *transact.* de mutuo fideicommisso scilicet si sit invicem substitutus frater, fratri verbi fideicommissi si sine liberis decesserint, ut remittant invicem recte alter alteri fideicommissi persecutionem, nec nisi quid aliud sit, etiam si sint minores 25. annis cum scientes quid ageretur fideicommissum remiserunt, & ob id solum, quod inter se fideicommissum remiserunt, circumscriptos videri, nec auxilium restitutionis implorare posse d. *l. 11.* nulla est enim hic injuria: ergo nec circumscriptio: ea est enim circumscriptionis vis, quæ definitur a Seneca, *circumscriptio semper crimen sub specie legis involvit, semper circumscriptio per jus ad injuriam venit*. In hac igitur mutui fideicommissi remissione mutua inter fratres nulla est circumscriptio, quia nec injuria, nec fraus ulla agitur, & cessat, licet sint minores annis 25. resti-

25. restitutio in integrum, *lex 16.* loquitur de pacto, *lex 11.* de transactione, *lex 16.* docet mutuum fideicommissum inter fratres posse remitti pactione, *l. 11.* transactione, nec unum satis erit demonstrasse: nam qua de re licet pacisci, non continuo licet etiam transigere, ut de re judicata licet pacisci, non etiam transigere, sed vice versa qua de re licet transigere, & pacisci, & qua de re non licet pacisci, nec transigere. At de mutuo fideicommisso fratres inter se antequam existat conditio fideicommissi & pacisci, & transigere possunt. Cum ergo liceat pacisci de simplici fideicommisso, puta si unus tantum ex fratribus rogatus sit restituere hereditatem, si sine liberis decesserit altero superstite, ut scilicet is, cui relicta est hereditas fideicommissaria, vel in totum semittat, vel pro parte: cur remissio etiam hæc non valebit? si mutuum fideicommissum remittunt fratres, & unus remittet alteri, quod sibi relictum est fideicommissum recte: conventio enim est honesta, & justa, quæ conservat gratiam inter fratres remoto captandæ mortis alterius voto improbabili, *d. l. 11.* & quia conditionis incertum, sub quo pendebat uterque frater, paciscendi causa justa est; & hoc est, quod ait initio hujus legis, *conditionis incertum inter fratres, &c.* Id est, suspensa, & incerta conditionis fideicommisso adscriptæ causa, & quasi alea: conflatur incertum ex spe unius, & metu alterius, quæ duo sunt inter se contraria, spes expectatio boni, metus expectatio mali: ex contrariis autem conflatur incertum, ne diu sub hoc incerto penderent fratres, ideo ait recte eos dirimere inter se incertum illud, & ambiguum conditionis. Et sequitur in hac lege, *cum igitur verbis fideicommissi petitum à patre tuo*, Philino scilicet profitearis, ut si vita sine liberis decederet, Licinio Patruo tuo cum liberos non haberet, id est, quo tempore liberos non sustulerat Philinus (sic leg. non sustulerit) *facta divisione*, sextantis scilicet, & trientis. Sed oppugnatur hæc constitutio multifariam multisque modis: primum enim dicitur, præmaturam esse hanc remissionem fideicommissariæ hereditatis: prææmaturæ conventiones insimulantur festinationis nimiæ, quæ festinationis ratio facit, ut plerisque in locis caveatur non licere pacisci de aliena successione; cujus forte spem quis animo suo concipiat. Hac in re primum sic statuo, spem fideicommissariæ hereditatis pacto, vel transactione remitti posse, & generaliter spem quamlibet futuræ perceptionis deteriorem fieri, *l. pactum, D. de pact.* an igitur spes successionis pacto remitti potest? sic spes hereditatis, *l. ultim. inf.* sic spes successionis appellatur, *l. nec ei 17. §. ultim. D. de adopt. l. 2. inf. ubi pupill. educ. deb.* non quidem eo vivo, de cujus bonis agitur, hoc est certum, *l. ult. inf. l. 1. §. si impubes, D. de colla. bono. l. 2. §. interdum, D. de vulg. substit. l. quidam, §. ultim. D. de donat.* est enim hoc pactum nefariæ spei, & eleganter ait Seneca *6. declamat.* cum fratri exheredato, vivo patre, frater promisisset chiropraphо suo dimidium hereditatis daturum: *Chirographum*, inquit, *est parricidarum fœdus, nefariæ spei pactum*. Igitur spes successionis pacto non potest remitti vivo eo, de cujus bonis agitur: mortuo vero eo, spes successionis pacto remitti potest, vel transactione: nec enim proprie spes est ante mortem ejus, de cujus bonis agitur: nam spes est, quæ jam propinqua est, & ita propinqua, ut pendeat, & paulo post eventurum sit, quod expectatur: sic metus est eorum tantum, quæ imminent, impendent, τῶν ἐγγὺς ὄντων ὥστε μέλλειν, Aristotel. in Rhetoricis, qui & ea ratione ait eum esse fortem virum, quem non deterrent ea, quæ mortem afferunt ὑπογυῖα ὄντα, quæ imminent, in Ethicis. Igitur non est spes, nisi quæ propinqua est: porro non est propinqua spes successionis vivo eo, de cujos bonis agitur: nam si filius sum, possum exheredari, si extraneus sum, potest testamentum infringi: at propinqua est spes successionis, nempe eo, de cujus bonis agitur, mortuo: si ea mihi successio sub conditione per fideicommissum relicta sit, ut in specie proposita, quia amplius testamentum illud mutari non potest. Igitur præmatura est spes & remissio ante mortem ejus, de cujus bonis agitur: post mortem ejus nec spes, nec remissio præmatura est, etiam si non post aditam hereditatem; nec enim ut exigo mortem ejus, de cujus bonis agitur, ita exigo aditionem hereditatis: nam *l. in quantitatem, D. ad leg. Falc.* aperte demonstrat ante aditam hereditatem post mortem testatoris pacisci licere, de legato legatarios pacisci in portionem legatorum posse, & hoc sæpe cogi facere, ne destituto testamento, id est, non adita hereditate, nihil consequantur, legata, & libertates intercidant. Sed pugnat *l. 1. §. quod ait Prætor, D. quod legator.* quæ lex ait, nihil nocere voluntatem heredi, quo minus habeat interdictum quod legatorum, eam scilicet voluntatem, quam accommodavit legatario ante aditam hereditatem, ut rem legatam possideret: ergo ante aditam hereditatem videtur voluntas, & quasi remissio heredis, qui facile passus est legatarium ingredi possessionem rei legatæ, nihil egisse. Sed separanda est voluntas a pactione. Pactio obstringit fidem in perpetuum, voluntas, quam accomodavit heres legatario, in præsens, cum nondum adiisset hereditatem, non obstringit heredem in perpetuum: postquam adierit mutare poterit voluntatem, & si non recesserit legatarius a possessione rei legatæ, aget ex causa interdicti quod legatorum, sicut si precario utare re mea voluntate mea, hæc voluntas mea, quam tibi in præsens accommodo, non me obstringit in perpetuum: nam licebit mihi voluntatem mutare, & rem repetere, si tantisper dum deliberat heres de adeunda hereditate permiserit legatario ingredi possessionem rei legatæ, non ideo sicut pacto fidem suam obstrinxisse intelligitur in perpetuum, & ita separanda est pactio a voluntate: nec dicendum est ad eam legem cum Bartolo, heredem, qui hereditatem non adiisset, rem non habuisse, nec spem: rem non habuisse fateor, spem non habuisse nego: Spes enim matura adeundæ hereditatis post mortem testatoris: spes etiam capiendi ex testamento satis matura est heredi, & legatario, & omnibus statim à morte testatoris. Nec cum Accursio di endum est, in ea specie invitari legatarium ad delinquendum, cui datur facultas adipiscendæ rei legatæ: nec enim adipisci possessionem rei legatæ delictum est, & multo minus si eam adipiscamur heredis voluntate. Non est etiam probandum, quod ait Accursius in *eo §. quod ait Prætor*, heredis voluntatem repudiationi accedere, nec hoc quisquam dixerit, cum heredis non sit repudiare legatum, sed legatarii: repudiationi igitur juris, quod habuit in retinenda re legata, sed hoc jus nunquam seorsum repudiatur, universa hereditate repudiata omnia jura repudiantur, nec possunt jura hereditaria scindi, id est, non potest heres partim amplecti, partim repudiare: sed vel universum amplecti, vel universum repudiare debet. Igitur non potest eo loco accommodari, quod de repudiatione verecunde comminiscitur Accursius, sed ut dixi, distinguenda est pactio a voluntate: pactione si me obstrinxero ante aditam hereditatem, non mutabo factum post aditam hereditatem, velle me si dixero ut ingrediatur legatarius possessionem rei legatæ, non ideo videor fidem meam obstrinxisse in perpetuum. Et adversus decisionem hujus legis id etiam opponitur, conventionem, de qua tractatur in hac lege esse contra voluntatem testatoris, qui voluit ut Licinio non aliter restitueret hereditatem Philinus, quam si decederet sine liberis, quod cum non contigerit, videntur fratres fecisse contra voluntatem testatoris. Respondendum, nihil factum videri contra voluntatem testatoris patris; nam etiam si pater id cavit, non tamen interdixit remissione fideicommissi. Qua de causa licet testator vetet fundum alienari extra familiam, ex qua scriptura agnatis, qui sunt ejus-

dem

dem familiæ comparatur fideicommissi persecutio, tamen non videtur agnatis interdixisse fideicommissi remissionem, *No.* 159. *l. quoties*, *C. de fideicom. l. cum pater*, *§. libertis*, *de leg.* 2. ergo non facit contra voluntatem testatoris, qui non expectata conditione fideicommissi, remittit fratri fideicommissum, modico præsenti accepto gratiæ conciliandæ inter fratres, & renovandæ amplioris causa. Et opponitur etiam adversus constitutionem hanc, quod dicitur, conditionale fideicommissum non posse repudiari, hoc fideicommissum erat conditionale, ergo non peterat repudiari. Retentis iisdem terminis verissima erit conclusio: sed de repudiatione hic nihil agitur, & de remissione tantum agitur, & aliud est repudiatio, aliud longe remissio, quam etiam differentiam agnovit Accursius noster: aliud inquam remissio, aliud repudiatio: remittere possum spem, repudiare non possum: repudio ea, quæ sunt delata: remitto etiam ea, quæ nondum sunt delata, *l. partem*, *l. & heredi*, *§. filiusfamilias*, *D. de pact.* repudiatio est motus animi unius, remissio motus animi duorum, vel plurium, repudiatio fit sine pacto, remissio fit pacto, & consequenter repudiatiu fit in jure, *l.* 3. *de repud. hered.* remissio fit quoquo loco: homine legato priusqnam elegerit legatarius, non repudiat recte Stichum: paciscitur tamen recte de Sticho non petendo, *l. homine*, *de opt. leg. l. si unus*, *§. sed si generaliter*. *D. de pact.* & postremo, quæ est summa differentia, repudiatio est juris, remissio facti, id est, qui repudiat aspernatur, & repellit a se jus quod offertur; nihil igitur agit nullo jure oblato: porro nullum jus defertur ante conditionem, ergo nihil agit repudiando ante conditionem: at qui paciscitur, jus a se non repellit, & ideo in pactis nihil attinet spectare jus delatum fuerit nec ne, denique repudiatio juris est remissio facti, & versatur, & consistit pactio omnis in facto, *l. pen.* id est, qui verbi gratia jus suum remittit pacto, id juris a se non repellit, & est ei integrum de eodem jure experiri, sed si experiatur, exceptione doli mali aut pacti summoveri poterit, quæ est vis pacti, non ut jus repellat, sed ut ex eo jure agentem postea exceptione submoveat. Et postremo opponitur adversus definitionem hujus legis *l. si unquam*, *ff. de revoc. donat.* quæ dicit, donationem liberis postea editis revocari: donavit Philinius in hac specie, cum non haberet liberos, fratri Licinio sextantem hereditatis fideicommissariæ, cujus conditio defecit postea sublato filio: ergo filius eum sextantem revocare potest: fallacia est in propositione: nec enim est absolute hoc verum, donationem filium postea susceptum revocare: sed ita distinguendum est: aut immensa est donatio, aut non, & aut mera est donatio, aut non: immensam donationem liberi postea suscepti revocant, hic non fuit immensa, sed sextantem tantum donavit, id est, duas uncias, & retinuit quatuor. Præterea ea tantum donatio revocatur a liberis postea susceptis, quæ mera est donatio: hic non fuit mera sed mixtum fuit negotium cum id est actum, ut acciperet frater sextantem, & remitteret trientem. Non est transactio, qua de re dubitarunt interpretes: est transactio in *l.* 11. *De transact.* sed hic non est transactio, quia neque de fideicommisso erat lis, neque controversia, & licet esset incerta fideicommissi conditio, tamen fuit certa causa fideicommissi. Igitur hic transactio non fuit. Et quod attinet ad *d. l. si unquam*, quæcumque ad eam pertinent, his paucis absolventur. Aut donationis tempore superstites sunt liberi, aut non: si donationis tempore superstites sunt liberi, donatori, donationem immensam non revocant nisi pro ratione Falcidiæ, id est, pro modo portionis legitimæ, *l. si mater*, *inf. de inoffic. donat.* *No.* 92. *l. Titia* 2. *§. imperator*, *D. de lega.* 2. aut post donationem immensam augetur natis liberis donator, & hoc casu videndum est, utrum immense donaverit extraneo, an aliis suis liberis: nam si quis immensam donationem contulerit in extraneum, ut in *l. si unquam* proponitur patronum dedisse omnia sua bona liberto, vel libertum patrono; nam hoc erat frequens, ut libertus, & patronus se mutuis donis afficerent, *l. si vero non remunerandi*, *§. inde Papinianus*, *D. mand.* eam donationem collatam in extraneum, & immensam, liberi revocabunt in totum, non pro ratione Falcidiæ, quia verisimile est donaturum patrem non fuisse, si sciret se habiturum liberos. Sed & ipse donator donationem revocat in solidum, quod jus probant etiam leges Longobardorum. *l.* 4. *de success. l.* 1. *de eo quod pat. test. nec hab. fil. relinq.* sed tamen non videtur obtinuisse hoc jus ante eam constitutionem, quam D. Augustinus inseruit in libro *de vita & mor. cler.* *Quidam*, inquit, *cum filios non haberet*, *res omnes suas Ecclesiæ donavit*, *nati sunt ei filii: reddidit Episcopus: fuit in ejus potestate non reddere jure fori*, *non jure Ecclesiæ*. Ergo jure civili potuit is cui donaverat omnia bona sua, ea retinere etiam editis postea liberis. Sed si forte donatio immensa sit collata in liberos à patre, & post eam donationem edantur alii, hi posteriores liberi non possunt donationem collatam in priores revocare in totum, sed pro ratione Falcidiæ, *l.* 5. *C. de inoff. donat.* & ita *l. si unquam* nihil pertinet ad donationem modicam, de qua hic tractatur: nihil ad eam quæ permixta est negotio: nihil etiam pertinet ea constitutio ad liberos qui superstites erant donationis tempore: nam hi non revocant donationem in solidum, sed pro ratione Falcidiæ tantum. Non pertinet etiam ad donationem collatam in liberos: nam liberi postea suscepti non revocant donationem in solidum, sed pro ratione portionis legitimæ: sed pertinet ad donationem collatam in extraneum, quam & donator & liberi postea editi revocare in solidum possunt. Ex his quæ heri diximus ad *l.* 1. vel animo vel scriptione comprehendisse vos satis arbitror, de fideicommissariæ hereditatis spe, dum pendet conditio suscipiendorum liberorum sub qua fideicommissum relictum est, in portionem aliquam fideicommissario cum herede pacisci licere: nec convelli pactionem illam susceptis postea liberis posse, nec tantum pacisci de fideicommisso, sed & transigere licere. Idque esse si inter fratres vice mutua facta fuerit mutua substitutio, posse inter fratres pactione aut transactione remitti eam substitutionem, antequam existat deficiatve conditio: harum conventionum causam justam, & honestam esse, discuti conventionibus istis omne conditionis incertum, id quod scilicet constat partim spes ejus cui relictum est, partim metus ejus a quo relictum est fideicommissum. Denique spem fideicommissariæ hereditatis, & generaliter spem quamlibet futuræ perceptionis pactione, vel transactione remitti posse, & eam vere ac demum spem esse, quæ sit in propinquo, non quæ sit in longinquo, ac proinde spem successionis directæ vel fideicommissariæ vivo eo, de cujus bonis agitur, nullam, aut præmaturam esse, mortuo eo maturam, atque ideo quod opponitur adversus hanc *l.* præmaturam spem esse falsum videri: cum mortuus sit is cujus de bonis agitur. Frustra etiam opponi, remissionem hoc loco propositam contra voluntatem testatoris esse, frustra adversus eam duci argumentum a repudiatione: aliud enim repudiatio, aliud remissio: ac similiter aliud est pactio remittendi animo facta, aliud voluntas heredis volentis legatarium rem legatam possidere: & ex ea voluntate interpretes male argumentari ad pactionem, permixtis confusisque his tribus, repudiatione, remissione, & voluntate; quæ nos separari, & accurate distinqui volumus. Et postremo huic constitutioni opponere eos male eam constitutionem, quæ revocandæ donationis jus præbet liberis postea susceptis, & donatori. Modo ea tractabo, quæ superioribus non contenti interpretes adversus hanc leg. obiiciunt. Non potuit, inquiunt, Philinius rogatus Licinio hereditatem restituere si sine liberis decederet, de ea hereditate pacisci, atque ita pendente conditione non potuisse cum Licinio sextantem

tem dare in fraudem filii postea suscepti, quod testator non minus videatur ei fideicommissum hereditatis reliquisse, quam Licinio: hoc enim dixisse videtur, si sine liberis decesserit. Denique liberos positos esse in conditione, & dispositione: & ideo non posse Philinum de fideicommisso pacisci, antequam extiterit conditio in fraudem liberorum, qui sunt positi in conditione, & dispositione. Sed pernegandum est, liberos positos in conditione, esse in dispositione: Nam his verbis, si sine liberis decesserit, Licinio restitutio, quod apparet, est fideicommissum relictum Licinio: quod latet, non est fideicommissum, sed spes tantum, & votum testatoris adversus liberos heredis: ex spe, aut voto solo, fideicommissi persecutio non est: id est testator scribit, si sine liberis decesserit, Licinio restituat, quia est ea spe, ut putet ventura bona ad filios, nec tamen ideo adimit heredi jus eorum bonorum alienandorum, & liberis non conservandorum, quia quod latet in his verbis, fideicommissi vim non habet, *l. Gallus*, *§. idem credendum*, *& §. in omnibus*, *D. de liber. & postum.* in hac specie. Institui filium, omisi nepotem, substitui pronepotem postumum his verbis, *si filius, & nepos me vivo moriantur, tunc qui mihi ex nepote meo post mortem meam nascetur pronepos heres esto*. Finge præmori filium vivo patre, lex ait testamentum rumpi successione nepotis, *ex 2. cap. l. Vellejæ*: quod nepos inveniatur præteritus in eo testamento: nam commemoratio nepotis facta in conditione non habet vim institutionis: ergo præteritus est nepos, cum ejus successione rumpatur testamentum, quod utique non rumperet, si haberetur nepos pro instituto: sed certe præteritus est; & ideo cum ex formula Galli instituitur nepos postumus hoc modo, *si filius me vivo moriatur, tunc qui mihi ex eo nascetur nepos heres esto*. Ut rata sit scriptura, necesse est filium institui ex parte aliqua, alioquin præteritio filii vitiabit testamentum, quia commemoratio filii sic facta nullius momenti est, nec vim institutionis habet: quapropter ut ait *§. in omnibus d. l. Gallus*, necesse est illum institui ex parte aliqua, deinde postumum nepotem institui: & eodem modo in *l. si quis eum*, *§. ult. D. de vulg. & pupill. substit.* si quis extraneum heredem instituit hoc modo: si filius me vivo moriatur, Lucius Titius heres esto, nec filium instituat aliter, aut exheredet, ipso jure nullum est testamentum: commemoratio igitur filii facta in eo testamento, vim institutionis non habet: & idem in *l. ex facto*, *§. ex facto*, *D. ad Trebell.* sed in recte ponenda ejus specie laborant interpretes, species hæc est. Mater unum ex filiis heredem instituit, & rogavit restituere hereditatem fratri suo, si sine liberis decesserit: hic filius heres matris fideicommisso oneratus in eam conditionem si excedat e vivis sine liberis, in insulam deportatus est: quia deportatione amisit civitatem, & ad peregrinitatem redactus est, pro mortuo habetur, vel alius homo videtur esse, quam qui fuit fideicommisso gravatus; ideoque fideicommissu locus est, ac si naturaliter obiisset sine liberis, cum scilicet nullis sublatis liberis in insulam deportatus est. Sed bona omnia occupabit fiscus: nam deportationem semper sequitur tacite publicatio: bonorum vero detracta quarta, reliquum restituet fratri fideicommissario, quia videtur ille decessisse sine liberis, qui excepit deportationis pœnam nullis sublatis liberis, & si forte post deportationem concepti, & editi ei sint liberi, nihil officient fideicommissario, in quem jam cecidit fideicommissum optimo jure: sed si liberi sint concepti ante deportationem, editi post deportationem, hi repellent fideicommissarium: quia non videtur sine liberis civitatem amisisse, pœnam deportationis excepisse, atque ita quodammodo vita decessisse civili: cum tempore deportationis fuerint liberi in utero uxoris. Ergo liberi concepti ante deportationem, & postea editi, repellent fideicommissarium, neque tamen ipsi bona vindicabunt, sed fiscus sine ullo onere fideicommissi. Igitur positi liberi in conditione non sunt in dispositione: nam si essent in dispositione, excluderent fiscum. Quibus aliud indicium est, hi suæ opinionis arcem positam habent in *l. Lucius 2. D. de hered. instit.* quod ea lex eum, qui substituit heredi, his verbis, *si moriatur antequam adierit, aut liberos sustulerit*, dicat liberos prætulisse substituto vulgari: ex eo enim male colligunt, liberis sublatis, eos exclusures substitutum, & venturos ex testamento; veniunt enim non ex testamento, sed ab intestato, & videtur legitimos prætulisse testamentariis heredibus, *l. si quis ita heres instituatur*, *eo. tit.* & eo modo potior est intestati, quam testati causa, quod & ipse Accursius sensit recte in *d. l. Lucius*, videtur, inquit, prætulisse liberos tacite ab intestato cum sint ei proximiores. Igitur lex non dicit propalam eos liberos ita prælatos, ut possint venire ex testamento, quasi commemoratio facta in conditione faciat institutionem: sed votum tantum commune parentum explicat, non institutionem facit. Ad hæc tentant etiam interpretes in specie hic proposita, filio suscepto post divisionem hereditatis, competere condictionem causa data, causa non secuta, cujus potestate possit revocare à Licinio sextantem, quem illi prorogavit Philinus: nam, inquiunt, dedit Philinus Licinio sextantem, quod filios non haberet: habet jam filios ergo dati condictio est causa non secuta: captio est in verbo causa: causa aut ratio est, aut finis: ratio [illegible], ut Philosophi dicunt: finis [illegible]. Ratio est, ut si dedi tibi, quia negotia mea curasti, & hæc causa sive ratio si falsa sit, non parit condictionem, *l. in summa*, *§. id quoque*, *D. de condict. indeb.* quoniam causa donandi non cohæret donationi. Igitur pro non scripta habetur, & sive vera sit, sive falsa, donatio valet: finis autem est, si donavi tibi ut negotia mea curares; & hæc causa si non sequatur, locus est condictioni ob causam dati re non secuta: quia fine optato non potior ego qui dedi, quia frustor fine, propter quem dedi. In proposita autem specie, neque ratio, neque finis dandi sextantis alia est, quam ut Licinius remitteret fideicommissum, & absolveret fratrem eo incerto & ambiguo conditionis. Non est igitur in hac specie ea causa, quod filium non haberet: & in illo tit. *de condict. cau. da. cau. non seq.* ex qua volunt Philino in hac specie actionem dari, causa pro fine accipitur, & appellatur proprie res in *l. damus*, *D. de condict. indeb. l. 1. D. de condict. ob. tur. caus.* & dicitur condictio ob causam dati, vel condictio causa data, causa non secuta, sub causa, & est sub causa cum datur aliquid sub ea causa, ut faciat vicissim, aut detur aliquid, in *l. pen. de cond. causa da.* [illegible]. Igitur in eo titulo, in eave actione, causa finem significat: finis hic non fuit, quod non haberet liberos, sed finis fuit, ut absolverentur fideicommisso: modicum præsens dedit, id est, sextantem, hic finis consecutus est: nam divisionem fecerunt, & finierunt omne incertum conditionis: igitur non est locus condictioni causa data, causa non secuta. Satis jam nequicquam oppugnata hac constitutione, interpretes præterea quærunt, an si conventio, de qua hic agitur, divisione non sumpsisset effectum, si sextantem Licinius non accepisset, sextantis nomine ulla obligatio competeret. Iterum dicam, si conventionem non sequatur divisio sextantis, & trientis, an licebit Licinio petere sextantem ex conventione? dicerem statim & verissime, pactum fuisse divisionis, & ex pacto divisionis nudo non dari actionem, *l. divisionis*, *D. de pact.* Licinio ergo non dari actionem sextantis nomine, cum pactum divisione non sumpsit effectum, cum pactio pacti fine stetit, neque ulterius progressa est. At illi dicunt, Licinio esse actionem, quia fuit, ut inquiunt, do ut facias, vel do ut des, id est, do sextantem, ut remittas fideicommissum, ut Licinius remisit fideicommissum per acceptilationem. Licinio igitur est actio sextantis. Primum non potest poni fuisse do ut facias, vel do ut des, alioquin esset contractus, non pactum, & in quæstione ponitur initio solum intervenisse pactum,

ergo re... ta gestum, dabo sextantem, ut trientem remittas: ita concipitur pactum nudum: quod si dixerim do sextantem, ut remittas trientem, jam res pacti fine non stat, sed transit in genus contractus: ergo proponitur quæstio male: deinde respondetur, fuisse do ut facias, aut do ut des: non consentit responsio cum quæstione: deinde Licinium remisisse fideicommissum per acceptilationem, poni non potest, quia nulla fuit obligatio, ergo nec acceptilatio intervenire potest: nam creditor conditionalis in legatis & fideicommissis ante conditionem, non est creditor: qua in re distat à stipulatore conditionali, quia stipulator conditionalis est creditor, *l.usufruct. D. de stipul. serv.* legatum, aut fideicommissum conditionale vires statim non accipit, sed postquam extitit conditio: qua de causa legatarius, legatum, vel fideicommissum, ante conditionem decedens non transmittit ad heredem, stipulator conditinnalis transmittit: & eodem modo, quod debetur sub conditione ex stipulatu, acceptilatinne tolli potest, sed non habet effectum acceptilatio, nisi extiterit conditio: interim tamen stipulationis conditionalis acceptilatio valet, sed fideicommissi conditionalis acceptilatio nulla est, nec effectum habet, nisi post existentem conditionem, *l.& per jusjurandum, §. si legatorum, D. de accept.* Male ergo ponitur, Licinium remisisse fideicommissum conditionale per acceptilationem, quia hoc modo nihil remissum intelligitur, nihil actum. Ergo in hac specie nulla suberat causa, ex qua possis dicere pactum sumpsisse effectum: nam quæstio est, an si convenerit tantum, ut Licinius acciperet sextantem, & remitteret trientem, nec pactio divisione sumpserit effectum, sextantem petere possit: & secundum ea, quæ docui, respondendum est non posse, cum fuerit pactum divisionis, & ex pacto divisionis non detur actio, nisi vel stipulatione, vel divisione sumpserit effectum. Ad hæc quærunt, an Licinius remittere possit fideicommissum, aut remisisse videatur, data cautione Mutiana? inepts est quæstio: nam cautio Mutiana habet tantum locum in conditionibus, quæ concipiuntur in non faciendo, quod hic non est. Cautio Mutiana locum habet, cum ita legatur: lego Titio centum si non ierit Romam: Titius capiet centum si modo caverit se non iturum Romam: & locum habet in legatis, hereditatibus, & fideicommissis, *l.si is, cui sub conditione 18. l. Mutianæ, ff. de cond. & demonst.* & hæc cautio in omnibus negotiis tam vivorum, quam mortuorum locum habet. Si igitur dedi aliquid sub conditione si non ieris Romam, capies quod donatum est, si caveas te nunquam Romam iturum. Sed speciei propositæ aptari non potest, cum nulla fuerit conditio in non faciendo: debuissent quærere, an Licinius videatur remisisse fideicommissum, si dato fidejussore caverit, se nunquam petiturum fideicommissum, etiamsi existat conditio fideicommissi, id est, si Philinus mortuus sit sine liberis: hoc casu dicendum est, eum videri remisisse fideicommissum, & implevisse conventionem pro sua parte: nam fidejussor rei futuræ datur recte, *l.4. & 7. ff. de fidejuss.* Itaque ea fidejussio rata esse videtur, cum sit rata fidejussio. Licinius implesse conventionem pro sua parte: ergo eo casu non erit dubium, quin possit Licinius petere sextantem, cum dato fidejussore pactio sumpserit effectum, nec jam sit pactio nuda, *l.cum mota inf. de transact.* Postremum hoc est, ut ex legibus, quas ultimo loco annotavit Accursius facere ad hanc l. annotemus, nullas proprie facere præter *l.ult. in fin. inf. de temp. app. & l.1. §. ult. D. à quib. app. non lic.* quibus locis ostanditur, inter litigatores ante sententiam convenire posse, ne possint appellare, & rata est conventio, quanquam id videatur esse contra jus publicum. Igitur si sic est mens Accursii, ut sicut hæc l. demonstrat, ante conditionem fideicommissi recte remitti fideicommissum, sic etiam ostendat, ante sententiam recte remitti provocationis jus, *d. l. ult.* Igitur ante sententiam pacisci licet ne provocetur: quinimo, ut ait *l.1. D.à*

A *quib. app. non lic.* si quis, vel solus ante sententiam in jure profiteatur, se non appellaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit, id est, non poterit appellare: ut pactio illum obligat, sic etiam professio illa facta in jure. Atque dum opponit *l.1. §.quod ait, D. quod legat.* nescit, uti inde se expedire debeat, quæ loquitur non de professione facta in jure, non de pactione, sed de voluntate heredis, quam ante aditam hered. accommodavit legatario, ut rem legatam possideret: sed hæc voluntas non obstringit fidem heredis in perpetuum, sed in tempus, quo nondum adiit hereditatem: cæterum postquam adierit, recte quæreretur de legatario, & si nolit recedere à possessione, recte aget interdicto quod legatorum: at pactione fides heredis obstringitur in perpetuum: professione etiam facta in jure fides obstringitur in perpetuum, *l.quidam,*
B *D. de donat.* repudiatio etiam astringit in perpetuum. Itaque, ut concludam quantum est errorum in ea quæstione, nascuntur omnes ex eo, quod confuderunt hæc quatuor, repudiationem, remissionem, quæ pactione fit, voluntatem, professionem factam in jure. Puto me omnia explicasse, quæ ad hanc *l.1.* pertinerent, die proxima accedemus ad *l.2.*

Ad L.II. Post venditionem hereditatis *à te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. PP. Prid. id.Feb.Severo 3.& Antonino A.A.Coss.203.*

C PRoponitur in hac l. exemplum taciti pacti: fiunt etiam pactiones tacito consensu: hujus rei exempla sunt varia in *l.2. & 4. D. de pact. l.Proculo, D. de probat. C.qui semisses, de usur.* & aliis plerisque locis: & frustra ambigunt interpretes, an etiam pactiones fiant tacito consensu inter absentes, cum fiant expresso consensu, veluti per nuntium, aut per epistolam, *d. l. 2.* ergo non est in eo hærendum diutius: fiunt pactiones vel expressim, vel tacite, tam inter præsentes, quam absentes: fiunt enim nudo consensu, quæ nihil aliud sunt, quam nudi consensus, & quæ nudo consensu peraguntur, inter absentes peraguntur recte. Quod autem hoc loco proponitur exemplum tacitæ pactionis est hujusmodi. Heres sibi delatam hereditatem adiit primum, deinde vendidit extero: post venditionem hereditatis creditores hereditarii egerunt cum emptore hereditatis di-
D misso venditore: emptor hereditatis excepit libenter eas actiones, & ita cum emptore volente creditores hereditarii litem contestati sunt: definiunt interpretes, electo emptore, id est, lite cum emptore contestata, creditores hereditarios videri tacite actiones suas remisisse heredi, eidemque vero debitori, id est, creditores hereditarios pacto egisse tacito eum venditore, ne ab eo pecuniam peterent: denique electio emptoris, est tacita liberatio venditoris. Si quis velit hanc legem comprehendere in pauca, sic dicat: electio emptoris hereditatis, tacita liberatio est venditoris & electio, quæ fiat contestatione litis: nam si in jus vocaverit creditor hereditarius emptorem hereditatis, si ediderit ei actionem, si denuntiaverit ei, ut solveret, quod deberetur, non ideo tacite videtur liberanis venditor statim: ita-
E que restat litem contestari: ubi creditor emptorem elegerit, quod fit contestatione litis, tum demum videtur liberatus venditor. Electio igitur ea emptoris, quæ fit contestatione litis, id est, judicio accepto, tacita liberatio est venditoris hereditatis: liberatio, inquam, per exceptionem pacti, ut ait, vel per exceptionem doli mali, vel per exceptionem in factum: nam semper hæ tres exceptiones concurrunt: nam ubi est exceptio pacti, est exceptio in factum, vel doli: liberatio ergo contingit venditori per exceptionem, non ipso jure: nam pactum nudum ipso jure sicut non parit, ita nec tollit actionem: atque ita proditum est in *l.3.* venditorem hereditarium liberari tacite per exceptionem taciti pacti, non ipso jure: & opponit Accursius, ut doceat venditorem liberari ipso jure,

l.so-

l. solutione, *D. de solution.* lex dicit solutione ab alio facta A pro nobis ipsis nos liberari posse: adjicit, judicium pro nobis accipiendo nos liberari posse .i. si quis alius pro nobis accipiat nos liberari posse: in hac specie emptor accepit pro venditore: ergo liberatus est venditor: admitto argumentationem, & dico, liberatum esse venditorem, sed per exceptionem, non ipso jure: itaque inanis est argumentatio: lex enim non dicit nos liberari ipso jure. Sed ut explicem apertius, id ante omnia necesse est primum demonstrari, vulgo *ad d. l. solutione*, quasi omnimodo congruentem conjungi male *l. delegare*, *D. de novation.* ac si in una comprehendatur quod in altera. Lex *solutione*, ait judicium pro nobis accipiendo liberari nos. Lex *delegare*, ait delegationem fieri, vel per stipulationem, vel per litis contestationem, id est, judicium accipiendo, quod non B accipitur nisi contestatione litis: delegationem fieri litis contestatione, & nos liberari judicium pro nobis accipiendo: hæc non sunt eadem, & in eo videndum est ne fallamur, quod sic demonstro. Delegare est alium vice sua, alium reum, sive debitorem creditori dare: hæc delegatio fit dupliciter, per stipulationem, ut ait *lex delegare*, & per litis contestationem: per stipulationem, ut si creditor meus à debitore meo, quem ei delegavi, stipuletur sibi dari, & delegatus promittat: qua delegatione ego ipso jure liberor, si creditor meus à meo debitore, quem delegavi, stipuletur sibi pecuniam deberi darive, & debitor repromittat. Per litis contestationem fit, si ego concedam creditori meo actionem in debitorem meum, & vi cessionis meus creditor cum eo agat, & litem contestetur: potest C enim vi cessionis, sive mandati, quod idem est, cum eo experiri, & quidem directa actione: nam cessio dat directas actiones: eadem actione utitur is, cui cessa est actio, qua is, qui cedit, *l. 5. infra*, *de hered. vend.* & ita hoc genere invitus debitor delegatur: priori genere delegationis, quæ fit per stipulationem, volens debitor delegatur, cum scilicet creditor de eo stipulatur sibi dari, sed posteriori genere invitus delegatur: nam ego cedo actionem meo creditori, ut experiatur cum meo debitore invito: ego vero liberator ipso jure .i. post litem cum eo contestatam, quia delegatio illa pro solutione est, & nihil interest delegem invitum aut volentem: & hoc est, quod ait, delegationem fieri per litis contestationem, quod non ita proponitur in *l. solutione*, dum ait, *solutione*, *vel judicium pro* D *nobis accipiendo*, *& inviti*, *& ignorantes liberari possumus*. Fingenda est species, ut ego non mandaverim, vel cesserim creditori meo actionem in meum debitorem, sed ultro meus creditor agat in debitorem meum, vel in alium quendam quasi debitorem, qui etiam quasi debitor se liti offerat, & patiatur actionem, cum tamen nulla sit actio: nam actori huic nullum jus erat agendi, sed tamen agere possumus cum volente, etiam si nobis jure nulla suppetat actio, ut ex pacto nudo, si quis velit pati actionem, *l. 5. inf. de cont. empt.* igitur cum ita creditori meo non cessi actionem, sed is tantum agit cum alio quodam, qui actionem patitur, ego liberor, quæ sententia est *l. solutione*, sed an ipso jure? ut cum delegatio fit per stipulationem, vel per litis contestationem? minime: ego liberor per ex- E ceptionem in factum, vel pacti, vel doli mali, non ipso jure, *l. qui servum*, *D. de interrogat. in ju. fac.* si aliquis pro debitore quasi defensor litem subierit, & causam pertulerit totam: atque ita condemnationem exceperit, & velit actor eadem actione rursus experiri cum vero debitore, repelletur exceptione in factum, quia defensor negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, quod præstitit: ergo ille alter verum debitorem judicium pro eo accipiendo, non liberavit ipso jure, quia necessaria est exceptio vero debitori: & non est novum, ut loquuntur interpretes, eum liberari per exceptionem, non ipso jure, *l. qui hominem*, *§. stipulatus sum*, *& l. qui res*, *§. mihi Romæ*, *D. de solution.* Ego sic stipulatus sum mihi dari x. aut hominem Titio, qua in stipulatione videtur vitium subesse omnino aliquod, quia aliud stipulor mihi dari, aliud Titio, qui adjicitur solutionis causa, non obligationis, alteri enim non stipulor recte, sed possum alterum addere, cui solvatur id, quod mihi promissum est, sed non ut aliud solvatur, sed tamen hic agitur ut mihi promittantur x. & Titio homo, quo fit ut stipulatio vitiosa videatur: unde quæritur, an si secundum stipulationis fidem promissor solverit hominem Titio, liberetur, ait *d. l. qui hominem*, *& l. qui res*, liberari promissorem, non ipso jure, quia vix admissa est ipsa stipulatio, in qua cavetur aliud dari adjecto, aliud stipulatori, sed per exceptionem liberari, *l. ult. §. rum mihi*, *D. de verb. oblig.* sic etiam eodem sensu dicitur verbum illud liberari in *l. si quis servo*, *de solut.* Idque liquet ex *l. cum quis*, *§. 1. D. eod. tit.* Mandavi debitori meo ut solveret Titio: deinde re integra cum non dum debitor meus solvisset Titio, Titium vetui accipere: debitor tamen ignorans revocatum esse mandatum, Titio simulanti se procuratorem esse, solvit, an liberatus est debitor? ait lex, debitorem non esse liberatum, & Titium furti teneri: debitor non est liberatus ipso jure, quia erat revocatum mandatum, sed per exceptionem: ergo etiamsi lex *solutione*, quam opponit Accursius, dicet, judicium pro nobis accipiendo liberari nos, non sequitur, ipso jure liberari, sed per exceptionem, ut si constitueris pacto nudo liberationem non contingere, & pacto nudo liberationem contingere, utrumque verum esse licet comprobare adhibita ista distinctione, ut ex pacto nudo non contingat liberatio ipso jure, sed per exceptionem, quum liberationis verbum utramque interpretationem admittat, & ita cum aliquis pro nobis judicium accepit, liberamur, non ipso jure; nam hic modus tollendæ obligationis non est legitimus: sic etiam dicimus tollendæ obligationis certi modi sunt constituti, hic non ponitur inter modos tollendæ obligationis, ergo non tollit obligationem ipso jure. Imitatur lex naturam, ut quot modis quidque fit, id vicissim ut intereat, *§. item*, *Institut. quib. mod. toll. obligat.* & ita responsum arbitror ad d. *l. solutione*. Nunc videamus, ut respondeant interpretes, Accursius, & cæteri. Ita respondent in *l. 2. hujus tit.* emptor hereditatis, quasi procurator judicium accipit pro venditore, & ideo venditor non liberatur ipso jure, sed per exceptionem, in *l. solutione*, is, qui judicium accepit pro alio, novandi animo accepit, & ideo is, pro quo accepit, liberatur ipso jure: hoc primum est commentitium, quia *l. solutione* ait, pro nobis: ergo quasi defensor: deinde poni non potest novationem fieri, si quis liti se offerat quasi debitor, ut accipiat judicium, ut debitor, cum non sit verus debitor: nam novatio fit tantum per stipulationem: quod dicitur novationem fieri per litis contestationem est falsum: prior quidem actio novatur per actionem judicati facta condemnatione: nam re judicata rursus non ages priori actione, ne lis eadem hinc inde renascatur, sed ages actione judicati, cujus executio est summaria: atque ita per actionem judicati novatur actio prior, sed novatio non fit per litis contestationem: delegatio fit per litis contestationem: sed aliud est delegatio, aliud novatio. Soleo explicare novationem ex mutatione debitoris, vel causæ debendi: delegationem ex mutatione creditoris, non debitoris: delegatione non novatur debitor, sed manet idem qui fuit: novatur creditor delegatione, qui erat creditor liberatur, & debitor, qui delegatur, obligatur alteri, atque ita delegans, qui etiam erat creditor, desiit esse creditor, & substituitur in locum ejus alius creditor, sed idem manet debitor. Igitur delegatio est novi creditoris novatio: novatio debitoris: nihil egemus isto refugio, quo utuntur interpretes, cum liqueat ex *l. si quis*, *& l. qui servum*, *D. de interrog.*

in ju. faciend. judicium pro nobis accipiendo nos liberari per exceptionem, non ipso jure: quod congruit cum hac lege. Regulariter tamen, nisi ita venditor hereditariis sit liberatus, cogitur prorsus respondere creditoribus hereditariis: qui vendidit hereditatem, nisi liberatus sit lite eum emptore contestata sponte emptoris, cogitur respondere creditoribus hereditariis, quia etsi vendidit hereditatem, heres tamen est, *l.2. inf. de hered. vend.* emptor hereditatis tamen invitus non cogitur respondere creditoribus hereditariis, neque directa, neque utili actione: est igitur similis Pegasiano fideicommissario, in quem non transeunt actiones: nec enim emptor hereditatis ullam invitus excipit actionem, sed si venditor creditoribus hereditariis aliquid solverit, aut præstiterit, id repetet ab emptore hereditatis actione ex empto, quia venditione hereditatis id agitur, ut emolumenta omnia, & incommoda transeant in emptorem: itaque creditores hereditarii venient ad venditorem: sed si venditor solverit, mox recipiet ab emptore actione ex vendito, *l.2. inf. de leg.* quæ loquitur de legatariis, qui sunt creditorum hereditariorum loco, *l.hereditariorum, D. de obligat. & action.* vel etiam venditor hereditatis, qui satisfecit creditoribus hereditariis, quod solvit, recipiet ab emptore non tantum actione ex vendito, sed ex stipulatu, quia inter emptorem, & venditorem solent interponi stipulationes mutuæ; emptor stipulatur quanta pecunia ad venditorem hereditatis pervenerit, tantam redditum iri: venditor restipulatur, quantam pecuniam hereditario nomine præstiterit, ab emptore tantum redditum iri, ut *l.2. §. sicut, & l.si ex pluribus, D. de hered. vend.* Si igitur interposita fuerit mutua stipulatio inter emptorem, & venditorem hereditarium, non tantum erit venditori, qui solvit credituribus hereditariis actio ex vendito, sed ex stipulatu: quoniam id actum est, ut onera hereditaria subiret emptor, non minus quam emolumenta: & si venditor nondum sulverit creditoribus hereditariis, sed conventus fuerit, recte agit hac, vel illa actione cum emptore, ut emptor venditorem defendat, ut litem pro eo subeat, *l. hereditatem, D. de donat.* quæ loquitur de donatione hereditatis, non de venditione tantum, sed idem in utraque juris est: ut eum dono hereditatem, quæ donatio non est mera donatio, quia id ago vel tacito intellectu, ut donatarius subeat onera hereditaria, ut subeat legata, fideicommissa, æs alienum dissolvat: ergo huie donationi inest negotium: si inest negotium, & contractus igitur: nam contractus nihil aliud est, quam negotium; dicimus contractum, & contrahere per defectionem: nam plena sententia est contrahere negotium. Igitur datio mera non est contractus, id est doni donatio, non enim loquor de donatione, quæ fit pacto ex constitutione Justiniani, sed de donatione, quæ fit re ipsa; donatio non est contractus, nec pactum, quia non est conventio ulla. Conventio omnis aut est contractus, aut pactum, qualis mera donatio non est, sed donatio, cui inest negotium, est contractus, qui nomine vacat: ut cum dono tibi hereditatem ea lege, ut creditoribus hereditariis satisfacias, ut rem meam impleas; hoc casu donatio est contractus, & vacat nomine, & nascitur actio præscriptis verbis, quæ vacat nomine: ideo si donavero tibi hereditatem ea lege, ut subeas onera, & solvas creditoribus hereditariis, & creditores hereditarii ad me veniant, agam tecum actione præscriptis verbis, ut me defendas adversus creditores hereditarios: & similiter, si vendidero hereditatem, & veniant ad me, agam, quod nondum dixi, actione ex vendito, vel ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, ut me defendas adversus eos, vel ut eis satisfacias: quia id egisse intelligimur, vel ut caveas te eis satisfacturum: nam in omnibus judiciis ex omnibus contractibus recte agetur ad persequendam cautionem; ergo actio erit, ut caveat se satisfacturum, non ut satisdet, *l.2. inf. de hered. vend.* nisi ita convenerit, ut satisdaret, quia hæc est natura emptionis, & venditionis, ut vicissim satisdationes nullæ interponantur, *l. pacta, D. de contr. empt.* & ita emptor egit ex empto, ut caveatur de evictione, non ut satisdetur, nisi ita convenerit. Ergo ut concludam, emptor hereditatis similis est Pegasiano fideicommissario, quia non patitur invitus actiones creditorum hereditariorum, ne utiles quidem: at contra emptor hereditatis habet in debitores hereditarios actiones utiles: in eum emptorem hereditarium non sunt actiones, ne utiles quidem: & tamen sunt ei utiles actiones in debitores hereditarios ex constitutione Divi Pii suo nomine, etiam sine cessione, *l.si cum emptore, D. de pact. l. 5. inf. de hered. vel act. vend.* ex cessione emptoribus hereditariis competent directæ, quia & heres idemque venditor cogitur cedere, sine cessione, competunt utiles: nam cum in ea causa sit venditor, ut eas debeat cedere ex constitutione Divi Pii, & ultro dantur utiles, non expectata cessione: & fere ubi est directa actio ex cessione, sine cessione est utilis in his speciebus, si nomen emptum sit legatum, in solutionem datum, vel si absentis nomine credita sit pecunia, *l.1. §.nunc tractemus, D. de tut. & ration. distrah. l.ex legato, inf. de leg. l.4. inf. si cert. pet.* denique in emptorem hereditatis non sunt actiones in invitum, ne utiles quidem, emptori tamen hereditatis sunt utiles sine cessione, vel directæ ex cessione: cur tam varia ratio? Dixit Accursius in *l.2. D. de her. ven.* quia nemo potest seipsum obligatione liberare sine consensu creditoris: heres idemque venditor hereditatis obligavit se creditoribus hereditariis adeundo hereditatem: ergo solus non potest se liberare: At obligationem, quam habet, potest in alium transferre, cedere alteri; & licet nondum transtulerit, tamen quia cogi potest, ut transferat, & cedat, non absurde dantur utiles, non expectata cessione: ab hoc excipitur fiscus: nam si fiscus hereditatem sibi delatam alteri vendiderit, non agitur cum fisco, sed cum emptore hereditatis creditores experientur utili actione, *l.1. inf. de hered. vend. l.eum, qui, D. de jur. fisc.* Id prima specie pugnat cum *l.2. & 3. inf. de quad. præs.* quæ vult, ut ne interpellentur ullo modo qui quid emerunt à fisco: dat passim securitatem his, qui emerunt à fisco, ut non possint conveniri ulla alia actione: ergo is, qui emit hominem a fisco, non potest ulla alia actione interpellari; & hoc est, quod ait *dict.l.3.* cesset omnis actio; non potest ergo, qui emit à fisco, conveniri à creditoribus hereditariis: quo modo etiam adversus dictas leges de *quad. præs.* opponunt *l.5. inf. de liber. cau.* quæ vult, ut ancilla, quam quis emit à fisco adversus emptorem agat de statu, ergo is, qui emit à fisco non est omnino & plene securus: opponitur *l. nec ullam, §. item si quis à fisco, D. de petit. hered.* quæ vult, ut is, qui emit hereditatem à fisco, teneatur petitione hereditatis: sed ad *l.nec ullam, §.item si quis*, recte Accursius, atque etiam Fulgosius in *l.1. de her. vend.* affirmant correctum esse *§.item si quis* a *dict.l.2.* quæ est Zenonis, idque constare ex *§.ult. Instit. de usucap.* quo demonstratur, ante Zenonem, eum, qui quid emisset à fisco, potuisse interpellari intra quinquennium, post quinquennium non item: erat illi præscriptio quinquennium, non item actio post quinquennium, de qua in *l. nec ullam, & l.ult. inf. si adver. fisc.* etiam ante Zenonem potuit conveniri, sed intra quinquennium, qui emerat hereditatem à fisco, post quinquennium non item, sed non ita dicetur de *l.5. inf. de liber. cau.* uti Thalelæus notat *βασιλικῶν* 48. Zeno vult neminem posse conveniri actione in rem de dominio, vel hypotheca si emerit à fisco: cognitio de statu est in rem, *§. præjudicialis, de action.* sed neque de dominio, neque de hypotheca: ergo potest interpellari is, qui emit à fisco actione in rem, non de dominio, vel hypotheca, sed de statu, ut ancilla, quam emit potest proclamare ad libertatem: sic etiam constitutione Zenonis non continetur quæstio de emptore hereditatis: nam si quis eme-

emerit à fisco hereditatem, poterit etiam conveniri à creditoribus hereditariis ex *d. l.* 1. quia id actum intelligitur inter emptorem hereditatis, & fiscum: hinc excipiemus casum à constitutione Zenonis cum ita conventum sit, ut emptor onera subiret, qui jubetur invitus ex constitutione, *l.* 1. *inf. de hered. vend.* ac proinde venditor quasi fideicommissarius Trebellianus, in emptorem omnes actiones transferet.

Ad L. III. Servus creditoris meliorem *causam domini facere potest: in deterius autem reformare novo pacto non potest obligationem recte constitutam. PP. VIII. Kalend. April. Severo 3. & Antonino A.A. Coss.*

QUod proponitur in hac l. non est inutile: nam hoc etsi scriptum sit de servo, tamen locum habet & in filiofamilias, ut patris creditoris meliorem conditionem facere filiusfamilias possit, in deterius autem mutare recte constitutam obligationem non possit, *l.* 7. *D. de pact. dot. & l. filius, inf. hoc tit.* Idem obtinet in procuratore, *l. ignorantis domini, D. de procurat.* & in beneficiario, sive vasallo, ut meliorem conditionem domini facere possit, non deteriorem, *lib.* 2. *feudor. tit.* 9. Ergo quæ dicuntur de servis, eadem dicta putemus & de filiisfamilias, & de procuratoribus, aut beneficiariis, nisi secus admonuerimus. Servus obligationem recte constitutam novo pacto in deteriorem reformare non potest, in meliorem potest: nec interest ipse servus eam obligationem contraxerit, an dominus: nam neque à se, neque à domino constitutam recte obligationem servus in deteriorem mutare potest. Ergo si paciscatur servus solvi minores usuras, cum initio essent promissæ majores, inutilis est pactio, quia contractus in deterius reformatur: reformare contractum est partem aliquam contractus emendare, repetere, retractare, *l. jurisgentium, §. adeo, D. de pact.* quo loco utitur utroque verbo, *& repetendi, & reformandi*, & repetere est, quasi repetere tabulas emptionis, quod Græcis ἀναχωρεῖν, quod est cessim redire: nam tunc cessim itur, cum pars aliqua contractus emendatur, & remittitur, reformare μεζανεοῦν, quo verbo usus est Harmenopulus *lib.* 7. *Epit.* & alio loco, sed corrupte: nam pro μεζανεοῦν scriptum est, μεζανοεῖν: *ἀμείβειν τὴν φύσιν καὶ μεζανοεῖν*; corrupte μεζανοεῖν pro μεζανεοῦν: μεζανεοῦν non est transformare, quo verbo nusquam usi sunt nostri Jurisconsulti, sed interpretes sine auctore, sed est reformare, quod est partem aliquam contractus emendare, & omnino cum de pactis agunt, utuntur formandi, & reformandi verbo: pactio format contractum, cum dat ei legem, modum, formam aliquam: ut cum vendo ea lege ut tu satisdes evictionis nomine, non repromittas tantum, pactiones efficiunt, ut qui idem nomen habet contractus, videatur nonnunquam esse dissimilis à cæteris contractibus idem nomen habentibus, quia pactiones variant contractus. Sed non tantum formant contractum pactiones, quæ fiunt ex continenti, sed etiam ex intervallo recte habitum contractum reformant; ut si post perfectam venditionem paciscamur, ut pars tantum rei venierit, pars altera inempta sit: hæc pactio, quæ fit ex intervallo reformat contractum, cum quasi cessim, & retro agit contractum, ut partis tantum fiat venditio, non totius rei, totum mutare contractum: hoc certe est tollere, non reformare: & hoc tamen modo etiam non potest servus tollere contractum, si ex eo fiat domini conditio deterior: ergo neque reformare in deterius contractum, neque totum immutare contractum servus potest in fraudem domini: recte autem dixi, post obligationem constitutam, pactum à servo interpositum, si jus domini inutile, & deterius faciat, non servari, & ut dicam iterum, post obligationem constitutam non recte servus paciscitur pactione nova, quæ rem domini pejorem faciat: nam si per servum ipsum dominus contraxerit obligationem, contrahendi tempore in ipso negotio servus recte paciscitur, etiam de levissimis usuris si velit; ut si per servum suum creditor pecuniam crediderit, servus ipso credendi tempore paciscetur levissimas usuras tantum stipulatione adhibita, cum in credita pecunia usuræ non debeantur, nisi adhibita stipulatione; ergo poterit convenire in ipso contractu de levissimis usuris, aut pacisci etiam poterit in ipso credendi tempore ne pecunia petatur intra certum tempus, *l. sin autem, D. de pact. l. apud, §. in hac exceptione, D. de dol. except.* ergo servus, per quem contrahit dominus, potest in ipso contractu leges dicere pejores, id est, quibus fiat conditio domini pejor: quia de se queri debet dominus, qui in eo voluit uti opera servi: alioqui si servus sponte contrahat, neque ex continenti, vel intervallo paciscendo, neque jurejurando, conditio domini deterior fieri potest: sed fiet deterior, ut dixi, si contrahat jussu, & voluntate domini, & in eo ipso contractu legem aliquam dicat deteriorem: hæc lex nocebit domino, qui eum contractus sui administratorem esse voluit: facit etiam servus conditionem domini deteriorem non acquirendo, *l. ult. inf. de acqu. possess.* cujus quæstio non explicatur dilucide: agitur de possessione, quam possidemus per servum nostrum, per procuratorem, colonum, aut inquilinum. Finge: possideo rem alienam animo meo, & corpore servi, aut procuratoris, coloni, aut inquilini: si servus, vel procurator decedat, de possessione, an amitto possessionem? distinguendum est: aut discedit non deserendæ possessionis animo, & hoc casu possessionem non amitto: possessio non acquiritur nisi corpore, & animo, non amitto nisi corpore, & animo. Sed si servus per se possessionem animo deserendæ possessionis, & aperiendæ alteri discesserit, quæritur an possessionem amittam? & Sabiniani existimabant me possessionem amittere, quasi servus possessionem meam interverterit, & idem in *l. si colonus, D. de acqu. possess.* si colonus non animo deserendæ possessionis discesserit, ex quibus verbis licet ex ἀντιδιαστολῆς, id est, à contrario sensu colligere, quod si discesserit deserendæ possessionis animo, damnum infligit possessionis domino suo, *l. si de eo, §.* 1. *eod. tit.* Sed Proculejanis aliud erat judicium, quorum sententiam probat Justinianus *l. ult.* ut si servus discesserit animo prodendæ possessionis alteri, tamen non amittam possessionem, & congruit eum *lege cum quis, de dol.* ne malignitas servi damnum possessionis domino afferat, ne domini conditio fiat deterior. Sed quid fiet si misero servum meum, ut possessionem adipisceretur, & is dolo malo noluit adipisci, & in eo, quod jusseram perfide, & negligenter se gessit, an nocet mihi malitia, & negligentia servi, quem miseram possessionis apprehendendæ causa? mihi nocebit negligentia, cum videar adeptus possessionem mihi per servum, quem miseram, qui apprehenderet, quandoquidem acquirendi animo destricte miserim. Itaque videor possessionem adeptus cum miserim hominem, sed hoc casu definitur in ea *l. ult.* me non videri adeptum possessionem, & negligentiam servi mihi nocere: nec obstare regulam illam, quæ dicit, servum meliorem conditionem facere posse, deteriorem non posse: nam ea regula in acquirendis locum non habet, sed cum damno rei suæ dominus periclitatur, non cum lucrum acquirit per servum. Ad summam, eo res abiit, ut facto servi mei possessionem, quam per eum possidebam non amittam, facto tamen servi mei, ut possessionem, quam per eum acquirere parabam, non acquiram illo possessionem non apprehendente. Ergo potest conditio domini deterior fieri in non acquirendo, non in amittendo eo, quod acquisitum sit semel, sive dominium sit, sive possessio, sive obligatio. Facit etiam servus domini conditionem deteriorem delinquendo: quia dominus ex maleficii causa compellitur servum noxæ dedere, id est servo carere, si nolit sufferre æstimationem litis, *l.* 1. *§. quod igitur, D. de vi, & vi arm.* Cum

inquit,

inquit; dominus maleficii causa servum noxæ dederit, id in damno debet reputare, cum servus hoc possit domini deteriorem conditionem facere, *cum servus hoc*, id est *in hoc*, ut *Βασιλικά*, *εἰς τοῦτο*, vertunt, id est, delinquendo fieri potest, ut subeat judicium noxæ, atque compellatur, vel damnum præstare, id est noxam sarcire, vel servo carere. Sed idem dici non potest in filiofamil. qui delinquendo deteriorem conditionem patris non facit, nec procurator, colonus, aut inquilinus: quia filiifamil. nomine non est actio noxalis, *§. ult. Inst. de action.* noxa olim fuit, & filiifamil. ut liberi hominis nomine, ex 12. tab. cum liber homo, qui furtum fecerat, dedebatur ei, cui furtum fecerat: hodie nulla fit deditio, nullus nexus liberi hominis: & videtur *l. 3. §. proinde, D. de lib. hom. exhib.* significari etiam liberum hominem noxæ dedi: nam dicit interdicto de lib. B hom. exhib. eum tantum teneri, qui dolo malo retinet hominem liberum: porro eum non retinere dolo malo liberum hominem, qui retinet suum libertum, in quem est patronis propria quædam affectio, vel qui retinet suum alumnum, quem educatores unice diligunt, ac si filium: ergo qui retinet libertum, vel alumnum suum, quamvis hominem liberum retineat, tamen non tenetur interdicto de liber. hom. exhib. quia caret dolo malo, qui justam causam habet retinendi hominem liberum: idem si quis noxæ deditum impuberem, adhuc retineat: nam in hunc non est interdictum de hom. lib. exhib. quod tamen non accipiendum est, ac si liber homo posset noxæ dedi, puta filiusfamil. ex noxæ causa, sed ita est ponenda species, ut fuerit statuliber noxæ deditus: statuliber servus est, qui sperat C libertatem: si statuliber noxæ deditus sit, & conditio libertatis existat, tunc incipit liber homo esse apud eum, cui deditus fuit initio, quasi servus, ergo retinendi ejus justam causam non habet, qui pervenit ad libertatem: vim inferre libertati, ad quam pervenit statuliber, non potest, is cui deditus est: ergo tenetur interdicto de lib. hom. exhib. nisi impuberem non exhibeat, & dimittat, nisi adhuc sit impubes: nam retinendi hominis liberi impuberis est justa ratio, quia hæc ætas, quæ est infirmissima, & ut Aristoteles ait, *εὐεξαπάτητος*, cui facile imponi potest, maxime indiget custodia: ergo si statuliber, qui est noxæ deditus existente, conditione pervenerit ad libertatem, & sit impubes, non continuo debeo dimittere; quinimo si pietate moveor, si ætatis rationem habeo, debeo illum, adhuc retinere, quoad D existat aliquis, cui possim tuto dimittere: & impuberem noxæ dedi non est novum, si sit doli capax, & proximus pubertati, *§. penult. Instit. de obligat. quæ ex del. nasc.* ergo impubes statuliber, qui doli capax erat, & furtum fecerat, fuit noxæ deditus, & cum esset apud eum, cui noxam fecerat, pervenit ad libertatem: itaque si eum non dimittat, non tenebitur interdicto de lib. hom. exhib. cum sit justa retinendi ratio, & ita explicanda est hæc *l. 3.* Ego ostendi in eo differre servum à filiofamilias, quod servus facit deteriorem conditionem domini delinquendo, filiusfamilias non facit, *d. l. 3.* ejusdem rationis est filiusfam. in *l. 23.* hic, cujus interpretationem sic nos adgrediemur. Quæritur, an filius paciscendo, aut debitum accipiendo, nihil detrahat patris obligationi? filius paciscendo non E potest renovare obligationem recte constitutam, non potest in deterius reformare paciscendo, nec debitum accipiendo: quid dicemus? eum, qui solvit filiofamil. invito patre non liberari, ut de servis proditum est in *l. si servus legatus, §. 1. D.* de *leg. 1.* servo meo me invito non solvitur recte. Item filio meo me invito non solvitur recte, & qui solvit nihil detrahit meæ obligationi: sed potest ita res explicari. Acceptatio debiti, puta pecuniæ, vel usurarum, nonnumquam vim habet taciti pacti. Finge: filiusfamil. diu accepit minores usuras, per multa tempora, puta per annos 10. cum tamen initio essent promissæ graviores usuræ: alias hæc acceptatio, quo verbo significamus acceptionem; habet vim taciti pacti, ut non petantur graviores; sed leviores; quæ diu exactæ sunt, *l. qui semisses, D. de usur.* sed ita debitum accipiendo filius non reformabit recte institutam obligationem: ergo si filius meus leviores diu accepit usuras, vel ex suo, vel ex meo contractu, cum essent initio promissæ mihi graviores: semper erit graviorum exactio, quia non potuit filius usuras accipiendo leviores, deteriorem meam conditionem facere. Rursus hæc regula, ut servus conditionem domini meliorem facere possit, deteriorem non item, locum habet in rebus dominicis: videamus an locum habeat, vel quatenus in rebus peculiaribus. Servi nihil proprium habent, sic jactatur vulgo: imo vero aliquid habent proprium conniventibus dominis: nam & dominis plerunque solvunt pro capite pretium, B feriunt muneribus dominos: conqueritur servus ille, quod semper de demenso suo defraudetur, quod semper sit afficiendus dominus muneribus: & dato etiam peculio separantur bona domini à bonis servi, *l. 4. D. de pecul. & l. per servum, §. 1. D. de acq. rer. dom.* separatur substantia domini à ratione servi, & peculium est quasi patrimonium servi *l. 40. D. de pecul.* & servus vicarius, qui est peculiaris servus, est quasi servus ordinarii servi: ergo in rebus peculiaribus videntur servi omnia posse, quia vice dominorum funguntur, & in rebus peculiaribus omnia possunt servi, & filiifamil. maxime si liberam habeant peculii administrationem, dum ne quid agant donandi causa, & ita scriptum est in *l. contra, §. ult. D. de pact. l. 1. §. 1. D. quæ res pig. oblig. poss.* C possunt res peculiares vendere, permutare, novare, exigere, transigere, solvere, suo arbitratu: sed donare, & perdere res peculiares non possunt: ergo si paciscantur donandi animo, de non petenda pecunia, quæ debetur ex causa peculiari, inutilis est pactio, etsi habeant liberam peculii administrationem: & idem in procuratore, qui habet liberam omnium bonorum administrationem: nam huic omnia libera, præter donationem, *l. mandato, D. de procurat.* ubi pro *decidendi*, est legendum *deminuendi*, ut quodam loco probavi multis, dum dicit procuratores, qui habent generale mandatum, non posse transigere decidendi causa, quod est iniquum, & falsum, quia procurator decidere de lite potest, transigere decidendæ litis causa, dirimendi ambigui causa, ut D de tutore proditum est iisdem verbis in *l. Lucius, §. ult. D. de admin. tutor.* qui etiam habent omnium bonorum liberam administrationem: nam quod dicunt interesse inter procuratorem, qui habet generale mandatum, ab eo, qui habet liberam administrationem, nugatorium est, quia prorsus idem est. Ergo his omnibus procuratoribus, puta qui habent liberam administrationem omnium bonorum, & filiis, & servis, qui habent peculii administrationem, omnia licent præter donationem rerum peculiarium: & eadem ratione etiam adjiciemus, præter votum: nam & votum species quædam donationis est: nam servus, aut filiusfam. nihil possunt vovere sine auctoritate patris, aut domini, & si quid voveant, voti nuncupatio, sponsio illos non obligat, cum alias ex voto fit obligatio: si quid E paterfamil. voveat pubes, sui juris, obligatus est is, qui vovit, & heres ejus, ut rem, quam vovit solvat. Cæterum filiifamil. aut servi, qui per patrem, aut dominos ex voto, quem servi, vel filiifamil. ipsi fecerunt, non obligantur, *l. 2. D. de pollicit.* & hos duos casus voti, & donationis, etiam Accurs. notavit hoc loco: sed præter hos duos casus annotat Accurs. alios, qui tantum ad servum pertinent: si servus se emi mandaverit; quem casum male scindit in duos, puta & si se vendiderit: nam hic secundus poni nullo modo potest: nam servus se ipsum vendere non potest. Igitur si servus se emi mandaverit, nullum est mandatum, *l. servus, & l. cum servus, D. mand.* servus mandavit extero, ut se emeret à domino, nullum est mandatum, *d. l. cum servus*, &

ideo

ideo extraneus, qui mandatum suscepit, quique fidem dedit servo se empturum, contracto mandato non poterit cum domino agere act. mand. de peculio, ut scilicet eum servum vendat: tenetur quidem de peculio ex contractu servi: servus contraxit mandatum de seipso vendendo: videtur ergo posse dominus conveniri ex eo mandato, ut eum servum vendat: sed quia nullum est mandatum, non convenietur: & ita hic est unus casus, quo dominus non tenetur de peculio, & sequentes casus, quos notat Accurs. eo spectant, ut non teneatur dominus de peculio ex contractu servi. At finge: servus se emendum curavit, ut manumitteretur, & ita quidam, cui hoc mandavit servus, promisit se empturum, & emptum manumissurum, cumque extraneus suis nummis emit: alioquin non liberaretur judicio venditi, nisi suis nummis emisset, quoniam cogitur emptor facere nummos accipientis, licet non teneatur venditor facere rem accipientis. Igitur si emerit servum suis nummis, postea non poterit agere cum domino actione mand. de peculio, ut repetat pretium, quod numeravit de suo: alioqui si verum esset mandatum, dominus confestim cogeretur reddere pecuniam actione mand. de peculio: & Prætor, qui dedit actionem de peculio ex negotio gesto cum servo, non videtur cogitasse de his contractibus, quibus servi se dominis mala ratione auferunt. Igitur non dat mandati de peculio actionem, quia nullum est mandatum. Et è contrario, etiam non aget dominus servi adversus emptorem contraria actione mandati, ut servus manumittatur, nisi ex casu; hoc est, affectionis ratione: affectio pro necessitudine hic accipitur: quæ ratio facit, ut agam ultro necessariæ personæ nomine, *l.sed & hæ personæ*, *D. de procur.* quæ mihi actio non competit, ea aget is, qui mihi necessitudine conjunctus est, etiam me invito & ignorante, ut puta liberi licet sint in potestate, item parentes, & fratres, & affines, & liberti: affectionis ratio facit, ut agat hic venditor actione mand. non ut dominus, sed ut propinquus, atque ita affectio ponitur pro necessitudine. Finge aliter contractum mandatum inter servum & extraneum, puta mandasse servum extraneo, ut se emeret ea lege, ut redimeretur, fit quotidie in emptione pactio de revendendo, sed est quædam pactio de redimendo, de qua *l.servus*, *mand.* alia, de qua agitur in *l.cum servus*, *D. mand.* quæ est quoque de redimendo servo, nec utriusque pactionis eadem ratio, distinguere unum ab altero oportet. Finge ergo: mandavit servus extraneo, ut se emeret, ea lege, ut redimeretur: mandati actio ultro, citroque est, & is, qui emit, promisit se revenditurum intra annum unum, aut alterum: an ergo ex mandato potest compelli venditor act. mand. ut eum servum redimat? minime: ut redimat compelli non potest: ita venditor redimere compelli non potest, quia nullum est mandatum, quia titulus de peculio nihil pertinet ad eos contractus, quibus servi se dominis auferunt malo more. Ergo, ut ait *l.servus*, non erit ei actio ulla mandati in dominum de peculio: ubi ultro, est actio contraria, quæ datur ex adverso, sive ex contrario, *l.2. & ult. D. de negot. gest.* huic autem articulo contra, videtur esse contrarius articulus *ultro*, sed tamen contra actio ei datur, nonnumquam ultro, id est, etiam si non agatur directa actione, *l.in commodato*, *§.1. D. commod.* cum ergo agitur directa, contraria datur contra, cum non agitur directa, contraria datur ultro, *l.sed an ultro*, *D. de neg. gest. & l.29. in fin. D.famil.ercisc.* idem est contra, & ultro: sed illo casu non habebunt actionem mandati, qua compellantur redimere eumdem servum, si se mandaverit emendum, ut redimeretur: non habebit venditor actionem mandati, qua compellat extraneum ut revendat, nisi affectus ratione, cum is, qui vendidit est pater, vel filius, quæ omnes species erant explicandæ, ut intelligerentur ea, quæ ponuntur in *l.cum servus. D.mand.* alios casus Accursius refert, quos nos explicabimus die crastina.

Heri diximus ex *l. 3.* servum creditoris, obligationem recte constitutam nova pactione in melius, non in pejus reformare posse, & quid esset reformare: pacta formare & reformare contractum, formare initio, reformare ex intervallo pactione nova: sic loquitur *l.3.* & quodammodo novum contractum fieri, & pertinere eam regulam, etiam ad filiosfam. & procuratores, & omnino ad alios quoscunque vicarios, & perdere suum officium domino contrahente per servum: nam in eo contractu servo licere pacisci, etiam id, quo domini conditio deterior fiat, vitiari servo non acquirente, ubi exposui sententiam *legis ult. inf. de acq. poss.* vitiari servo delinquente, propter noxalem actionem, quam patitur dominus ex maleficio servi: sed id constitui non posse in liberis hominibus, quibus nulla competit actio noxalis, ubi satis difficilem enodavi locum *l. 3. §. proinde*, *D. de hom. lib. exhib.* & adduxi interpretationem *l.23. hujus tit.* quæ idem in filiosfam. constituit, quod *l.3.* in servo, & ne quid eorum, quæ Accurs. tractavit prætermitterem, separavi rem dominicam à re peculiari: in re dominica nihil servum posse in fraudem domini, in re vero peculiari omnia posse, quasi dominum, dum ne quid agat donandi causa. Idem in filiosfam. & procuratore, donando nihil agere, etiam si habeant liberam bonorum administrationem: idem in votis observari: deinde alios casus explicavimus, quos tradit hic Accurs. servis proprios, non communes cum filiisfam. Primus hic fuit, si servus se emi extero mandaverit vel simpliciter, vel addita lege ut manumitteretur, vel ut revenderetur: ubi satis heri disserui, quæ esset sententia *l.servus meus*, & *l.cum servus*, *D.mand.*

Nunc tractabo reliquos casus, & breviter, quia hujus loci non erant, traditos ab Accurs. quibus domini non tenentur de peculio: hi tres sunt casus servis proprii: nam etiam his casib. pater tenetur de peculio, sed non dominus. Si servus fidejusserit pro alio extra rem dominicam, vel peculiarem: debuit plenius dicere Accurs. si intercesserit pro alio, *l.in persona*, *§.1. D. de pact. l.3. §.si filiusfam. D. de pecul.* si servus compromiserit in arbitrum: hic est 2. casus, & 3. si judicium susceperit & condemnatus fuerit, & jusjurandum detulerit: his casibus ex sententia Sabini, quæ obtinuit, quia servus neque est intercessor, nec litigator idoneus, dominus de peculio jure prætorio non tenetur: & quemadmodum ex his casibus servus ipse, nec naturali quidem jure teneri videtur, qui aliàs ex contractu, vel quasi contractu naturaliter obligatur, idque ex Sabinianorum disciplina, ut dicitur in *l.3. §.si filiusfam. ex Sabini & Cassii sententia, & duab. seqq. D.de pecul. l.depositi*, *§.1. l.quotiens*, *§.1. eo.tit. l.19. & 20. D.de fidejuss.* contra tamen eam definitionem adducitur *l.quidam*, *D. de jurejur.* quæ dicit dominum teneri de peculio quosdam putare, si servus actori detulerit jusjurandum in judicio, & ut eam l. adducant in concordiam, frustra laborant, quandoquidem in *l.quidam* refertur sententia Proculejanorum, *quidam putant*, nempe Proculejani: sed dicendum est, obtinuisse sententiam Sabinianorum, & supradictis casibus cum intercessit servus pro alio, quia non idoneus est intercessor, nullus est intercessor: vel cum compromisit in arbitrum: vel cum judicio sistit & accepit, subiitque condemnationem; vel cum in judicio actori jusjurandum detulit, quia servus non est litigator idoneus, non est idonea persona, quæ possit stare in judicio. Ideo ex his casibus non obligat dominum de peculio, perinde ac si ipse nec censeatur naturaliter obligatus. His casibus exceptis, servus obligatur iis, cum quibus contrahit, sed præterea ad causam peculiarem obligatur naturaliter, & consequenter dominus de peculio: & hæc sufficient ad *l.3.*

Ad L.IV. Postquam liti de prædio motæ *renuntiasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio juris permittit. PP.IV. id.Frb. Albino & Emiliano Coss.*

Ait

A It *l.3. postquam liti de prædio motæ renunciasti, &c.* A Fuit igitur lis de prædio rei vindicatio, puta: qui vindicabat prædium, renuntiavit liti; renuntiare liti videtur actor, qui postquam litem contestatus est, deserit eam in totum, quam contestatus est cum alio, cum agendi deponit animum, *l. Papinianus, §. ult. & l. seq. D. de minor. l. destitisse, D. de judic.* quibus locis J. C. utitur verbo renuntiandi: sed exempla esse necesse est, ut res sit dilucidior: finge; impugnat aliquis testam. per querelam, vel ex causa exheredationis, vel ex causa præteritionis, quasi inofficiosum, vel quasi injustum testam. deinde mittit istam quæstionem omnino, & legatum ex testam. petit: videtur renuntiasse priori quæstioni, priori liti, quia, quod ante impugnabat testamentum, id amplectitur modo, & ex eo legatum sibi deberi intendit: & aperte dicitur hunc videri renuntiasse liti, *l. si filius, D.* B *de minor.* Et hoc quidem modo, qui renunciat liti, tacite pactus videtur, ne amplius eo genere actionis experiatur: deseritur lis, id est, si quis à lite desistat in universum: actionis tacita remissio est, sive tacita pactio, ne amplius agatur: transactio non est, quia nihil datur, retinetur, promittitur, *l. transactio, tit. seq.* & ob id recte hæc lex posita est sub *tit. de pact.* quia renunciatio litis tacita pactio est, ne eadem lis redintegretur unquam, *l. qui destiterit, D. ad SC. Turp.* qui destiterit, agere amplius & accusare prohibetur: qui destitit, id est, qui abstinuit lite in universum, quæ pertinet ad SC. Turpillianum, sub quo est posita, quia, qui destitit ab accusatione non tantum eam accusationem non potest repetere ex integro, sed plectitur quasi calumniator, & tergiversator ex SC. Turp. nam nobis est C tergiversator, qui in universum destitit à lite: & qui tergum vertit, qui omnino destitit à lite: sed alias tergiversari dicimus eum, qui in universum à lite non desistit, sed in ea cunctatur, moratur, frustratur, moras nectit, trahitque, unde veteribus glossis tergiversatio est φιλοδικία, & περικαμπὴς, μετατροπῆς, & cunctatio hæc non coercetur, qui etiam desistit in universum ab actione civili, non coercetur, sed qui ab accusatione in totum desistit, coercetur: quia habetur pro calumniatore, id est, calumniatus ab initio improbe videtur: ergo ut propius ea, quæ pertinent ad legem explicemus: Si is, qui destitit à lite civili, denuo eadem actione experiatur, repelletur exceptione pacti, quia tacite pactus videtur, ne amplius agat, vel exceptione doli, vel in factum. Ergo renuntiatione ipso jure non finitur, D sed per exceptionem: & ita sunt accipienda verba *causam finitam instaurari non posse*. Causa, vel lis finitur transactione, pactione, judicato, longo silentio, nec quæ ex his aliquo modo finita est, ejus litis instaurandæ jus est: utuntur sæpe auctores nimirum his verbis, *instaurandæ litis*, maxime *in tit. seq.* quæ & veteres glossæ his verbis interpretantur παλινδικίας, quæ post rem judicatam instituitur uno verbo reparatio appellatur Nicetas in Alexio, ἀνῆκε παλινδικίαν, & Hesychius, παλινδικία ἡ ἐξ ἀρχῆς δίκη: sed & quælibet litis quoquomodo finitæ retractatio παλινδικία est. Ergo hæc lex. 1. quæ vetat postquam liti de prædio motæ renontiatum est, causam finitam instaurari posse, vetat παλινδικίαν. Porro hoc loco Bartolus instantiam confundit cum lite, ineptissime: differre ex eo liquet, quod E litis bonæ mala esse instantia potest, *l. & post edictum, D. de judic.* Tertullianus *libro de patientia: quoties instantia*, inquit, *ejus deterior inventa est causis suis: instantia*, inquit, *deterior fuit lite*, id est, sæpe qui bonam causam habent, id est, justam litem, hi eam exequuntur male, id est, instant male, urgent male: id etiam ex eo liquet, quod etiam si is, qui renuntiavit liti, videatur renuntiare instantiæ, non continuo renuntiat liti: cui perit instantia, non continuo perit lis, *d. l. & post edictum*: si actor, qui impetravit tria edicta, & postremo peremptorium edictum, si die cognitionis non adsit, circumscribitur edictum, id est, reo, qui venit eo die, quo jus datur, paruitque edicto peremptorio, abeundi jus datur: quia ex circumductione edicti sequitur peremptio instantiæ, lis salva manet, quia licebit ex integro litigare, cui perit instantia, non perit etiam lis: & ita etiam ex *l. properandum, D. de judic. & l. ult. ut int. cer. tem. crimin. quæst. term.* si non peragatur causa civilis intra biennium, causa criminalis intra triennium, lapsu biennii, aut triennii perimetur instantia, id est, relaxabitur reus observatione judicii, non perimitur actio, lis: nam contestatione lis perpetuatur, tantum abest, ut à contestatione intra biennium duntaxat perduret, *l. aliam, D. de novat.* id est, si sit actio temporaria, contestatione fit perpetua, & si sit perpetua, per contestationem prorogatur in annos 40. cum tamen non soleat perpetua actio durare ultra annos 30. *l. ult. inf. de præs. 30. anno.* & ita Accur. hic annotat recte, cujus omnia quæ in hac lege annotavit, mihi magnopere probantur, non minori studio, quam quæcunque post Accur. aut contra Accurs. dicta sunt à me improbantur. Instantia ergo quid sit, liquet ex his, quæ supra dixi: quid est instantia? est observatio ejusdem judicis judiciique, est in eodem judicio constans permansio, & perseveratio, lis plus quiddam est, lis complectitur actionem: sed, ut dixi, Bartol. male confundit litem & instantiam, docet ita agi: conventio facta in una re, non nocet in alia re, propositio est vera, falsa assumptio hæc: conventio, de qua agitur in hac l. est de instantia, quia est de lite, & lis nihil aliud est, quam instantia, ergo hæc conventio, de qua agitur in hac l. non debet nocere in actione, id est, is, qui renunciavit liti, non videtur renuntiare actioni. Resp. falsam esse assumptionem, litis nomine significari non tantum instantiam, sed & actionem, *l. litis, D. de verb. signif.* quam interpretatur *l. lis nulla, D. de judic.* conjuncta cum *l. cum servo, D. de reg. jur.* conjungenda est alia alii, nam & utraque est ex eodem libro Caii primo ad edictum provinciale: una ait, litem nullam esse cum filiofam. alia ait, nullam actionem esse cum servo. Ergo litis nomen complectitur non instantiam tantum, sed & actionem, & cum liti renuntiamus, actioni renuntiamus: litis ergo renuntiatio actionis remissio est, si non ipso jure, saltem per exceptionem. Nam quod ait Bartol. respondens eum, qui renuntiat instantiæ, videri renuntiare, falsum esse docuimus supra: nam cum perit instantia actionis, non perit actio, non est ergo verum eum, qui renuntiat instantiæ, renuntiare actioni, probat male arg. *l. illud, D. de adq. hered.* ubi ponitur testamento heres scriptus is, qui etiam poterat testatori ab intestato succedere, & eum repudiare hereditatem legitimam, per hereditatem legitimam, quam repudiat, inquit lex, videtur etiam repudiare testamentariam, quia necesse est repudiari prius hereditatem ex testamento, quam deferri ab intestato: unde eodem modo, quo repudiat hereditatem legitimam ab intestato, quæ posterior est, videtur ex testamento repudiare: unde ita colligit: prior est actio instantia, hoc est certum: ergo, qui repudiat instantiam, statim repudiat actionem, quæ instantia prior est: atque ita à scriptione *d. l. illud* vel sibi, vel nobis imponit: sed considerandum est in *l. illud* duos esse jure repudiandæ hereditatis modos: unum ex testamento, alterum ab intestato: posteriori jure repudiato, consequenter repudiari prius: sed in specie, quam tractamus unum est jus, una actio, quæ certe non remittitur, licet persequendi instantia remittatur: posterioris juris remissio, est & remissio prioris, quoties consequitur aliud ex alio, quæ consequutio non est cum unum jus tantum est: id ergo manet semper, nisi remissum est nominatim, id est, actio salva est, etiam si ea agere non pergam, aut si ei exequendæ non instem: male & idem auctor ait, post litem contestatam non posse remitti instantiam, nisi primum remittatur actio, quod etiam falsum esse liquet ex superioribus, ex *d. l. & post edictum, & l. properandum*, quibus locis ostenditur perire instantiam

etiamsi

etiamsi prius non perierit actio, nec post peremptionem instantiæ perire etiam litem: ergo qui renuntiat instantiæ, ut sit utilis renuntiatio, non necesse est, ut prius renunciet actioni; sed accuratius separanda est lis & instantia, nec admittenda est differentia utriusque vocabuli illa, quam introducit Bartol. qui etiam ut probet non posse renuntiari instantiæ, nisi renuntietur actioni, male adducit *l. edita 3. de eden.* quæ dicit actionem editam mutari posse, vel emendari: mutatur actio, cujus nomen mutatur, emendatur actio, cujus nomine retento, quædam aliæ partes mutantur: ex eo male colligas, te non posse instantiam remittere, nisi prius remiseris actionem. Idem male probat, ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ, futuræ scilicet, licet non renuntietur actioni: id probat ex *l. & post edictum, D. de judic.* ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ futuræ, licet non renuntietur actioni, ac si ea, quæ dicuntur in *l. & post edictum* referantur ad tempus, quo lis contestata non est, cum longe aliter se res habeat: nam quæcumque habentur illo titulo de tribus edictis & peremptorio, post litem contestatam locum habent, cum actor, aut reus deserit litem contestatam, quod significat *l. & tertium, eod. tit.* cum utitur verbo tergiversari: nam numquam dicitur tergiversari, nisi post litem, *l. 1. ad Turpill.* quæ loquitur de eadem re, dum ait, si litem inchoatam deserit, & Harmenopulus *lib. 1. epit. tit. 4.* qui addit post litis contestationem, *μετὰ προκατάρξιν*, atque etiam Eusthathius lib. *περὶ χρόνων, περὶ δίκα ἡμερῶν*. Ergo ex *l. & post edictum* id potius colligam, eum, qui post litem contestatam renuntiat instantiæ, non videri renunciasse actioni, & cui post litem contestatam perit instantia, non perire etiam actionem: eum, qui post litem contestatam renunciat instantiæ, non videri renuntiare actioni: idem ait male, hodie etiam post actionem dictatam, editam & adversarium vocatum in jus, non posse actorem discedere à lite, ex *Nov. de litigio. 112.* Bartol. ex ea Nov. definit eum, qui vocavit adversarium in jus non posse pœnitere & abstinere improba lite, sed in ea perseverare debere usque ad finem, cum hæc Nov. vetet tantum differri litem: non desistit à lite, qui differt, *l. destitisse, D. de judic.* eum, qui semel egerit, actionem dictaverit, debere litem exequi usque ad finem, non inde vero affirmo eum non posse in universum desistere: illa Nov. vetat tantum differre litem: ergo dum vult, ut agere perseveret, hoc vult, ut ne cunctetur, moretur, frustretur, differat negotium, ut uno tenore rem peragat, non etiam, ut si hoc satius esse adverterit, lite abstineat in universum, & bonam fidem agnoscat: ea verba hujus Nov. effecerunt, ut plerique putarint hodie actionem semel editam non posse mutari, vel emendari, cum dicat Nov. esse perseverandum usque ad finem: sed nihil eis verbis permoveri debemus: nam facile admittetur, ut debeat quis perseveranter exequi eandem litem sine interruptione, aut mora ulla, qui dictavit actionem aptam negotio proposito: ergo si ea actio, quam elegi fuerit congrua, debeo eam constanter exequi: sed si non fuerit congrua, integrum mihi erit mutare, vel emendare ex *l. edita*. Sed sunt in eo auctore permulta, quæ quia sunt facilia, vobis legenda relinquemus: die crastina veniemus ad *l. 5.*

Ad L.V. Creditori tuo si partem pecuniæ *exolvisti, de parte vero non petenda inter te & eum cum convenit ob causas negotiaque ejus tuo patrocinio, fideque defensas, ea obligatione partim civili jure, partim honorario liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi, vel doli, residui petitione m repellit: cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset: P.P. VIII. Kalend. Aug. Romæ Ant. A. 4. & Balbino Coss.*

Lex 5. scripta est ad Demagoram, qui ut nomine, ita re erat Demagoras, id est, patronus causarum, ut verba hujus rescripti demonstrant *ob causas tuo patrocinio defensas*, & species hæc est. A Advocatus quidam debuit Titio centum: solvit ei 50. & de reliquis 50. cum Titio pepigit ne peterentur, ut scilicet, ut lex ait, hanc sui patrocinii, quo Titii causas defendendas susceperat, veluti mercedem retineret: quæritur, an advocatus omnino liberatus sit? & ajunt Impp. cum esse liberatum partim jure civili, partim prætorio: liberatus est jure civili, pro parte, quam solvit, jure prætorio pro parte, de qua non petenda pepigit. Solutione jure civili liberamur, ergo ipso jure: pacto jure civili non liberamur, *§. præterea, Instit. de except.* nam integra est creditori actio, etiam si cum eo pepigerim ne peteretur: jure tamen prætorio per pactum liberamur, id est, per exceptionem pacti conventi, vel doli, vel in factum; nam hæ tres exce- B ptiones concurrunt semper: & ita in hac *l.* verbum *liberatus* bifariam accipitur, ut solutione liberatus sit ipso jure: pacto per exceptionem: cur non etiam pacto liberatur ipso jure? quia ut certi sunt modi constituendæ, ita & tollendæ obligationis, & vero certos etiam modos esse tam constituendæ, quam tollendæ obligationis necesse fuit: qua de causa, quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi, *l. obligationum, §. placet, D. de oblig. & action.* Et hi modi sunt solutio, delegatio, novatio, acceptilatio, contrarius actus: unde ita colligamus ut M. Tullius in orat. pro Cæcinna, si per has rationes liberari majores voluerunt, intelligemus alio modo noluisse nos liberari pacto, ipso jure scilicet, sed Prætor liberationem introduxit per modum, viamque exceptionis: & hoc est, quod dicitur, pacta jure non contineri, C sed facto: in pacto jus non contineri, sed factum: pacta facti esse, non juris, *l. si unus, §. pactus, D. de pact.* eadem ratione, qua dicitur in *l. inter, D. de adm. tut.* divisionem tutelæ non esse juris, sed jurisdictionis: divisio nominum est juris, quia fit jure inter heredes ex 12. tab. pro portionibus hereditariis, divisio tutelæ non est juris, sed per Prætorem fit: & ita pacta non sunt juris, id est, vim suam non exercent ipso jure, sive *αὐτομάτως* id est, sua sponte, sua vi, nullo intrinsecus adhibito adminiculo: denique pacta vim suam non exercent sponte sua per se, vel ipso jure, sed Prætoris auxilio, id est, facto, nimirum exceptione opposita & allegata postquam postulata fuerit: nam si mihi debeantur C. & pepigerim de non petenda pecunia; erit efficax actio in C. si debitor non petierit exceptionem pacti, vel si non D opposuerit: omnino enim exceptiones factum exigunt, *l. Papinianus, D. de Publ. in rem act.* cum non opponitur exceptio, qua tutus est reus, redditur actio efficax: ergo facto opus est, ut vis pacto supersit aliqua: nam ipso jure pacta vim suam neque exerunt, neque exercent: qua de causa necesse erit petita actione, vel data creditori in jure, debitorem postulare exceptionem adjungi actioni: nam is erat mos, ut actioni statim adjungeretur exceptio in jure, id est, apud Prætorem, non in judicio, *l. 7. de cond. instit. in ipsa actione*, inquit, *exceptione tuendus esset promissor*: quæ verba sunt notanda, quia actioni mox additur exceptio, quæ postulata est: & ut ait Cornificius 1. ad Herenn. in privata actione prætoriæ exceptiones sunt: & ita accipitur *lex contractu, D. de re jud.* dum dicit, ita dari actionem ju- E dicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est, id est, dari actionem judicati addita illa exceptione, quæ addebatur in jure, ut dixi, quia in jure dabatur actio, non in judicio: nam in judicio raro quæritur an sit actio, vel exceptio, cujusmodi quæstiones Rhetores vocant translationes, & docent recte hujusmodi quæstiones incidere plerumque in jure, ut idem Cornificius eodem loco, & M. Tullius 2. *de invent.* cum quæritur an sit actio, an is agat, quem oportet agere, an agat cum quo oportet, an quo tempore, quo loco, hæc omnia disceptantur in jure, id est, apud Prætorem: nam & ibi, inquit Tullius, postulantur exceptiones, & agendi potestas datur, & conceptio privatorum judiciorum constituitur. Itaque est

quodammodo duplex actio : nam apud Prætorem cui, *quo*, *quando*, & de loco omni disputatur, postulatur actio & exceptio : deinde coram judice dato eadem de re quæritur diligentius, de qua tamen quæsitum apud Prætorem fuerat : in jure, inquit, postulantur actiones, & quodammodo agendi potestas datur. Ergo actio vim suam exercet, creditæ pecuniæ scilicet, etsi cum debitore pactum esset de non petenda pecunia, nisi postulaverit in jure debitam exceptionem pacti conventi, quia pactum vim suam non exercet ipso jure, sed per Prætoris interventum, & dare Prætor pollicetur exceptionem : & ideo ait, in edicto se pacta justa servaturum, quæ contra leges, constitutiones, bonos mores non fiant, & alias exceptiones se servaturum : & *lex 3. D. comm. divid.* pacta, quæ inter se pepigerant coheredes sine dolo malo judicem servare debere : ergo pacta valent, quæ servantur per Prætorem, vel per judicem, non per se, ipso jure : ex eo liquet, in pactis jus non contineri, sed factum, id est, facta indigere Prætoris auxilio : est ergo hæc vis pacti, ut pariat exceptionem. Est alia vis pacti in hac *l.* ut pariat condictionem indebiti, quæ hic notatur his verbis, *cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset*, si is, qui tutus est exceptione pacti conventi per errorem facti solverit (nam error juris non dat condictionem indebiti, sed tantum facti) ergo si is, qui tutus est exceptione pacti conventi solverit, per errorem scilicet facti, habet condictionem indebiti, *l. qui exceptionem*, *§. ult. D. de cond. indeb.* Si libertus, qui debet operas officiales patrono, pactus sit ne peteret operas patronus, quicquid ab eo liberto solutum postea erit, condici poterit, *d. §. ult.* & hæc condictio indebiti argumento est sublatæ naturalis obligationis : nam si maneret naturalis obligatio, sicut civilis, non daretur condictio indebiti, *l. si non sortem*, *§. libertus*, *l. Iulianus*, & *l. si quis jurasset*, *D. de cond. indeb. l. ult. D. de jurejur.* Quod ergo dicimus dari condictionem indebiti ei, qui solvit pecuniam debitam per errorem facti, cum posset se defendere exceptione pacti, hoc præstat argumentum sublatæ naturalis obligationis per pactum : ex quo liquet, etiam quanta sit vis pacti : nec enim parit tantum exceptionem debitori, sed & si ignorans solverit, non opposita exceptione pacti, parit condictionem indebiti : ut inde ita concludamus, pacto civilem obligationem ipso jure non tolli, per exceptionem tolli, naturalem obligationem ipso jure tolli, nec mirum cum & ex pacto naturalis obligatio nascatur, cum & pariat naturalem obligationem, *l. in his*, *§. Imperator*, *D. de solut. & liber.* quæ dicit usuras debitas ex stipulatione deberi civiliter, ex pacto deberi naturaliter : ut finge : pactus sum de non petenda pecunia, deinde paciscor de petenda eadem pecunia, hoc pactum posterius restituit naturalem obligationem, quam sustulerat prius : ejusdem est tollere & parere obligationem : si ergo parit naturalem obligationem, & tollit, necessaria consequentia. Porro duplex est naturalis obligatio, una est nuda & sola sine auxilio juris civilis, quæ sola æquitate nititur naturali, non civilis juris præsidio : ut ecce si pupillus mutuam pecuniam acceperit, ex qua sit factus locupletior, non obligatur jure civili, solum naturali jure obligatur, cui obligationi accedere potest fidejussor, qui tamen obligabitur etiam civiliter per stipulationem : hæc ergo obligatio pupilli est naturalis nuda, & hanc nemo ambigit tolli pacto, *l. Stichum*, *§. naturalis*, *D. de solut.* quæ loquitur de obligatione hac naturali, qua tenetur pupillus : & ait lex obligationem hanc tolli numeratione pecuniæ, hoc est certum, tolli jurejurando, ut si juraverit pupillus dari non oportere : nam & jusjurandum expungit naturalem obligationem. Igitur naturalis obligatio tollitur non tantum solutione, sed & jurejurando, & justa pactione : pactione, quæ non sit contra bonos mores, contra leges, consuetudines, ex qua sit justa exceptio, ut nostri auctores loquuntur : si pactio est justa, erit & exceptio justa, *l. non videtur*, *de reg. jur. l. 1. D. quod vi*, *aut*

A *clam.* justa exceptio est, quæ nititur æquitate defensionis, justum pactum est, quod nititur æquitate conventionis probæ & legitimæ. Ergo naturalis obligatio pacto justo tollitur : nam inquit, vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur naturalis obligatio (ut inde definire quis possit naturalem obligationem vinculum æquitatis) sublatum est æquitate conventionis & vinculo æquitatis : æquitas æquitatem tollit & elidit, quod æquitate naturali continetur, æquitate naturali eliditur. Ideoque si pupillus fuerit liberatus his modis numeratione pecuniæ, pacto, vel jurejurando, liberabitur fidejussor & his casibus ipso jure : sed fidejussor ipse pupilli per has rationes non liberatur omnimodo, quia fidejussor pupilli obligatur civiliter : civilis autem obligatio non tollitur pacto, nec jurejurando:
B Igitur sic liberato pupillo liberabitur fidejussor, sed si fidejussor aget, non liberabitur : loquitur etiam ille *§. naturalis* de mera naturali obligatione, & palam docet, eam tolli pacto ipso jure, id est, *αὐτομάτως*. Est alia quædam naturalis obligatio, quæ mixta est & implicita civili obligationi : ut ecce obligatio ex empto est civilis, quod mihi concedent omnes : nam emptio est civile negotium : sic erit & civilis obligatio & naturalis, quia dicitur esse juris gentium, *l. juris gentium*, *D. de pact. §. jus autem gentium*, *Instit. de ju. natu.* jus autem gentium & naturale idem est, & naturalis æquitas & naturalis ratio. Est ergo obligatio ex empto tam civilis, quam naturalis, & hanc etiam tolli pactione, naturalem scilicet, quæ mixta est civili : arg. hoc probant : condictio indebiti, quæ datur ei, qui cum tu-
C tus esset exceptione solvit ignorans, non datur, nisi cum quis jure naturali liberatus est, & cum nactus est exceptionem congruentem cum jure naturali, cujusmodi sunt hæ exceptiones, pacti exceptio, jurisjurandi exceptio ex SC. Vellejano, exceptio non numeratæ pecuniæ : his exceptionibus, qui munitus est, liberatus est exceptione naturali, & si solverit per ignorantiam, condicet quod solverit, hoc est certum. Sed quædam sunt aliæ exceptiones, quæ non consentiunt cum jure naturali, imo abhorrent à jure naturali, ut exceptio SC. Macedoniani, veluti si filiusfam. mutuam pecuniam acceperit, tam filio, quam patri ejus datur exceptio ex SC. adversus creditorem, non tam ipsa naturali æquitate, quod sit æquum non teneri filiumfam. qui mutuam pecuniam accepit, nec enim
D hoc æquum, sed odio creditoris & pœnæ causa, quia, ut sæpe fit, filiofam. creditur incertis nominibus, id est, ita ut solvat morte patris, quod est ominosum, quæ spes dicitur incerta Livio 40. & ita, qui credit pecuniam, incerta spe, incerto nomine credit : & ideo is, qui nactus est exceptionem SC. Macedoniani, non liberatus est obligatione naturali, & si solverit etiam per errorem, non repetit, quod solvit, *l. qui exceptionem in pr. l. si pœnæ*, *D. de cond. ind. l. quia naturalis*, *D. ad Maced.* Eadem est ratio exceptionis rei judicatæ : nam judicato non expungitur naturalis obligatio, *l. Iulianus*, *l. judex*, *D. de cond. indeb.* & ideo si qui erat absolutus sententia judicis solverit, non condicet quod solverit, quia erat obligatus naturaliter : nec enim sententia judicis avocat naturalem obligationem : eadem est ratio
E exceptionis ejus, quæ datur marito, socio, parenti, patrono, patruo, aliisque personis, ne supra quam facere possint conveniantur, in hæc verba : *si non in solidum facere possum* : hæc exceptio non parit condictionem indebiti, quia & qui eam habet, non liberatus censetur naturali obligatione, *l. nam & maritus*, *D. de cond. indeb.* eadem ratio est exceptionis, quæ datur ex edicto, quod quisque juris in alium statuerit, adversus eum, qui iniquum jus impetravit, id est, non datur hæc exceptio, quod sit æquum liberari debitorem, sed quod sit æquum plecti creditorem, *l. 3. in fi. quod quis. ju.* Et hæ exceptiones, quæ ita dantur, quod sit æquum ulcisci creditorem, non expungunt naturalem obligationem; verum pacti exceptio hanc tollit, quia æquum est libe-

rari

rari eum ; qui pepigit ne ea teneretur cum voluerit creditor eum liberari : unde concludeodum est, pacto tolli naturalem obligationem. Sed qui secus arbitrantur argumentantur male ex *l.si unus*, *§.pactus*, *D. de pact.* satis inconsulte colligunt, pacto non tolli naturalem obligationem. Quidam pactus erat non petere, deinde pactus est, ut peteret: lex ait, prius pactum per posterius ipso jure non tolli : exinde colligunt, pacto naturalem obligationem ipso jure non tolli : ratio constituenda est hoc modo: prius pactum per posterius non tollitur ipso jure, prius pactum peperit obligationem oaturalem, ergo hæc naturalis obligatio per pactum non rolletur ipso jure : probanda assumptio : prius pactum per posterius non tollitur, quale fuit pactum de non petenda pecunia, de liberando ergo debitore quid? ao potuit liberare debitorem & parere obligationem naturalem? sic sane : quia liberat unum, alterum obligat ad liberandum: potest idem liberare uoum, & obligare alium; non aliud, sed ad id, quod pepigit: ergo qui pepigit ne petat, naturaliter obligatus est ne petat, ergo pactum de non petenda pecunia peperit naturalem obligationem. Igitur, quia prius pactum per posterius non tollitur ipso jure, naturalis obligatio, quam prius pactum peperit, pacto non tollitur ipso jure : sed circumscribimur, nisi subvenerimus : nam respondendum est, in eo *§.pactus*, non esse referenda ejus verba ad jus naturale, sed ad jus prætorium : nam in hoc tractatu inspicienda sunt tria jura, jus naturale, jus prætorium, jus civile : pacto non tollitur civilis obligatio ipso jure, pacto tollitur per exceptionem jure prætorio : jure naturali tollitur obligatio naturalia ipso jure, & in eo *§.pactus*, tractatur de jure prætorio, non de jure naturali : & hic est sensus. Prius pactum non tolli per posterius ipso jure, sed replicatione, facto opus esse : ne confundamus jus naturale cum jure prætorio, & ne accipiamus unquam promiscue : in eo §. JC. utitur verbis tollendi, elidendi, & exceptiones, seu replicationes dicuntur non tantum elidere, sed & perimere, excludere, infirmare, tollere: & sane elidere nihil aliud est, quam consumere, ut cum dicis *poplum* pro *populum*, elidis & consumis literam : & sic cum pacto pactum elidi dicis, pacto pactum absumi dicis, sed hoc fit facto, id est, adhibita replicatione, non ipso jure : ergo habemus ex *l.* 5. obligationem pacto tolli non ipso jure, sed per exceptionem : & ideo Demagoram pro ea parte pecuniæ, de qua non petenda pepigit, non esse liberatum jure civili, sed prætorio, id est, prius pactum per posterius elidi non jure ipso, sed facto. Sed hic tamen advertendum est huic definitioni opponi posse, liberationem ipso jure fieri per compensationem, *l. posteaquam*, *D. de compens.* Olim erat controversum, sed hodie est certum, compensationem fieri in omnibus judiciis ipso jure. Demagoras debebat pecuniam Titio, sed illi debebatur merces ob defensa Titii negotia : erar compensationi locus, quæ cum procedat ipso jure, videtur Demagoras liberatus ipso jure : possumus respondere, eaque ratio cuilibet occurrit, compensationem non fieri, nisi debitum sit liquidum, quod est certum & confessum, *l.si debeas*, *D.de compens. l.ult. inf.de compens.* merces, quæ debebatur patrono, non adeo erat liquida, aut confessa, sed nolo, quamquam possum sane hac ratione uri, sed utar illa quia cum pepigit Demagoras de non petenda pecunia, & adjicit rationem ob negotia, quæ meo patrocinio, defendi, hæc ratio demonstrat Demagoram omisisse jus compensationis, & elegisse conventionis : die crastina explicabimus *l.6.& 7.*

Ad L.VI. Pacta, quæ contra leges *Constitutionesque fiunt nullam vim habere indubitati juris est.PP.Kal. Aug. iisdem Cons.*

EXplicaturus sum *l.6.* in qua ita scriptum est. *Pacta, quæ, &c.* hæc dicitur vetus regula juris, *l.ult.* infra hic, & sumitur ex edicto Prætoris, *l.juris gentium*, *§.ait* A *Prætor*, *D.de pact. l.pen. infrà hic*: pacta ergo, quæ contra leges, consuetudines, vel bonos mores fiunt, oullam vim habent, id est, neque jure civili, neque prætorio, neque natorali jure : ergo nec actionem, vel obligationem nllam pariunt, nec exceptionem, nullam vim habent, quam sumunt vel ex naturali, vel civili, vel Prætorio : ex civili actiones, ex jure prætorio exceptiones, sed nihil ex his suppeditatur his, qui contra leges, vel bonos morea pacti sunt : de jure civili est certum, cum nec stipulatio contra leges, aut bonos mores interposita ullam vim habeat, *l.jurisgentium*, *§.si paciscar*, *D.de pact.* & pacta etiam justa actionem jure civili non pariunt, obligationem jure naturali pariunt, & prætorio exceptionem. Justa pacta dicimus, quæ non abhorrent à jure naturali, *l.Stichum*, *§.naturalis*, *D.de solut. l.epistola*, *§.1. l.tale*, *§.1. D. de* B *pact.* Quidam justa pacta adversa faciunt nudis, ac si quæ justa sunt non sint nuda, quod falsum est : omnia enim pacta, tam justa, quam injusta, nuda sunt, & pactia nodis opposuimus contractus, quasi contrarios : utrumque enim est conventio, hæc obligatoria, illa non obligatoria : at cum nuditate pacti simul esse justum potest : denique pacta alia sunt justa, alia injusta. Justa lex non tuetur, Prætor tuetur, & natura probat : injusta pacta nec lex, nec natura, nec Prætor, nec judex tuetur : & quod dicitur sæpe, Prætorem pacta servare, custodire, sequi, id de justis tantum dicitur, *d.l.jurisgentium*, *§.Prætor ait*, *l.epistola*, *§.pen. & l.tale*, *§. 1. D. de pact. l.3. D. comm. divid.* injusta, aut turpia, ne apud Prætorem quidem, vel judicem ullam vim habent : rursus alia sunt pacta legitima, alia non legitima, & omnia nuda : quia C nullum esse potest pactum, quod non sit nudum, qualitatem nudi à pacto separari non posse, aut nunquam separari: unde pacta nuda alia facimus justa, alia non justa illa non tueri Prætorem, hæc tueri : rursus facimus alia legitima, alia non legitima, nec idem justum & legitimum : justum pactum est, quod congruit cum æquitate naturali, ut si accepto pignore creditor paciscatur cum debitore, ur quæ tributa solverit prædii pignerati nomine, ea à debitore repetat, justum est pactum, quia congruit æquitati, *d.l.epist. §.pen.* justum ergo est, quod æquitati conveniens est & accommodatum : legitimum est de qoo lex scripsit, aur lex scripta nominatim confirmat, ut pactum de injuriis, quod confirmatur *lege* 12. *tab.* & ideo perimit actionem ipso jure, *l.si tibi*, *§.1. D. de pact. l. legitima*, *D. de pact.* Legitimi pacti D hæc est vis, ut vel pariat ipso jure, vel perimar actionem, cum tamen justi pacti hæc non sit vis. Si quis ergo paciscatur de injuriis, id est, si condonet injurias, pactum hoc legitimum est : & ideo actionem injoriarum ipso jure perimit sine auxilio exceptionis, sine tuitione Prætoris : nam ita erat scriptum in veteri jure : *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* : si membrum ruperit, actio injuriarum esto, ni cum eo pepigerit, quibus verbis significat lex, oolle agi injuriarum, si pacto perdonata, ut ait Quintil. fuisset iojuria : nam si donare est rectum, cur non & perdonare, & condonare? Quintilianus avus non nepos : & sic etiam pactum de furto legitimum est, nimirum ex eadem lege 12. *tab. l.jurisgentium*, *§. si paciscar*, *D. de pact.* de furtis pacisci lex non vetat, id est, lex 12.tab. nam cum legem dicimus, legem 12. tab. E intelligimus: & sic existimo hæc verba, quæ occurrnnt, *pro fure damnum decidere*, quæ significant pacisci de furto, & redolent antiquam dicendi rationem : ea, inquam, verba existimo esse ex lege 12. tab. quæ de furto pacisci permittit : & uti liberi homines manifesto furto prehensi addicantur his, quibus furtum factum esset, & videtur fuisse adjecta exceptio, nisi quis pro fure damnum decidisset : nam pactione volebat lex 12. tab. perimi furti actionem : & ita *l.si ex causa*, *§ sed si cum*, *D.de minor. l.inter omnes*, *§.hæc actio*, *D. de furt. & l. si pro fure*, *D.de cond. furt.* quæ est ex libris Ulpiani, ad Sabinum : & quod proponitur initio est ex Sabino, *si pro fure damnum decisum sit condictionem non impediri*, *verissimum est*, ea verba sunt Sabini : sequuntur verba Ulpiani : *de-*

cisione enim furti quidem actio, non autem codictio tollitur, A id est, pacto tollitur furti actio ipso jure, non condictio furtiva: quod sequitur, *furti actio pœnam petit legitimam, condictio rem ipsam*, est ex Sabino, ad quod subjicit Ulpianus: *ea res efficit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur*. Ergo quod scriptum est in libris nostris, *pro fure decidere*, est ex 12. tab. quæ de furto pacisci permittebant, & palam perimi actionem furti volebant decisione damni pro fure, id est, ipso jure tolli actionem furti, integra manente condictione furti. Intelligimus quid sit justum pactum, quid legitimum pactum: quodcunque pactum, etiam si non sit legitimum, modo cum æquitate naturali congruat, justum esse. Legitimum dico quod lex scripta nominatim confirmat, & ita Hermogenes, Aphtonius, & cæteri rhetores differentiam faciunt inter justum & legitimum. B Legitimum esse dicunt, ut liberatores patriæ præmio afficiantur, & proditores pœna: quia lex ita scripta est, justum esse dicunt, ut quæ parasset proditor adversus patriam, ea patiatur ipse: & ita Græci differentiam faciunt inter νόμιμον seu νομον & δίκαιον, νόμιμον est legitimum, δίκαιον æquum: & ita oportet interpretari δίκαιον, numquam dicitur de lege scripta, sed de æquitate: & sic etiam Apulejus 2. Apolog. differentiam facit inter legitimum & justum heredem: nam lege fit ut ab intestato nobis legitimus heres sit is, quem forte propter ingratitudinem justum erat non esse: *sciebat*, inquit, *intestati pueri legitimum magis, quam justum heredem se futurum*. Prætor tuetur pacta tam legitima, quam non legitima, si modo justa sunt; injusta Prætor non tuetur, id est, quæ abhorrent a jure & æquitate, ut scilicet quæ pacta C fiunt, inquit hic, contra leges, consuetudines, vel contra bonos mores. Boni mores alii sunt naturales, alii civiles, id est, civitatis unius, populi unius, *l. item apud*, *§. idem ait*, *D. de injur.* naturales omnium gentium, & proprie mores cum dicimus, jus gentium, jus naturale, pudorem, honestatem, intelligimus, *l. libertinus*, *& l. sororis D. de ri. nupt.* dum ait, libertinum libertinam matrem aut sororem ducere uxorem non posse, quia hoc jus moribus, non legibus introductum sit: & *l. sororis*, dum ait, incestum committi si quis uxorem ducat ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere: incestum dicitur committere, & jure gentium, quod & jus naturale dicitur, *l. adoptivus*, *§. 1. D. de ri. nup.* jure gentium est cognatio inter servos, & libertinos, licet jure civili non sit. Ergo libertinam matrem D prohibetur jure gentium ducere, quo jure reguntur nuptiæ: hoc jus quod est de nuptiis, moribus introductum est, non legibus: moribus scilicet omnium gentium: & specialiter pacta, quæ fiunt contra leges, constitutiones, aut bonos mores, fiunt tribus aut quatuor modis. Uno si turpem aut injustam causam continent, ut si quis pacicatur ne furti secum agatur: si furtum fecerit, hoc est, ut impune sibi furari liceat, quod est contra bonos mores naturales, si quis paciscatur cum Titio, ne agatur cum eo de furto, quod est contra bonos mores naturales, *l. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact.* nam furtum probrum est, quia jure naturali definita sunt dominia rerum: quam distinctionem evertit qui furtum facit. Item si maritus paciscatur accipiendo dotem, ut non, id quod facere potest in condemnetur, sed E in solidum (credo vos scire hoc datum esse beneficium marito ne conveniatur ultra quam facere potest dotis nomine) an, inquam, ratum erit pactum si contra paciscatur maritus ut condemnetur in solidum, non pro viribus patrimonii? & est proditum in *l. alia*, *§. eleganter*, *D. sol. matrim.* pactum non esse servandum: quia est contra bonos mores civiles, id est contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est, quod est notandum: nam ex eo loco vere probare quis potest, maritum non posse in jus vocari sine venia Prætoris: quia generaliter statuendum est, eas personas, quibus reverentia debetur, non posse in jus vocari sine venia Prætoris, *l. generaliter*, *D. de in jus voc.* Et quia qui

A vocabatur, aut sequebatur, aut trahebatur invitus, satis erat incivile: maritum invitum duci à muliere, in jus trahi, rapi: nam, qui vocabatur in jus, vel reipsa vocantem sequebatur, aut trahebatur in jus, si copiam sui faciebat in publico, vel si latitabat, mittebatur adversarius in ejus bona, *l. satisque*, *D. de in jus voc.* nec enim erat locus tribus edictis ante litem contestatam eo latitante, quem vocaverat in jus, sed erant ea edicta proposita post litem contestatam. Sicut *d. l. alia*, *§. eleganter*, ait, nullum esse pactum si paciscatur maritus ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, quod pactum sit contra bonos mores civiles: ita pactum nullum est si inter se coheredes paciscantur ne teneantur pro hereditariis portionibus, quod est contra leges 12. tab. quibus inter B heredes dividuntur bona pro hereditariis portionibus. Igitur nulla est vis pacti, quia singuli tenentur creditoribus hereditariis, *l. licet*, *inf. famil. ercis.* Item si pater paciscantur, ut vicino liceat per fundum filiifam. castrensem ire agere, quod est contra constitutiones, quæ in rebus castrensibus patriam potestatem observari noluerunt, *l. ex castrensi*, *§. 1. D. de cast. pec.* Ergo hoc pactum servandum non est. Reddidi singulis, quæ ponuntur in hac l. exempla ejus pacti, quod est contra leges, veluti si paciscantur heredes, ut unus fulcat onera hereditaria: posui exemplum contra constitutiones de castrensi peculio, & contra bonos mores tam civiles, quam naturales. Sed alio modo pacta dicuntur esse contra leges, vel constitutiones, vel bonos mores, quia etsi justam causam contineant, tamen non fiunt civili more, & legi- C timo modo: contra leges dicuntur fieri pacta non tantum ea, quæ continent injustam causam, aut turpem, aut superiora, sed etiam ea, quæ continent justam causam, & injustam, si non fiant more civili, & legitimo: ut si pupillus paciscatur de non petenda pecunia sine tutoris auctoritate: causa pacti justa est, si justa causa fuerit remittendi debiti: sed mos paciscendi est contra leges, quia leges nolunt impuberem pacisci sine tutoris auctoritate, *l. contra*, *D. de pact.* Item si pacta facta sunt vi aut metu, etsi causam justam contineant, tamen, quia mos est hic incivilis, ideo pacta hæc observanda non sunt: & hoc, vel illo sensu potes dicere nullam vim habere pacta, quæ fiunt contra leges, consuetudines, & bonos mores, ut quæ fiunt vi adhibita, aut dolo, quod edicto erat expressum, pacta conventa, D quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, S. C. &c. quæ neque dolo malo, & adhibita vi, ut M. Tullius testatur, & in *C. Gregor.* id habetur: *Pacta, quæ non ob vim contra leges constitutionesque sunt*, vi nempe adhibita: hæc nullius sunt momenti, etiam si justam causam contineant: & ob id tam in edicto Prætoris, quam in hac *l.* non male supplet Accurs. nulla esse pacta, quæ fiant contra partes juris, vel contra plebiscita, S. C. ut puta si heres paciscatur cum aliis, quam cum legatariis ne Falcidia utatur vivo volenteque testatore, *l. quod de bonis*, *§. 1. D. ad leg. Fal.* pactus est heres vivo, & volente testatore cum alio, qui non erat legatarius ne Falcidia uteretur: prima ratione hoc pactum est nullius momenti: is enim, qui non est legatarius paciscitur cum herede, ne legatariis detrahat Falcidiam: sed tamen, quia subjicit pœ- E nam, stipulatio videtur valere: quia stipulamur recte alteri sub pœna; quoniam exitus stipulationis ad nos spectat: Ex ita etiam in hac specie, qui non erat legatarius stipulabatur ab herede ne Falcidia uteretur, & si uteretur, pœnæ nomine tot daret: & respondetur in ea *l.* inutilem esse stipulationem pœnæ; alteri igitur non stipulamur recte sub pœna, quod est contra communem definitionem juris: verum id omne ita explicandum est: quoties alteri stipulamur contra jus publicum, vel quoties stipulatio, quæ fit alteri, est contraria juri publico, ut hæc, quæ est contra legem Falcidiam, nec pœnalis stipulatio valet: sed quoties stipulamur alteri, quod non sit contra jus publicum, cui & subjicitur stipulatio pœnalis, valet: at ille, qui stipulatur ne Falcidia uteretur, oppugnat plebiscita, & id agebat

bat præmature nimis, vivente testatore: vitium est in prima stipulatione, ergo id permanere debet ad eam stipulationem, quæ sequitur: denique si sit vitium in stipulatione quæ fit alteri, & vitium erit in stipulatione pœnali, & contra. Contra etiam SC. & edicta non servantur pacta à Prætore, *l. 1. §. si inter, D. de mag. conven.* Magistratus municipales, qui dederunt tutores, vel qui cavere pupillo non curaverunt, singuli tenentur in solidum actione in factum si tutores non sint solvendo, quæ actio est introducta SC. facto temporibus Trajani; nunc finge, Magistratus, à quibus sunt tutores dati, pacti sunt inter se ut unius periculo tutores darentur, id est, ut unus teneretur tantum actione illa subsidiaria: hæc pactio est contra SC. ideo vim nullam habet. In Pand. Flor. *d. l. juris gentium, §. Prætor*, non enumerantur omnes partes juris, omittuntur edicta Prætorum, & forsitan rectius legitur in aliis libris, *edicta, & sequitur, decreta principum*, & ita numerantur omnes partes juris in specie *l. Neratius, D. de religios.* Actio funeraria est ex edicto Prætoris, quæ est privilegiaria, & ax eodem edicto maritus, qui ex dote aliquid lucratur, debet suis sumptibus funerare uxorem. Nunc finge: quidam dedit dotem marito ea lege ut maritus post mortem uxoris lucraretur tertiam partem dotis, duas redderet: & ita aliquid retineret: & adiecit pactum, ne maritus uxorem funeraret suis sumptibus, id est, ne ageretur funeraria adversus maritum, deinde mortua uxore, alius funeravit: an contra maritum agere possit funeraria actione? sic sane, nam ea pactio non est servanda, cum sit contra edictum Prætoris, *l. Neratius, D. de relig.* pactio inter duos facta leges in universum abolere non potest, privatorum pactiones legum auctoritate non censentur, *l. ult. D. de su. & legit. her.* ergo leges abolere non possunt, leges legibus publicis abolentur, non privatis tolluntur: tollitur eodem edicto Prætoris fraus: nam ait, *neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*: quo genere videtur obligationem fieri contra legem, ut hic sit quodammodo tertius modus paciscendi contra legem; in fraudem is facit, qui facit quod lex non prohibuit palam, sed quod fieri intellexit etiam si non dixerit: palam contra legem facit, qui offendit scriptum legis: in fraudem, qui offendit sententiam legis: ergo qui in fraudem facit, contra legem facit. Ergo & hic est tertius modus paciscendi contra leges: sumatur exemplum ex lege Cincia, ad quam scripta est *l. contra, D. de legib.* lex Cincia erat de donationibus, & ideo dicta est lex muneralis, id est, modum imponebat donationibus: dicit lex Cincia, ne liceat donare ultra certum modum: qui donat ultra 500. aur. facit contra scriptum legis: at qui non donat, sed vendit contra eum modum titulo donationis suppresso, ut si vendat supra eum modum nummo uno, hic non facit contra scriptum, quia non donat, sed contra sententiam legis Cinciæ: quia lex Cincia id fieri vetuit. Ergo etiam hic erit tertius modus paciscendi contra leges, si id fiat oblique, non palam, contra legis, verba: & est hic ultimus modus paciscendi contra leges, videlicet, si quis paciscatur contra beneficium sibi lege concessum: & hujus generis pacta observantur, cætera non observantur, quæ retuli: sed si quis beneficium sibi lege datum pactione omittat, rata est pactio, quanquam & is dicatur facere contra legem, *l. pacisci, D. de pact.* paciscitur contra edictum ædilium, qui beneficium edicto concessum remittit, id est, qui paciscitur ne redhibitoria agat: ut si in emendo mancipio paciscatur ut si sit morbosum ne redhibeat, rata est pactio, quia quid aliud hic agit, quam quod remittit beneficium sibi edicto concessum? nec exceptio hæc tantum pertinet ad edictum ædilium, cum idem dici possit de edicto Prætoris, vel legis, ut si paciscatur quis ne depositi vel judicati agat, *l. juris gentium, §. si paciscar, & l. ult. inf. ad leg. Fal. l. ult. §. ult. inf. de temp. app.* & ita generaliter, licet pacta in universum non possunt tollere jus publicum, tamen inter paciscentes rata sunt, ut si coheredes inter se paciscantur ut non pro hereditariis portionibus singuli teneantur, sed ut unus subeat in solidum omnia onera hereditaria: hæc pactio rata est inter contrahentes, licet non observanda sit à cæteris, qui idem pacti non sunt: & ita in specie *l. Neratius*, licet pactum, ne maritus funeraria teneatur in universum non valeat, inter paciscentes tamen valet: atque ita sunt distinguendæ hæ tres regulæ, quæ videntur inter se conflictari. Pacta contra leges, & constitutiones non valent: jus publicum pactis privatorum non potest mutari: unicuique licet renuntiare juri suo.

RECITATIO ALTERA.

Ad L. VI.

HEri docui, pacta justa ab injustis differre: justa pacta propter naturalem æquitatem Prætorem tueri, injustorum nullam esse vim, & rursus quomodo etiam essent pacta justa à legitimis separanda exposui, & quam varie pacta dicantur esse contra leges, constitutiones, edicta, SC. plebiscita, bonos mores, qui sunt alii naturales, alii civiles: deinde contra leges nullam vim habere pacta, nisi quæ justam, & honestam causam contineant, vel quæ civili more fiant, ut puta si cum pupillo sine tutoris auctoritate fiant: & hæc omnia nullius esse momenti: sed alio modo contra leges, & edicta esse videri etiam ea pacta, quibus paciscimur contra beneficium nobis lege, aut edicto concessum, hæc vero pacta utilia esse & judicem observare: proinde ab regula, pacta contra leges non valere, cui congruit illa, jus publicum privatorum pactionibus non immutari, excipiendam esse hanc regulam, unumquenque juri suo renunciare posse. Nam etsi contra leges dicatur facere qui contra leges paciscitur, ut qui paciscitur ne depositi agat, tamen hunc non contineri priori regula, quæ pacta contra leges fieri vetat, eos tantum contineri qui rem injustam vel inhonestam in pactum deducunt, vel qui incivili more paciscuntur: & ita male opponitur *l. pacisci, D. de pact.* nam hæc *l. 6.* loquitur de his, quæ sunt contra leges, id est, quæ non fiunt civili receptoque more, vel continent injustam aut inhonestam causam, *l. pacisci* loquitur de his, quibus remittimus actiones nostras, vel beneficiis concessis lege: aut edicto renunciamus pacisci licet contra edictum curulium, id est, contra beneficium, quod nobis largitur edictum curulium, hæc multis exemplis illustrata sunt, sed non tam multis quin supersint plura, quæ nos remittimus ad *l. pen. & ult. hujus tit.*

Nunc videamus quædam, quæ ad hæc annotavit Accurs. de vi pacti: nam quia lex ait, pacta injusta vel turpia nullam vim habere, ut intelligeretur, his verbis quibus viribus pacta injusta destituerentur, ideo existimavit Accurs. explicandas esse vires pacti, quas complectitur verbis quatuor, parere, perimere, informare, & elidere: nec tot verbis opus fuit: nam elidere abundat: cum ut dixi superioribus lectionibus idem sit elidere, & perimere, & nostri auctores promiscue his verbis utantur, perimere exceptionem, elidere actionem, & perimere actionem, elidere exceptionem, *l. quecunque, D. de compens.* nec tamen etiam tot sunt verba quot desiderarem, unde alia mox supplebimus. At quid est parere? Parere est parere exceptionem, & obligationem naturalem, hæ sunt vires pacti justi, itemque nonnunquam parere obligationem, & actionem civilem, si pactum sit legitimum: & hodie ex placito donationis est actio ex constitutione Justiniani: perimere autem dicitur dupliciter, per exceptionem, vel ipso jure: vulgo pacta justa actionem perimunt per exceptionem: sed & quædam actionem perimunt ipso jure, videlicet si & justa fuerint, & legitima, ut si quis paciscatur de injuria, vel furto, quæ pacta ipso jure lege 12. tab. perimunt actionem injuriarum, & furti, & hæc verba, *pro fure damnum decidere*, sunt verba 12. *tab.* Id quanto magis magisque cogito, verissimum esse animadverto, & maxime

me

me notandum tenseo: nam ut in eo capite legis 12. tab. quod est de judicatis addiciendis, id est, de condemnatis addiciendis eis, quibus qui condemnati sunt, nisi judicatum faciant, additur exceptio: *nisi quis endo eo in jure vindex sit*, id est, nisi quis existat condemnati vindex, defensor, fidejussor. Ita in eo capite de furibus addicendis ei, cui furtum factum esset, ut est apud Gellium lib. 20. verum esse videtur, *ni quis pro fure damnum deciderit*, præter quam ea verba redolent antiquum sermonem, ut probat illud caput 12. tab. *duplione damnum decidito*, & pro fure damnum decidere, cum posset dici apertius de furto pacisci, & non alio loco usurpatur, quam in titulo de furtis: quod satis idem argumentum præbet esse verum, ea verba esse ex lege ea, quæ introduxit actionem furti, eaque est lex 12. tab. proinde hæc est sententia legis 12. tab. ut liber homo, qui furtum fecisset, & manifesto prehensus fuisset: nam nec manifesti pœna in duplum erat introducta, ei addiceretur, cui furtum fecisset: nisi quis pro fure damnum decidisset: quibus verbis significatur, decisione, pactione, perimi actionem furti ipso jure. Ergo inter vires pactorum hæc etiam est vis, & necessitas pacti una, ut perimat actionem modo per exceptionem, modo ipso jure. Male Accurs. ad verbum *parere*, notat pacta vestita actionem parere: nullum enim est pactum vestitum, omnia sunt nuda: nudum est inseparabilis qualitas pacti: & vestitum appellat ex *l. legem, inf. hic*, quod additur contractui: ut cum dono tibi hac lege, ut mihi insulam ædifices: hæc lex, hoc pactum vestitum est Accursio, & cooperitur contractu ipso scilicet, aut velamento contractus: denique vestitum pactum Accurs. est, quod cohæret contractui: hoc vero pactum non parit actionem: ergo falsum est pactum vestitum parere actionem: non parit actionem, sed format ipsam actionem, ut non abs re ait *l. juris gentium, §. quinimo, D. de pact.* significat enim aperte actionem, quæ nascitur ex eo contractu: cui pactum adjicitur, pacta ergo actionem non pariunt, sed formant ipsam actionem: male etiam Accurs. hic, pacta parere actionem demonstrat adductis in exemplum acceptilationibus, & stipulationibus factis novandi causa. Quis non videt statim hoc falsissimum esse: nam contractus sunt non pactiones, & separantur stipulationes, quæ fiunt novandi causa à pactis, quod in his factum, in illis jus contineatur, *l. si unus, §. pactus, D. de pact.* Male utitur Accurs. tertio verbo *informare*: nam pactum, quod cohæret contractui nusquam dicitur informare: quæ esset ratio hujus vocabuli; sed dicitur formare tam actionem ex contractu cui adjicitur, quam contractum ipsum: formare ergo actionem ex contractu, est formam, & legem ei dare, & quodammodo judicii ejus, quod est ex eo contractu conceptionem conficere, & præparare: modo dicitur pactum, quod incontinenti adjicitur actionem præparare, modo formare, *l. 3. inf. de action. emp. & d. §. quinimo*, & *l. cum dotem, inf. de jur. dot.* Et quod plus est, pactum mutat etiam & reformat, sive renovat contractum in *§. adeo, l. juris gentium*, novum pactum novum quodammodo contractum efficit, *l. pacta, D. de cont. empt. l. si tibi decem, §. quædam actiones, D. de pact. & l. 3. sup. hic.* illo loco, *novo pacto*: ut si convenerit ut satisdet venditor evictionis nomine, vel ne teneatur duplæ nomine, vel ut pro parte discedat ab emptione. Igitur cum dixisset Accurs. parere, perimere, & formare, nos possumus addere quartum, reformare, & quasi renovare. Male etiam Accurs. pactum ex continenti factum, & contractui additum scribit, ita formare actionem ex contractu ipso, quod potius est transformare ut Accurs. explicat, ut scilicet, quæ fuerit actio bonæ fidei, puta ex vendito, fiat stricta propter pactum: ut puta vendidi rem aliquam tibi, emisti tu eo pacto ut tibi satisdarem de evictione, & cum ages ex empto, non ages ex fide bona, inquit Accurs. sed stricto jure: denique vult Accur. pactum ita formare actionem, ut actio, quæ fuit natura bonæ fidei, fiat stricta propter pactum: quia in re merito reprehenditur à Bartolo, argumento ducto à fructibus, qui non veniunt in actionem strictam, *l. videamus, §. si actionem, D. de usur.* veniunt tamen in actionem empti venditi, etiam si agatur ex lege venditionis, id est, ex pacto in continenti facto, *l. 2. inf. de pact. int. emp. & vend.* pactum ergo non reddidit actionem empti venditi strictam, nec in eo persequendo quod pacto continetur ages stricto jure. Denique probari potest hoc argumento, pactum partem esse contractus, absurdumque esse, ut pars quæ potius totum sequi debeat, totum ad se trahat, imbuatque jure suo totum, non totius jure ipsa imbuatur, proinde multo æquius est, ut si agas ex vendito ejus rei nomine, quæ pacto continetur, perinde agas ex fide bona, ac si principaliter in id ageres, quod in contractum venit. Igitur merito Accu. reprehensus est à Bartolo.

Ad L. VII. Debitori tuo si heres *extitisti, actio, quam contra eum habuisti, adita hereditate confusa est. Sed si eam hereditatem, postquam in judicio obtinuisti, ei tradidisti, quem sententia superaveras, ea conditione pactoque, ut tam cæteris creditoribus, quam tibi in eo, quod tibi deberetur, si eam hereditatem non adisses, satisfaceret: pacti conventionisque fides servanda est: quæ si non servatur, ex stipulatu, si modo pacto subjecta est, dabitur actio, vel præscriptis verbis, si stipulatio non intervenit. PP. III. Kalend. Aug. Antonino A. 4. & Balbino Coss.*

Legis 7. explicatio perfacilis est. Species est de confusione obligationis seu actionis. Id primum neminem ignorare arbitror, confundi actionem aditione hereditatis, videlicet si creditor debitori succedat, sicut confunditur usufructus si ad proprietatem revertatur, si proprietati accedat: confunditur ita usufructus: quia nemini res sua servire potest, confunditur & ita actio: quia nemo sibi ipsi obligatus esse potest: confusione sese perimunt debitor creditorque, sed & præter confusionem personarum, & jurium, subest etiam solutionis vis, & potestas quædam, quia is, qui successit debitori, videtur sibi ipsi solvere, quod debuit defunctus, & ita dicitur solutione perimi obligatio, quæ dicitur perimi confusione: ergo non tam videtur sublata obligatio confusione, personarum debitoris, & creditoris, quam quod videtur creditor adeundo hereditatem sibi solvere, quod debuit: qua de causa etiamsi non sit, quod confundas, ut si nulla sit actio, quod accidit cum inanis obligatio est: tamen adeundo hereditatem pro solutione cedit, *l. Stichum, §. aditio, D. de solut.* Igitur, vel ratione confusionis personarum, vel solutionis effectu, & potestate extinguitur actio, si creditor debitoris hereditatem adeat, extinguitur inquam obligatio, & actio, non cætera, quæ habet creditor jure suo: nam in ponenda ratione legis Falcidiæ heres idemque creditor, qui debitoris adiit hereditatem, prius deducit, quod sibi defunctus debuit, & ex reliquis bonis deducit Falcidiam: sicut è contrario si debitor adierit hereditatem creditoris, contribuet, quod debuit defuncto, & detrahet Falcidiam, *l. 1. §. si debitor, D. ad leg. Falc.* In ponenda ratione legis Falcidiæ alia deducuntur bonis, alia contribuuntur priusquam deducatur Falcidia: & sunt omnes hæ deductiones ex lege Falcidia: nam neque erat unum tantum caput legis Falcidiæ, ut detraheret heres quadrantem, sed erat permissum, ut ante omnia deduceret res eas, quas defunctus debuisset heredi: ut quis possit affirmare, in testamentis militum locum habere legem Falcidiam, quod est ἄδοξον, cum in testamentis militum non habeat locum deductio quartæ: sed quia habet locum deductio æris alieni, quæ introducta est lege Falcidia, ideo vere posses dicere in testamentis militum locum habere Falcidiam. Ergo, sicut disserui, quanquam aditione hereditatis sublata sit actio, & obligatio, tamen non est sublata deductio, quia in po-

nenda

nenda ratione legis Falcidiæ heres deducit quod sibi A defunctus debuit : ergo si non tollitur deductio, non etiam contributio debiti : quin etiam obligatio naturalis omnino non tollitur : nam pignus manet, quod non fieret si tolleretur naturalis obligatio, *l.debitor*, *D. ad Trebell.* cujus rei differentia, aut differentiæ ratio satis in obscuro est. Igitur hoc argumento dico, obligationem naturalem manere quod pignus maneat : nam ita est proditum aperte in *l.debitor*, *D.ad Trebell.* quo argumento vere defendi potest, aditionem hereditatis, sive confusionem non per omnia haberi pro solutione : Solutione enim tollitur naturalis obligatio, *l.Stichum*, *§.naturalis*, *D. de solut.* item quia si fidejussor stipulatori heres extiterit, reus non liberatur, fidejussor liberatur, *l.heres*, *§.ult. D.de fidejussor.* qui tamen liberaretur, si videretur fidejussor solvisse. Ergo ea confusio, quæ fit in B personam, non omnino pro solutione cedit, *dict. l.heres*, *§.ult. D. de fidejussor.* Item ex constitutione Justiniani hodie si creditor debitori heres extiterit, facto inventario bonorum omnium, hoc solo quod fecit repertorium omnium bonorum heres non tenetur creditoribus hereditariis supra vires hereditarias, & in ponenda ratione legis Falcidiæ legatariis imponit æs alienum, etiam id, quod sibi defunctus debuit, & non interveniente lege Falcidia, creditoribus hereditariis in venditione bonorum reputat suum debitum, vel ante, vel post aditionem hereditatis, *l.ult. §. in computatione*, *inf. de jur. delib.* quo jure omnino utimur : si heres idemque creditor non fecerit inventarium in venditione bonorum, non reputat suum debitum cæteris creditoribus, si fecit inventarium, reputat suum debitum, & C deducit ex bonis : quod præstat beneficium separationis, ut separemus quod servo defunctus debuit, *l.1. §.ult. D.de separ.* & ita aperte scribitur in hac *l.7.* Species hæc est. Creditor adivit hereditatem debitoris sui : eam hereditatem possidebat pro herede, ea bona possidebat pro herede : qua de causa quidam adversus eum egit petitione hereditatis : lis data est secundum possessorem, vicit creditor, idemque heres : deinde victo eam hereditatem tradidit : non dicit qua ex causa tradiderit : finge ex causa donationis, permutationis, ut sit creditor, idemque heres post aditam hereditatem conventus petitione hereditatis, vicit actorem, deinde vendidit, forte & tradidit hoc pacto, ut satisfaceret creditoribus hereditariis, & sibi quod defunctus debebat, quod pactum est vulgare : nam si non fuisset D appositum, ita res se haberet, quia qui vendidit hereditatem, etsi non paciscatur, tamen hoc videtur intelligi, ut omnia onera subeat emptor hereditatis ; etiam quod venditori defunctus debuit, *l.2. §. penult. D. de hered. vend. l. hereditatem*, *D.de donat.* erat ergo pactum vulgare, quia si fuisset omissum, ipso jure res ita processisset : pacto huic subjecta est stipulatio, aget ex stipulatu, ut emptor hereditatis satisfaciat, ut solvat & sibi, & cæteris creditoribus, quod defunctus debuit : omissa stipulatione, qua actione aget ? hoc non explicatur in ea lege : nam in aliis libris hæc omnia verba desunt : *ex stipulatu, si modo pacto subjecta est, dabitur actio, vel præscriptis verbis, si stipulatio non intervenit* : & suppleta videntur fuisse ab Azone, vel irrepsisse in contextum. Ergo similiter competit actio ex vendito, ut E pacto stetur, si vendiderit hereditatem eo pacto, ut emptor hereditatis satisfaceret sibi, & cæteris creditoribus hereditariis : sed si non vendiderit, sed dederit, aut permutaverit, ex eo pacto dabitur actio præscriptis verbis, *l. rebus*, *D. de rer. perm. l. hereditatem*, *D. de donation. l.ult. inf. de re. permut. & pr. act.* pactum ergo justum est : nam est vulgare, & tacite pactus videtur quicunque tradit hereditatem venditori, ut fides impleatur, ut agat ex stipulatu, vel ex vendito, cum venditor adiit, vel præscriptis verbis : nec dicendum est hanc pactionem improbandam esse, quod is, qui tradidit hereditatem, pactus sit alteri, puta creditoribus hereditariis, Sed hæc pactio etiam si

A fiat alteri, non ideo est improbanda : paciscor alteri inutiliter, cum nihil mea interest dari alteri : sed hic mea interest, ut satisfiat creditoribus hereditariis, quia heres sum, & maneo post venditionem hereditatis, & me convenient creditores hereditatis, non emptorem : ergo mea interest liberari me à solutione. Et ita recte paciscor, & consulo non mihi tantum, sed & cæteris creditoribus hereditariis, quibus invitus respondere cogor : Non est dicendum, esse actionem judicati, ut impleatur pactum : nam quæ post judicatum in pactum venerunt quid ad judicatum spectant ? qui adierat hereditatem vicit cum conveniretur petitione hereditatis, id est, pronuntiatum est, eum heredem esse : judicato satisfactum est, satisfactione extinguitur actio judicati : ergo amplius esse illo nomine non potest, & superesse judicati actio. Et B postremo non est actio ex pristino contractu, puta creditæ pecuniæ, cum in hac specie creditor successit debitori. Cui competebat actio creditæ pecuniæ ; vendidit hereditatem, & tradidit, ea lege, ut credita pecunia sibi redderetur : non redditur, an agi possit actione creditæ pecuniæ ? minime : nam hæc sublata est confusione, & semel sublatæ actiones, spontanea aditione creditoris non restituuntur : hic sponte adiit, & sponte tradidit alteri, ergo non potest agere pristina actione, quæ consumpta est semel : ergo aget actione ex stipulatu, vel ex vendito, vel præscriptis verbis ; verba legis hæc sunt : *Si eam hereditatem postea quam in judicio obtinuisti : ei tradidisti in judicio*, petitione hereditatis intellige, *ei tradidisti*, puta ex causa vendidit nam ita verba traditionis accipiuntur in libris nostris. Die crastina explicabi-
C mus l.8.

Ad L.VIII. Si pascenda pecora partiaria, *id est, ut fœtus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum, & pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pactis præstare per judicem compelletur. P P.4.Kal.Octob. Alexandro A. 2. & Marcello Coss.*

HOdie explicabimus l.8. ait : *Si pascenda pecora partiaria, &c. per judicem* sic interpretor, per judicium pro socio, vel actionem pro socio : nam ita speciem, & rem omnem explicandam censeo. Dedit quidam pastori pecora sua pascenda, eo pacto, ut fœtus pecorum essent communes inter dominum, & pastorem certis portionibus, puta ut fœtuum partem nonam, D vel decimam dominus ferret, reliquum pastor : justa conventio est, nec pactum hoc nudum est, sed contractus, quia subest causa, intervenit res : data enim sunt pecora pastori ea lege, ut fœtus, qui nascerentur essent communes : igitur conventio sine placito non stetit, sed datione pecorum sumpsit effectum : contractus est : ergo negotium, sed quale ? societas nempe : pastor enim confert operam suam, dominus pecora, & id agitur, ut communes sint fœtus pecorum : hoc ergo genere societas contrahitur : quid est societas ? communio pro indiviso certarum rerum contracta, aut verbis, aut consensu nudo ; aut brevius : est conventio pro indiviso, quæ contrahitur tractatu habito : nam est quædam, quæ contrahitur sine tractatu, ut cum duobus legatur res eadem conjunctim : hæc societas non est con-
E tractus. Est vero hujus conventionis justa causa : nam constat ita coiri posse societatem, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, & lucrum communicetur, quia sæpe opera, & industria alicujus pro pecunia valet, *§.nam & ita*, *Instit. de societ.* & *l.1. inf. pro soc.* opera supplet quod deest, ut qui pro sua parte pecuniæ nihil confert, opera suppleat ; *lex 6. D.pro soc.* ait, posse coiri societatem inter duos, etsi non sint æquis facultatibus : nam sane pauperior opera supplet quantum ei per comparationem patrimonii deest : opera est supplementum : qua de causa opera dicitur esse velamentum ita contractæ societatis, supplet opera in æqualitatem, quæ subesse videtur inter socios, cum unus pecuniam confert, alter non confert ; & hoc est quod

dicitur,

Bicitur; *pretium operæ artis esse velamentum*, *l. cum duobus*, *§. in coeunda*, *D. pro soc.* operam, vel artem ejus, qui nihil confert explere lacunam, id est, id quod deest. Ita M. Tullius pro Roscio Comœdo, non esse captiosam, aut iniquam societatem, ubi alter copias, alter disciplinam in societatem affert: & huic similis est ea societas, quæ contrahitur cum politore agrorum, qui scilicet agrum domini poliendum, colendum, arandum suscepit, ea lege eoque pacto, ut fructus sint communes, *d. §. in coeunda*. Ergo si dederis pecora pascenda, ut fœtus sint communes, sive politori, ut fructus sint communes, societas contrahitur, quo genere, ut Cato scribit libris de re rustica, dominus, & politor paciscuntur inter se, ut politor ferat tritici partem, modo 9. modo 6. aut 7. & modo, ut triticum, quod mundum, tritum non sit, dividatur inter dominum, & politorem corbe messoria: modo si tritum sit, vel pistum, ut dividatur modio: denique leges addunt huic societati & pactiones quas volunt. Est polite agros, polire segetes, nihil aliud quam purgare rastris, quod locis quampluribus probari potest, & maxime ex Festo: *Polimenta*, inquit, *dicebant testiculos porcorum cum eos castrabant, à politione segetum ac vestimentorum, quod ita expurgarentur*. Et ita Ennius in 9. annali: *rastros dente fabres capsit, causa poliendi agri*: ita recte ait *§. in coeunda*, & cum pastore, cui datur pecus pascendum in commune quærendis fœtibus, & cum politore, cui datur ager poliendus in commune quærendis fructibus contrahi societatem. Fuit & in specie hujus legis ita contracta societas: & ideo divisionem fœtuum, de qua conventum est observandam esse per judicem pro socio, & hoc ait *l.* 8. Dixerit aliquis non esse societatem si quis dederit pastori pascenda pecora ea lege, ut fœtus eorum inter se dividantur, esse potius locationem & conductionem, quasi videatur pars statim pro mercede pastori cedere: & ita etiam hic pastor, aut politor, qui suscepit agrum poliendum in commune quærendis fructibus dicitur à Catone redemptor partiarius, id est, conductor; nam redemptor, & conductor in libris nostris ferme idem est, ut & emptor & conductor, *l. veteres*, *D. de action. emp.* nam nostri auctores verbis emptionis, & venditionis promiscue utuntur etiam in locatione, & conductione: conductio dicitur, venditio, locatio, emptio. Festus in verbo *venditionis*, venditionem ait fieri à Censoribus cum locantur vectigalia, & ita promiscue dicimus pretium tam in emptione, quam in conductione: & sic merces pretium appellatur in *tit. locat.* & in summa locatio, & conductio affinis est emptioni, & venditioni, & iisdem regulis juris consistit, *l. 2. D. loc.* quare non male conductor dicitur redemptor: videtur ergo cum politore, vel pastore contrahi locatio, cum dicatur redemptor partiarius. Et ita etiam Plinius loquitur 9. *Epist. medendi una ratio est, ut non nummo, sed partibus locent*: utitur locandi verbo: partibus locare, est cum colono ita pacisci ut agrum colat, & in commune fructus dividat cum domino agri, sed ne abutamur his vocabulis: nam potest esse locatio cum dantur pecora pastori ea lege, ut fœtus sint communes, vel cum datur ager colendus colono ea lege, ut fructus sint communes: quia locatio non consistit sine pretio, exemplo venditionis, & emptionis: pretium autem non est nisi confestim sit pecunia numerata, *§. item pretium*, *Instit. de emp. & vend.* quid ergo est? certe societas, & ita definitur in *l. si merces*, *§. vis major*, *in fi. D. loc. Colonus*, inquit, *partiarius cum domino suo quasi jure societatis damnum, & lucrum partitur*, ubi, *quasi*, veritatem exprimit: nam revera inter dominum fundi, & colonum partiarium societas contrahitur: & id plerunque, ut Cato scribit, in ea societate agitur, ut omnino sint communia pro indiviso, quæ percipiuntur ex agro inter colonum partiarium, & dominum, præter fœnum, & pabulum, quod satis bobus sit, quod dominus semper colono exhibet, & dat de suo: cætera sunt communia pro indiviso, quod nihil est aliud, quam societas. Male existimatunt quidam hunc colonum partiarium, quem similem facimus pastori partiario, appellari à Justiniano (non eo, qui hos composuit libros quibus utimur, sed Justiniano juniori) in legibus rusticis, quæ extant apud Harmenopulum μορτίτῃ. Et sane fit in legibus rusticis mentio μορτίτου, & est tit. περὶ μορτίτου, & interpretantur omnes partiarium colonum, qua in re errant: nam etsi dicatur à parte, ἀπὸ τοῦ μέρους, ut Hesychius scribit, tamen genus est clientis, sive censuarii, ut nunc loquimur, non coloni: genus inquam clientis, qui accipit fundum forte à domino sterilem, aut desertum, aut squalidum, quem Justinianus eleganter appellat χωροδότης, id est, qui dat prædium, Galli vocant, fundarium. Excidit initium cœptæ orationis, non tamen sententia. Hic ergo, qui accipit ita fundum à domino, quique appellatur μορτίτης, domino tenetur inferre dimidium fructuum tantum: sunt hujusmodi negotia multa hodie, ut quod dicitur feudum, quod libellaria, quod precaria, quod emphyteusis, quod census censuariusve contractus, cum possessio aliqua à domino datur colenda alteri, perpetuo fruenda, ita ut modicam partem inferat perceptorum, non quasi socius, aut conductor, sed quasi beneficiarius, aut cliens, qui ita prædium accepit, ut inferret quotannis decimam, is dicebatur μορτίτης, & ita est accipiendus locus Justiniani, ut ex lectione colligi facile poterit, sicut Athenis olim erant clientes, qui prædia accipiebant ea conditione, ut οἱ ἕκτῳ μέρει τὴν γῆν γεωργοῦντες, Hesychio, qui inferebant sextam partem, & dicuntur ἑκτημόριοι in Solone Plutarchi. Sed de his hominibus non agitur, qui pendunt vectigal dominis, agitur tantum de sociis: puta de his quibus ad tempus agros colendos damus, in commune percipiendis fructibus, quibus comparamus pastores, quibus ad tempus pecora pascenda damus in commune quærendis fœtibus: dicimus cum his contrahi societatem, non locationem, conductionem, non censuarium contractum, aut huic similem alium: & ideo sane in hac *l.* constat, contractam esse societatem, quia dominium pecorum, quæ dominus dedit pastori non transtulit in pastorem: ergo pecora, quæ pascenda dedit, in solidum ejus manent: idem esset si pro parte ejus manerent, id est, si communicaret pecora, si dominium pro parte transferret in pastorem, & pro parte retineret: sed hic dominium pecorum in solidum retinuit: nihil refert utrum rerum dominium totum transtulit, an pro parte adjiciendo ut fœtus pecorum sint communes: cum dominium habet in totum, vel pro parte, societatem contrahit, quæ non contraheretur si dominium pecorum transferret in pastorem, ea lege ut fœtus essent communes: hoc casu non esset societas, quia contrahendo societatem nemo amittit dominium rei suæ in totum, sed pro parte retinet: hic cum amittat dominium pecorum in totum, id est, pecora in totum transferat in pastorem jure dominii, non erit societas, sed erit contractus do ut facias, do tibi pecora ea lege, ut tu mihi communices fœtus, ut tu me fœtuum participem facias, quo casu datur actio præscriptis verbis, *l. si rem tibi*, *§. Julianus*, *D. de præs. verb.* sed in hac specie dominus non transtulit dominium pecorum in pastorem, sed retinuit dominium in totum, ergo non amittit dominium rei suæ ita contrahendo: qua de causa cum conveniat inter dominum, & pastorem, ut pastor pascat pecora, & fœtus sint communes, statuimus, contractam videri societatem, & id quod pacto comprehenditur, impleri interventu judicis, id est curante, & satagente judice pro socio: & ita est distinguendum quod ait Accur. hic, aliud esse societatem, aliud do ut facias, hic est societas, quia dominus dominium retinuit paciscendo, non esse societatem si dominium transtulit in totum, si transtulisset pro parte, esse societatem.

Ad L. IX. Cum posteaquam adversarius *matris tuæ victus esset, matrem tuam circumvenerit, ut ei caveret nullam se* *contro-*

controversiam de servis moturam : id pactum mala fide factum, irritum est : & cum ex ea conventione cum matre tua agi cœperit, judex tam liberabit. PP.prid.id.Sept.Alexandro 2.& Marcello Coss.

Cum postraquam adversarius matris tuæ victus esset, &c. hæc sententia videtur obscura & dubia, explicabitur autem facile si ponatur ita species. Erat inter matrem & Titium lis de servis quibusdam. Titius possidebat eos servos, & mater vindicavit, & vicit : sed cum nesciret se vicisse, quia forte judex statuerat quidem de re tota, sed nondum pronuntiaverat, & sciret tamen Titius quid de ea re statuisset judex, id est, decrevisse judicem pronuntiare secundum matrem meam insciam, matrem meam dolo malo, quæ fraus est frequentissima, circumvenit ut pacisceretur, & caveret nullam se controversiam amplius de servis moturam : hanc ab ea conventionem extorsit, quæ conventio injusta existit, quia fraus est manifesta, cui occurrit hæc lex, & hoc nescitur vulgo huic frequenti fraudi occurrere hanc constitutionem : nam si forte adversarius nesciverit quid statuerit judex; adoriretur forte & quodammodo transigeret cum illo. Sed si intelligat aliquid eum statuisse, huic conventioni nullo modo standum esse hæc constitutio ait : ut puta, cum decrevisset judex pronunciare pro matre mea, & hæc nesciret, sciret adversarius, adversarius eam circumvenit, ut pacisceretur mater, nullam se de servis controversiam moturam : pacto subjecta fuit stipulatio : nam hoc necessario ponendum est, cum dicat, ex hac conventione actionem esse, ex pacto nudo actio non est, nisi subjecta sit stipulatio, *l.3. inf. de rer. permut. l. divisionis, D. de pact.* & ob id hoc loco & in Cod. Gregoriano cum scriptum esset, *ut pacisceretur*, Tribonianus maluit scribere, *ut ei caveret*, pro illis verbis, *ut pacisceretur*, reposuit, *ut ei caveret*, ut pacto subjectam fuisse stipulationem intelligeremus : cautionis enim verbum stipulationem significat non pactionem. Pacto ergo superiori subjecta stipulatio pœnalis, si non ut convenisset omni controversia abstineret mater : at cognita fraude Titii, & sententia dicta secundum matrem, mox mater egit actione judicati adversus Titium, cum quo convenisse videbatur stipulatione pœnali, & de stipulatione cum matre agebat Titius : consulit filius Imperatorem, an utilis sit actio ex stipulatione pœnali: rescribit Imperator, esse quidem actionem ex stipulatu pœnali, sed tamen judicem matrem liberaturum, id est, matrem absoluturum, si opposuerit eam exceptionem doli, id est, si allegaverit in judicio mater rationem eam, quam principi allegavit filius : nam pactum hujusmodi dolo malo factum servandum non esse, cum edicto ita scriptum sit, se pacta servaturum si dolo careant. Pactum igitur dolo factum irritum est : ergo & irrita subjecta stipulatio; nam non valente pacto, non valet stipulatio pœnalis, quæ pacto servando subjicitur, *l.69. D.de verb. oblig. l.quod bonis, §.1. D. ad leg. Falc.* Nec obstat, quod dicitur, stipulationem factam alteri valere si contractui subjecta sit stipulatio pœnalis : nam hoc verum est si stipulatio, quæ facta sit alteri, vitio omni careat, si nullum ei præterea vitium insit, quam quod facta sit alteri : hæc confirmabitur, addito pœnæ vinculo : sed si stipulationi, vel pactioni principali vitium aliquod insit, puta vis, metus, dolus, inerit & subsequenti stipulationi pœnali : qua de causa pactio si ratione doli irrita sit, irrita erit stipulatio pacto subjecta: dolus vero intervenit in paciscendo, quia Titius sciebat decrevisse judicem pronuntiare secundum matrem, & cum hoc sciret, extorsit hanc à matre conventionem, quæ hujus rei erat ignara : manifesta est fraus Titii, qui cum sciverit decrevisse judicem pronunciare secundum matrem, hac circumventione usus sit, quippe cum pactus est, quasi de re dubia cum matre, quæ jam erat statuta, de re autem judicata pacisci nemo potest, quæ ratio subjicitur in Cod. Gregoriano : de re

A enim judicata nemo potest pacisci. Est regula, de re judicata nos transigere inutiliter, *l.& post rem, D. de transact.* & ideo de re judicata, quasi de re dubia paciscimur inutiliter : & licet res judicata dicatur proprie, quæ pronunciatione judicis finem accepit, *l. ult. D. de re judic.* & quamvis Prætores, Jurisconsulti, promiscue utantur his vocabulis, *pronuntiare & statuere, l.pronunciatum, D.de verb. signif.* tamen si quis subtilius animadvertat, aliud est statuere, aliud pronunciare. Nam statuit judex de re judicata, quam pronunciat statim, statuit primum, deinde pronunciat, & in eo jure, quo cavetur de re judicata pacisci neminem, aut transigere, rem judicatam accipere oportet de ea re, de qua statuit, nondum pronuntiavit : unde si velis eruere ex hac lege, quod in ea definitur, idque stringere summatim, ita possis

B commodissime : de re ea, de qua judex pronuntiavit, vel de qua statuit, nondum pronuntiavit, pacisci, & transigere inutiliter : qui aliter hanc l. explicant, ponunt rursus matrem agere in hac specie rei vindicatione, rursus servos vindicare, & opponi exceptionem pacti. Contra replicari de dolo; hi errant : primum quia singulis controversiis singulæ actiones uniusque judicati finis sufficiunt, *l.6. D.de excep. rei judic.* quinimo expunguntur ipso jure, etiam non opposita exceptione rei judicatæ, cum scilicet non ambigitur, quin ita judicatum sit, sicut cum constat juratum esse, non est necessaria exceptio jurisjurandi, sed ipso jure tollitur actio, *l.nam posteaquam, dr jurejur.* hic cum constat judicatum esse, non indigeret exceptione rei judicatæ nam ipso jure non competit actio cum judicatum sit :

C non potest ergo hic mater rursus agere rei vindicatione, quia sufficit onus judicati finis : deinde recedunt illi à verbis, qui ita rem explicant : nam agere in hac Lacipiunt pro excipere, & cavere pro pacisci : quidam alii ponunt matrem hic agere actione de dolo malo : & hi etiam recedunt à verbis legis, cum in hac l. non dicatur matrem agere, sed cum matre agi ex conventione, & judicem eam liberaturum; liberaturum igitur eo ipso judicio, quo cum matre agitur, admissa exceptione doli, non ut ponunt data actione de dolo : nam qui tutus est exceptione, ei non datur actio de dolo, *l. 1. §. ait Prætor, D.de dol.* mater, quæ pœnam promisit si de servis controversiam faceret tuta est exceptione de dolo : ergo non potest ei dari actio.

D Ad L.X. Legem, quam dixisti cum *dotem pro alumna dares, servari oportet : nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci : tunc enim hoc jure utimur, cum pactum nudum est : alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio.PP. III.Kal.Mar.Albino & Maximo Coss.*

Legem 10. explicant male, aut certe non explicant, nam quod in ea præcipuum est, omittunt : verba sunt, *Legem, quam dixisti cum dotem pro alumna dares : &c.* Pacta, quæ contractibus adjiciuntur proprie appellantur leges, quia legem contractui dant, *l.contractus, D.de reg. jur.* & inde legis commissoriæ mentio, quæ est non lex quædam P. R. stulte, qui scripsit librum de legibus P. R. inter eas posuit legem commissoriam, sed est pactum adjectum venditioni & emptioni, ut scilicet si ad diem certum non solveretur, res fit inempta :

E & ita in *l.quo tutela, §.ult. D. de reg. jur.* neque paciscendo, neque legem dicendo, neque stipulando alteri quis cavere potest : ergo aliud est pacisci, aliud legem dicere, sed pacisci patet latius, quam legem dicere : legem dicere, est pacisci in ipso negotio, pacisci est etiam pacisci intra contractum, vel extra contractum: & ita hic legem accipe pro pacto adjecto in conventione dotis: & hæc lex ponitur sub *tit. de pact. conv. sup. do.* & ait servari : servare, est tueri : id fit duobus modis, data actione, vel data exceptione, *l.inter, §.1. fam. ercisc.* In edicto de pactis Prætor pollicetur se pacta servaturum, scilicet per exceptionem : sed hic servari inter-

pretabimur actione data: nam pactio hæc fuit, ut pecunia, quam dabas pro alumna dotis nomine, soluto matrimonio tibi redderetur, hoc vero non potes interpretari, ut tibi reddatur nisi per actionem: dum ergo ait, hanc legem servari oportere, ex lege dandam esse dotis repetitionem, atque adeo actionem significat: quod etiam in extremo legis ait, utilem esse condictionem (male scribunt quidam conditio) cum & in *l.1. inf. de pact. conv. super dote*, sit, *condictio*, ut in Basilicis, quæ ita vertunt, χρήσιμος ἐστὶν ὁ τῆς ἀπαιτήσεως λόγος. Condictio videtur nihil aliud esse quam repetitio dotis: pactus est educator, ut sibi dos redderetur soluto matrimonio: pactum justum est: ex hac conventione danda est repetitio dotis: dotem repetit, qui eam sibi ex conventione dari postulat: dirempto matrimonio igitur utilis est repetitio: nam condicere est repetere, & ei est utilis repetitio, etiam si pacto non sit subjecta stipulatio: nam hæc differentia est inter patrem, & extraneum dotem dantem, quia extraneus dotem, quam dat, potest sibi recipere pacto solo, non addita stipulatione in casum soluti matrimonii, & is, qui dotem dedit in hac specie erat extraneus, nam erat educator: utiliter paciscitur dotem item sibi reddi soluto matrimonio: utilis est condictio matri, quæ extranea est, cum potestatem nullam habeat, & ita potest dotem sibi retinere soluto matrimonio, etiam si non adjecta sit stipulatio, sed pater non potest, ne initio quidem dotis, eam sibi recipere pacto: si recipiat pacto solo, nulla est conventio, & ita pater non potest inter dandam cavere eam sibi reddi soluto matrimonio, nisi per stipulationem, *l. avia, inf. de jur. dot.* & id non sine ratione magna: nam patris officium est dotem filiæ dare, & conservare constitutam semel, patri incumbit onus dotis constituendæ filiæ, & conservandæ, & ideo non potest eam in se transferre temere, eamque sibi retinere, sed necessaria est solemnis stipulatio. Ergo quam dat dotem, si eam vult sibi reddi, is debet de eo solemniter stipulari, nec enim temere id effici debet, *d. l. avia*, sed hic fuit extraneus, qui dotem dabat, hic rei suæ legem dedit quam voluit, *l. ob res, §. 1. D. de pact. dot.* etiam si pactus sit, non stipulatus; & quia non est stipulatus, certe non habebit actionem ex stipulatu dotis repetendæ causa: qua igitur actione repetet? an est actio dotis, qua solet dos repeti soluto matrimonio? minime; nam hæc actio datur uxori tantum soluto matrimonio, quæ & sola videtur dotem contraxisse; posset dici dandam esse illi, qui pro alumna dotem dedit soluto matrimonio ex conventione actionem dotis: quia dotis datio est contractus uxorius, *l. contractus, D. de reg. jur. l. exigere, D. de judic.* huic contractui adjecit etiam legem de dote reddenda soluto matrimonio: lex format contractum dotis, *l. cum dotem, inf. de ju. dot.* format ergo actionem de dote legem dicenti: hic ergo soluto matrimonio dotem repetet actione de dote, sed denegatur repetitio; quia actio de dote datur tantum uxori: nam & ipsa sola videtur dotem contraxisse, cum & ejus solius nomine data sit; ei ergo soli restat actio de dote, id est, rei uxoriæ: ex parte autem ejus, qui dotem dedit, non videtur contractum negotium dotis, sed aliud, ut do ut reddas, quod negotium nomine vacat, & ideo pro parte ejus, qui dotem dedit, dabitur dotis repetendæ causa actio præscriptis verbis, & ita in *l. 7. §. accedit, inf. de rei ux. act. d. l. avia*; hoc ergo loco condictio, est repetitio dotis per actionem præscriptis verbis, & ita Thalelæus recte ad *l. 1. inf. de pact. conv.* & ex Latinis interpretibus multi ajunt, repeti dotem ex hac conventione per actionem præscriptis verbis: male quidam utilem actionem interpretantur efficacem, & utilem non accipiunt quasi adversam directæ: est enim hæc condictio non directa, sed utilis, quam efficacem vocant, quod vim & momentum afferat, & ita videntur Græci accepisse, qui pro utili reponunt χρήσιμον, & ita sane hic affirmo, utilem esse sic

A accipiendam, quasi deficiat directa: utilem non dicit pro efficaci, sed ex adverso directæ actionis, quia hæc condictio dotis intenditur per actionem præscriptis verbis, quæ utilis est, non directa, *l. quoties, D. de præs. verb. l. 3. D. de donat.* Eustathius, & Dyonus accipiunt pro actione præscriptis verbis, nec abs re: nam omnis præscriptis verbis datur exemplo civilis & directæ actionis, quæ datur ad exemplum alterios, utilis est: ut actio præscriptis verbis ex articulo do ut des, ad exemplum actionis empti, & venditi: actio præscriptis verbis ex articulo do ut facias, ad exemplum actionis locati: actio præs. verb. quæ datur ex precario, datur ad exemplum commodati, quia precarium simile est commodato: & ita hic actio præs. verb. quæ datur educatori est exemplo actionis rei
B uxoriæ: ergo utilis; directa actio soli uxori competit, soli mulieri consequendæ suæ dotis causa, utilis educatori, qui eam sibi reddi postulat: ergo verum est hoc casu ex conventione, quæ cohæret donationi dotis ei dari condictionem dotis per actionem præscrip. verb. ergo utilem, non directam: nimirum ad instar uxoriæ actionis: & hoc si explicassent, in l. quod erat præcipuum explicassent: sed transeuntur in alia omnia, quæ nihil ad rem pertineat; ut quum hic tractant qua ratione vestiantur pacta; nam quæ dixi, recto ingenio satisfacient satis, aut nescio quid sit satis, cum nihil est, quod possit desiderari: Extremum hoc est ut respondeam ad *l. si tibi, inf. loc.* quæ huic opponitur: ex hac l. is, qui dotem pro alumna dedit, & dando pactus est eam sibi reddi soluto matrimonio, agit ex conven-
C tione legis; secus est in specie *l. si tibi*: nam ibi conductor prædii dat agricolis pecuniam aliquam, & prorogat, id est, dat aliquid pro mutuo colonis. Deinde, non addita stipulatione paciscitur cum domino prædii eam pecuniam sibi reddi: lex ait, ex ea conventione, quod sit nuda, non dari actionem: cohærebat tamen pactioni datio: respondetur, quod non subjecerit stipulationem de ea reddenda, agere non posse; cur tamen hic agit educator de reddenda dote? res difficilis non est: nam in hac *l.* 10. qui dedit dotem, cum eo pactus est in danda dote eam sibi reddi soluto matrimonio: at in specie *l. si tibi*, qui dedit pecuniam, cum eo non est pactus sibi reddi, sed cum alio; dedit pecuniam in antecessum, vel dedit promutuo, Galli dicunt *avancer*. Græcis est πρόχρεια. Ergo hic conductor prædii agricolis prorogavit
D summam aliquam in antecessum, & huic dationi nullam adjecit legem. Igitur non dedit illis pecuniam addita certa lege: sed deinde cum domino prædii pactus est eam pecuniam sibi reddi, eoque modo est pactus tantum; nam qui dedit cum eo non est pactus cui dedit, cum alio est pactus: restat ergo pactum esse nudum, non potest ergo ex eo actio dari: sed hic, qui dedit pactus est cum eo cui dedit: & non obstat regula, quæ ait, ex pacto actionem non dari; nam inquit, hoc jure utimur cum pactum nudum est, unde stulte abrepta occasione contendunt quidam: non igitur omne pactum est nudum, quoddam est non nudum, seu vestitum: non ita oportet interpretari verba l. nam his verbis, *tunc enim hoc jure utimur cum pactum nudum est*, aliquid aliud significatur, id est, cum conventio pacti nudi nomine censetur, *l. ult. inf. de rer. perm.* at hæc conventio contractus
E potius quam pactum censetur, hæc de qua agitur contractus est, non pactum; & ideo non mirum si ex ea conventione nascatur actio: & eodem sensu explicant *l. si dominus, D. de præs. verb.* pactum nudum non intervenisse, cum certa lege datur aliquid: imo vero, quia lex illa certa est pactum nudum, omnis lex pactum nudum est; sed quia non lex tantum dicitur sola, sed datio intervenit, ex datione illa resumit nomen: & ideo misso nomine principalis negotii, non recte appellaveris pactum nudum, quod est contractus. Unus est doctrinæ, & præcipuus modus vera invenire, & inventa docere: secundus falsa convincere: hic certe illo facilior est. Utinam, inquit quidam ex veteribus; *tam facile*

vera

vera invenire possem, quam falsa convincere, quare quod erat difficile in explicatione ejus *l. ult.* omisesunt. Jam nos dissolvamus in eo quot & quanta peccaverit Bartolus, vel potius Accurs. illius enim fere sunt, quæ dicuntur à Barto. sumpta ex his, quæ notat ex *l. juris gentium*, *§. quinimo*, *D. de pact.* Primum in eo peccat, quod utilem condictionem, quæ hac l. datur, scribit, non esse adversam directæ, sed directam efficacem condictionem, quod satis perspicuum reddidi nudiustertius: & quia hæc condictio intenditur per actionem præscriptis verbis, omnis autem actio præs. verb. est utilis, quia datur exemplo cujusdam civilis, & directæ, ergo condictio hæc, quæ datur per actionem præs. verb. est utilis, non directa: deinde error in eo est, quod ut conciliet *l. si tibi*, *inf. loc.* cum ista l. ait, in hac l. pactum, quod dationi dotis cohæret vestiri favore dantis dotem: in *l. si tibi*, non vestiri odio prorogantis pecuniam pro colonis conducti predii: nam in *l. si tibi*, conductor, qui prorogat pecuniam colonis conducti prædii cum domino paciscitur sibi hanc pecuniam reddi, sed accipiente alio quodam veluti conductore, vel accipientibus colonis pecuniam: nam quæro quo odio dignus est, qui prorogat pecuniam alii? an pro beneficio promeretur odium: prorogatio est beneficii species: quare Barto. sibi hac in re non constat, & aliter has ll. inter se conciliat in *d. l. si tibi*, & rectius meo quidem judicio in *l. si tibi*, quam hic hoc modo. Pactum nudum non vestiri inter alias personas, inter easdem personas vestiri: recte si modo abstinuisset vestiendi verbo, & si pactum nudum, pacto vestito vestiri, aut non vestiri non dixisset: nam vel in illa *l.* duo non sunt pacta, unum nudum, alterum vestitum, quod operimentum insternat alteri, sed unum est tantum pactum de reddenda pecunia prorogata pro colonis in *l. si tibi*, & in hac l. de reddenda pecunia pro alumna data dotis nomine, ex quo pacto an sit actio quæritur: debuit dicere Barto. in hunc modum: ex pacto nudo, quod rei, vel pecuniæ traditioni cohæret, esse actionem adversus eum, qui rem pecuniamve accepit, & cum quo pactum factum est, ut in hac l. ex pacto autem nudo non esse actionem, quod quis fecit, non cum eo, qui rem, vel pecuniam accepit, sed cum alio: nec enim hoc pactum rei cohæret: semper eodem errore is interpres fallitur: nam cum tractasset de concilianda *l. si tibi* cum ista l. deinde instituit tractare plene de pactis vestitis, & proponit initio hoc discrimen: pactorum alia esse nuda, alia vestita: perperam: quia omne pactum nudum est, nudum, inquam, à causa & nomine proprio: hæc est pacti qualitas inseparabilis: non possis mihi dare pactum vestitum, quod non doceam nudum esse, vel contractum: nullum est ergo pactum vestitum: nam in primis si dixeris, cum inter duos convenit de re vendenda certo pretio nudo consensu, pactum esse vestitum, hoc pernegabo, & contendam esse contractum emptionis, & venditionis: cum ergo nudo consensu agitur inter duos, ut res vendatur certo pretio, est contractus, id est, emptio, & venditio: non est etiam vestitum, quod lex adjuvat, id est, ex quo lex vult actionem dari, vel tolli: nam id dicitur nudum, *l. legitima*, *D. de pact.* quæ lex ostendit in eo pacto legitimo vitiari regulam, quæ dicit ex pacto actionem non nasci, quæ est de pacto nudo: ab ea dum excipit pactum legitimum, innuit pactum legitimum esse nudum; sed parit actionem, quia lex pactum nudum confirmat, id est, voluit ut ex eo nasceretur actio: atque ita pactum nudum nonnunquam parit actionem, *l. nuda*, *D. de contr. stipul.* ex pacto nudo non semper denegari actionem: nam interdum etiam ex pacto nudo datur actio, ut si lege adjuvetur, d. *l. legitima*: vestitum etiam non est pactum, quod fit in ingressu contractus, ut in traditione rei, *l. juris gentium*, *§. quinimo*, *D. de pact.* nam cum ante dixisset IC. pactum nudum parere exceptionem, adjicit statim, quinimo format ipsam actionem: pactio ergo nuda, ut si fiat in

A ingressu contractus, & ex continenti: pactionem ergo quæ fiat in ingressu contractus, vel in medio contractus, ut in mutuo, commodato, deposito, vocat nudam; & tantum abest, ut traditione rei vestiatur pactum, vel vestitum censeatur, quod fit in traditione rei, ut etiam si concurrat traditio rei, & auxilium legis, tamen dicatur nudum, id est, si in danda pecunia mutua fiat pactum de usuris: ut si pecuniam det civitas quædam, aut Respublica, & in ea danda paciscatur de usuris, ex eo pacto nascitur actio, quod ut lex aliqua efficeret necesse est, cum non soleat ex pacto nasci actio: ergo in ea specie pactum dationi pecuniæ cohæret, & præterea lege adjuvatur, quia parit actionem, & petitionem usurarum, de quibus convenit, & tamen pactum nudum dicitur in *l. etiam*, *D. de usur.* etiam ex pacto nudo cre-
B ditæ pecuniæ civitatis debentur usuræ: & eodem modo si in dando frumento mutuo, id est, tempore dationis conveniat de usuris, pactum est nudum, & cohæret tamen dationi rei, vel frumenti, & legitimum est: nam placuit actionem nasci, & petitinnem usurarum ex pacto incontinenti apposito credito frumenti, vel hordei, *l. 12. infr.* de *usur.* ubi pactum dicitur nudum. Ergo quod vocant vestitum, puta quod fit traditione rei, vel in ingressu contractus, hoc nudum videtur, etsi lege adjuvetur, id est, etsi pariat actionem, *l. etiam*, *D. de usur. l. 12. inf. eod. tit.* item pactum, cui additur stipulatio, etiam nudum est: illi vestitum vocant, & nudum dicitur in *l. nuda*, *inf.* de *contr. stipul.* quod ex eo probari potest, quia etsi pacto sit adjecta stipulatio, ex eo non nascitur actio, sed ex stipulatione. Paulus *lib. 2.*
C *Sentent. omnibus pactis stipulatio subiici debet*, *ut ex stipulatu actio nasci possit*, quia ex pacto nudo non est actio, subjici stipulationem, ut quæ non potest esse ex pacto, sit ex stipulatu: item pactum, quod stipulationi adjicitur, etiam nudum est, sicut quod adjicitur cæteris contractibus: & hoc potissimum, quod adjicitur stipulationi, nec ipsam actionem ex stipulatu format: nam hoc tantum receptum est in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei*, *inf.* & consequenter non est etiam dicendum literis vestiri pactum nudum, sive literarum obligatione: nam literarum obligatio procedit ex alia obligatione: quum transfertur, aut deducitur in literarum obligationem, id est, transfertur ex alio debito, puta ex mutuo, vel fœnore, vel alio titulo, ut recte Thoph. *in tit. de liter. obligat.* quod non ante mihi potui persua-
D dere verum esse, quam omnino id explicatum legi *l. 6. Theod. de denunt. rescrip.* quæ valde confirmat, quod Theoph. tradit: igitur ex alia causa debet transferri obligatio in literarum obligationem. In alio titulo pactum fuit nudum, ergo & in literis erit nudum, nec ex his operimentum accipiet: denique nullum pactum vestitum ponunt, quod non possis probare esse nudum, vel contractum potius esse. Idem Barto. male scribit, aliud esse vestire contractum re, aliud rei interventu: & vult esse speranda, vestiri re mutuum, commodatum, depositum: vestiri rei interventu contractum do uti des, do uti facias. Transit perperam à pactis ad contractus: tractabat enim ante de pactis vestitis, modo tractat de contractibus vestitis, & contracus ait vestiri re, aut rei interventu: unde is cum legisset in libris no-
E stris pacta nuda, commentus est statim pacta vestita, sicut inter medicos quidam cum legisset morbos acutos, statim commentus est morbos obtusos: sic cur mihi, cum legam apud Barto. contractus vestitos, non liceat ex adverso facere contractus nudos? sed hoc ut faciam ne ipse quidem Barto. feret, nec feram ipse pari jure, ut & appellatione nudi conficiat is nobis statim pacta vestita: & multo minus, ut confundat pacta, & contractus, quæ accurate semper auctores nostri separant, ut nusquam pactum contractum, vel contractum pactum appellaverint, idemque Græcis accidisse puto, qui nusquam σύμφωνον, συνάλλαγμα, vel contra appellant, pacti & contractus vis non est una: pactum vacat nomine & causa, contractus habet no-

men, & causam: pactum obligationem non parit, contractus obligationem parit: A non feram pari jure separari rem à rei interventu: mutuum re contrahitur: nam quid est aliud re contrahi, quam rei interventu contrahi? nihil ergo interest re dicas, an rei interventu, sicut nihil interest, sive pretio contrahi emptionem dicas, sive pretii interventu: ex quo efficitur, etiam falsum esse, quod idem interpres tradit ex Jacobo quodam, rei interventu vestituram fieri, quæ fit tantum in contractibus innominatis: nam mutuum, depositum, commodatum, pignus, nominati sunt contractus, & tamen rei interventu, id est, datione, aut traditione rei, aut pecuniæ contrahuntur: ergo, ut ita loquar, rei interventu vestitura fit in contractibus nominatis, ut in mutuo: at male dicam mutuum rei interventu vestiri, & male dicam, in contractibus no- B minatis, qui re contrahuntur, velut in mutuo, vel commodato, vel pignore, tacitam inesse conventionem de reddenda re, vel pecunia, in contractibus innominatis exprimendam esse eam conventionem, puta do ut des, do ut reddas, hoc est falsum: nam etiam in contractibus innominatis tacita inest conventio, licet non exprimatur, ut in donatione hereditatis, *l. hereditatem*, *D. de donat.* cui inest tacita conventio, ut qui accipit hereditatem, satisfaciat creditoribus hereditariis, & etiam donanti, si quid ei defunctus debuerit: & ideo ex ea donatione nascitur actio præscriptis verbis, & est contractus innominatus, cui tamen tacita inest conventio, ut solvat creditoribus: ergo falsum est conventionem de reddendo, de vicissim dando exprimendam esse in contractibus innominatis: nam id C pro cauto habetur. Idem auctor acute pacta, sive contractus dicit: non enim inter se confundit: ait, contractus vestitos recte dici, non vestiri: vestitos contractus nasci, non fieri, vestiri nudos: nullos esse nudos contractus: ergo nullos vestiri: nasci contractus vestitos re, aut verbis, aut literis, aot consensu, sicut homo, utitur enim hoc exemplo, nascitur veste carnis indutus, ita contractus nascuntur vestiti, nec vestimenta accipiunt: quid igitur si contractus ab initio vestitus sit, puta credita pecunia, si vestitus re, quale est mutuum, & ex intervallo, non novandi animo interponatur stipulatio creditæ pecuniæ, an non recte dicam, ut minui stipulatione, contractum stipulatione vestiri; corroboratur enim addita stipulatione, & vestiri corroborari est, & vestitum vestire num est absurdum: D exemplum sit homo quo utitur, veste carnis indutus, vestimentum est primum, deinde vestitur togis: sic igitur, & mutuum, quod ortu suo est re vestitum, vestitur postea recte stipulatione adhibita, & licet si stipulatio addatur mutuo ex continenti unus sit contractus, id est, stipulatio, si sit utilis, & mutuum si stipulatio sit inutilis, *l. 6. §. ult. & l. seq. D. de novat.* etsi, inquam, si mutuo ex continenti addatur stipulatio unus sit contractus, id est, stipulatio, vel mutuum, tamen si ex intervallo non novandi causa addatur stipulatio, vel duo sunt contractos, & prior corroboratur posteriore, quanquam stipulatio vacet. M. Tullius in fine orationis pro Roscio Comœdo: *cum*, inquit, *sine cautione, & repromissione illi debeatur, qui nulla diligentia fuit, ut diligenter stipularetur*. Idem hic tentat, ex con- E tractibus, qui consensu contrahuntur, non nasci civilem obligationem, nasci naturalem tantum, veluti emptione, mandato, locatione: sed si ex his contractibus nascatur tantum obligatio naturalis, ideo consequens est non nasci actionem obligatoriam, falsum est ex his contractibus non nasci actionem, ergo falsum est naturalem nasci, non civilem, & id tantum tentat Barto. non probat, & nititur hac ratione forti, pactum nudum non tollit obligationem civilem: pactum nudum tollit obligationem consensu contractam: ergo obligatio consensu contracta non est civilis, non est necessaria collectio: est propositio vera: assumptio probatur *l. juris gentium*, *§. adeo*, *D. de pact.* quæ dicit pa-

A cto resolvi jure emptionem, cum placet inter contrahentes, ut recedatur ab emptione, vel in totum, vel pro parte: pactum ergo tollit obligationem consensu contractam, & ut respondeamus huic quæstioni, nescit plane respondere: debuit hoc modo: emptionem pacto resolvi ipso jure, atque ita obligationem consensu contractam non tam potestate pacti, quam judicii bonæ fidei, cui tacita inest exceptio pacti, *l. 3. D. de rescind. vend.* tollitur obligatio empti venditi, quæ fuerat consensu contracta per exceptionem, si pactum per se solum spectes: tollitur ipso jure, æquitate arbitrii bonæ fidei, cui inest exceptio pacti, vel doli etiam si non opponatur, & ita ait *l. ab emptione*, *D. de pact.* hanc pactionem, ut recedatur ab emptione bonæ fidei interpretationem admittere: quia, inquit, bonæ fidei B interpretatio, ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conventionem admittit: ex quo intelligimus, non lege ipsa pacto tolli obligationem consensu contractam, sed interpretatione bonæ fidei: tollitur ergo non ipso jure plane. At cur tollitur pacto? quia exceptio pacti inest arbitrio bonæ fidei, etiamsi oon opponatur: tollitur ergo non tam pacto, quam per exceptionem, quæ inest judiciis bonæ fidei, etiamsi non opponatur, alinqui si esset strictum judicium, non tolleretur actio ipso jure, nisi opposita exceptione, *l. 3. inf. de rescind. vend.* & ita etiam hypotheca, quæ pacto constituitur, si convenerit de non petendo, non tollitur, nisi opposita exceptione, *l. si tibi*, *§. de pignore*, *D. de pact.* non quasi hæc sit potestas pacti, ut consumat obligationem civilem sine exceptione. Sed C non opponitur exceptio: quia bonæ fidei arbitrium non exigit, ut omnes exceptiones opponantur: & ita debuit respondere, reliqua qoæ supersunt cras explicabo.

Dixi nudius tertius, ex contractibus, qui consensu contrahuntur, nasci obligationem naturalem tantum, non civilem, tentari hoc arg. posse: pactum ipso jure non tollit civilem obligationem: pactum ipso jure tollit obligationem consensu contractam, ergo obligatio consensu contracta non est civilis: hoc arg. tentare quis potest obligationem eam, quæ consensu contrahitur esse naturalem tantum, non etiam civilem, cui ita respondi: pactum obligationem consensu contractam veluti empti venditi tollit, non plane ipso jure, sed per exceptionem pacti, quod tamen necesse non D est opponi, propter æquitatem judicii bonæ fidei, quæ tacite complectitur exceptionem pacti etiam non oppositam: bonæ fidei ergo interpretatio facit, ut exceptio, quæ opposita non est, opposita videatur, eo pacto resolvetur emptio non quidem ipso jure, sed per exceptionem tacitam, & interpretationem bonæ fidei, ut ait *l. ab emptione*, *D. de pact.* quod bonæ fidei nomen manat latissime, & ambitu suo complectitur exceptionem pacti, & doli, *l. sed si ideo*, *D. solut. matr.* *l. 3. D. de rescind. vend.*

Aliter tameo Bartol. respondet, cui modo damus operam: quæ enim veriora esse existimamus, & proprie pertinere ad *l. 10.* ea discutienda suscipimus: capio ex Bart. qoæ probabiliora videntur, & rejicio quæ probabilitatem nullam habent. Ia ergo respondet in hunc E modum. Pacto nudo ipso jure tolli obligationem consensu contractam etiam civilem, quia etiam pacto nudo fuerat constituta, & perfecta: pacto, inquam, nudo ipso jure tolli obligationem empti venditi etiam civilem, quia pacto nudo fuerat constituta civilis obligatio: & hoc est naturale, ut prout quidque contractum est ita solvatur, *l. prout*, *D. de solut.* nego pacto nudo perfici emptionem: passim legitur, nudo consensu perfici emptionem, nusquam autem pacto nudo legitur perfici emptionem, non idem est pactum nudum, & nudus consensus, quo emptio perficitur, & nascitur obligatio: & captio est ex accidenti, si quis ita argumentetur: nudum pactum est nudus consensus, nudo consensu perficitur emptio, & venditio, ergo pacto perfici-

ficitur emptio, & venditio. Nam propositio non est A absolute vera, sed consensus nudus, qui non transit in propriom nomen contractus, is scilicet est pactio: consensus autem ille proprium nomen habet, ut, verbi gratia, si duo consenserunt invicem de re tradenda, & de pretio, hæc conventio statim transit in proprium nomen contractus, *l. jurisgentium*, *D. de pact.* consensus autem nihil aliud est, quam conventio, *l. 1. §. adeo*, *D. de pact.* Lex ait, nullam esse obligationem, quæ in se non habeat conventionem: & mox subjicit: nam etsi stipulatio non habeat consensum, nulla est: idem ergo conventio, & consensus. Conventio est genus, ergo consensus etiam est genus: nam & species hæ sunt pactum, & contractus: pactum omne est conventio nuda, at contractus, aut est conventio nuda, ut ecce venditio: quid est venditio, emptio? est conven- B tio nuda rei tradendæ, certo pretio, est perfecta definitio: quid est conductio, locatio? est conventio nuda fruendi, vel faciendi certo pretio: aut contractus est conventio, quæ ex re, vel verbis initium obligationi præbet non ex conventione sola: ut ecce depositum, quid est depositum? est conventio custodiendæ ejus rei, quæ traditur sine mercede, interposita reddendi fide: est perfecta definitio: mutuum quid est? est conventio pecuniæ creditæ, & datæ ea lege, ut tantumdem reddatur: quid est stipulatio? est conventio solemnibus verbis ex interrogatione, & responsione confecta: hæ igitur conventiones non sunt conventiones nudæ: denique contractus, aut est conventio nuda, aut conventio, quæ exigit, ut perficiatur, res aut verba. Male etiam idem Bartol. scribit, consensum esse vestem emptionis simi- C liumque contractuum. Dico, consensus perficit emptionem, vestis non est perfectio rei: ergo consensus non est vestis emptionis: vestem dixere Accurs. & Bartol. cum hoc loco, tum etiam in *l. jurisgentium*, *§. quinimo*, consensum esse vestem, quam exiguam, & levem, ut loquuntur, quod etiam si concessero, non tamen hæc vestis fecerit, ut dixerim emptionem esse contractum vestitum: nam ut ait Aristot. paria sunt vestem habere exiguam, & nullam vestem habere: *ὁμοίως ὅλως μὴ ἔχειν τραχύλον καὶ τὸ μικρὸν ἔχειν*, & nostri auctores admittunt ex *l. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Rursus si consensus est vestis emptionis similiumque contractuum, cur non & pactorum? contractus solo consensu perfecti, vestiti sunt: demus hoc, sed sunt etiam pacta vestita, quæ solo consensu perficiuntur, hoc tamen nolunt, ut D consensus vestiat pactum: merito ergo nolim, ut consensus vestiat contractum: sed ut differentiæ rationem afferant pacta sunt frigidiora: ita scripsit Accurs. in *§. quinimo*: non indigent veste consensus, contractus sunt calidiores: hæc sufficient ex nugationibus, quas hic afferunt interpretes, in reliquis graviores forsitan offensuri, Bartol. adjicit, donatione perfecta pacto, non nasci actionem ex pacto, sed condictionem nasci ex *l. si quis argentum*, *inf. de donat.* fatetur pacto hodie perfici donationem, sed actionem non dari ex eo pacto, dari tamen condictionem ex lege Justiniani: fateor dari condictionem ex lege adversus donatorem, ut impleat donationem, & perficiat, ut rem donatam tradat, & ita ait Novel. 62. esse condictionem ex lege, sed quod dicatur esse condictio ex lege, non ideo minus est ex pacto actio, ut E actio hypothecaria dicitur esse ex edicto Prætoris, & tamen est ex pacto, *l. si tibi*, *§. si pignore*, *D. de pact.* & ita de donatione lege Justiniani datur condictio ex pacto: utrumque est pactum hypotheca, & donatio, non contractus: nam ut hypotheca duorum consensu perficitur, ita & donatio: nec enim est donatio nisi is, cui donatur consenserit: donatio quæ sit *μονομερῶς*, id est, non accipiente donatario, non valet, pollicitatio est, non pactio: ex pacto donationis est actio, ex pollicitatione donationis non est actio, quod demonstrat constitutio Græca, quæ desideratur in *tit. de sacrosf. eccl. sup.* qua cavetur, ut valeat donatio si quis locum pietati dedicaverit, etsi nemo fuerit, qui dedicationi interfuerit: hanc donationem non vitiari propter *μονομερείαν*, alioqui demonstrat, non valere factam ex una tantum parte: ut ergo, quæ edicto Prætoris datur actio de hypotheca, est ex pacto, ita quæ lege Justiniani datur actio de donatione, est ex pacto: & quamvis dicatur esse condictio ex lege, non ideo minus est ex pacto, sed condictio dicitur ex lege, quod eam lex Justiniani dederit ex pacto. Præterea adjicit Bartol. pactum vestiri opere cœpto, id est, si quis cœperit dare, aut facere, quod promiserat. Namque quod cœperit dare, aut facere, quod promiserat, obligari eum in hoc ut cœptum peragat, atque ita opere cœpto pactum vestiri, & parere obligationem: sed tamen hoc Bartol. videtur improbare, & recte, sed liquido non demonstrat, qua ratione improbet. Id demonstremus: quod dicitur eum, qui cœpit opus facere, obligari in hoc ut perficiat opus, vel eum, qui cœpit pecuniam solvere, obligari in hoc ut persolvat, id habet tantum locum in pollicitatione facta Reip. non in pacto. Sed dicet aliquis: si hoc habet locum in pollicitatione, & in pacto multo magis. Nam plus est pactum, quam pollicitatio: pactum duorum consensu efficitur, pollicitatio solius offerentis promissione, pollicitatio est animi unius hominis, pactum duorum, aut plurium: plus est pactum, quam pollicitatio: unde si qui ex pollicitatione cœpit dare, aut facere, obligatur ut rem peragat, cur quis ex pacto non obligatur, ut fidem persolvat? ut intelligatur ratio differentiæ, sciendum est, ex pollicitatione actionem dari duobus, aut tribus casibus: primum datur actio ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem*, *inf. de dot. prom.* ergo dabitur etiam ex pacto dotis; non dabatur olim actio de dote nisi ex stipulatione, vel dictione dotis, quæ fiebat solennibus verbis citra stipulationem à certis personis, ut ab avo, patre, non extraneis, ut ait Ulpia. in fragm. hodie citra stipulationem dos constituitur pollicitatione sola, & ex ea actio competit, *d. leg. ad exactionem*: denique ex pacto dotis est actio. Item ex pollicitatione operis, vel pecuniæ facta Reip. non privato homini est actio, ut si quis ob honorem decretum, vel decernendum, vel ob aliam justam causam veluti ob incendium, vel terræ motum, vel aliquam ruinam, quæ civitati contigit, si quis, inquam, ob justam causam polliceatur civitati, se quid facturum, vel pecuniam daturum, hic obligatur ex pollicitatione, in *l. 1. & 3. D. de pollicit.* obligatur hic etiam ex pacto si paciscatur ob justam causam cum actore civitatis se pecuniam daturum, vel aliquid facturum, & ita erit ex pacto actio: at si quis sine causa promiserit ultro Reip. se aliquid facturum, non obligatur, nisi cœperit opus facere, vel pecuniam solvere: cum enim cœpit, obligatur ex constitutionibus & reliquum præstare, *d. l. 1. & 3. de pollicit.* idem admittemus in pacto, si quis paciscatur cum actore Reip. sine causa se aliquid facturum: nam æquum est, ut hic, si cœpit dare, aut facere, reliquum persolvat exemplo pollicitationis. Sed non idem erit si pactum, vel pollicitatio fiat privato: in multis quidem civitates privatis comparantur, *l. inter*, *de verb. signific.* sed in hac causa separabimus civitates à privatis: nam hoc est è re civitatis, ut temere ne polliceantur. Quare qui pollicitus est Reip. cum causa, statim obligatur, & qui sine causa cœpit facere, obligatur in residuum, & continuum: sed qui pollicitus est quid privato, is etiamsi cœperit ex pollicitatione agere, vel facere, non obligatur, *l. 7. inf. de usur. l. si certis annis, inf. hic*. Ex pacto debebat centum annua, eam solvit pecuniam certis annis: an cogetur reliquis annis solvere? minime: item ex pollicitatione solutione facta per annum, non est in residuum actio: est & plerisque aliis causis ex pacto actio, licet non sit ex pollicitatione, ut ex pacto donationis, hodie est actio ex constitutione Justiniani, ex pollicitatione donationis hodie non est actio nisi fiat Reip. aut Ecclesiæ, aut pietatis nomine, & intuitu: donatio quæ fit pollicitatione ea est, quæ

non

non accipitur à donatario; ex pollicitatione donationis non est actio, ex pactione tamen dicimus generaliter esse actionem. Ex est tertius casus, nempe ex voto, *l. 2. inf. de pollicit.* & non male sub. tit. de pollicitationibus tractatur de voto: votum est species pollicitationis, & sunt affinia vocabula, polliceri, & pollucere: nam pullucere est vovere diis: ex his liquet, quid distet hac in re pactum à pollicitatione, & verum non esse pactum vestiri opere cœpto, ut ait *lex si vertis annis, inf. hic*, nisi factum sit Reip. quia voluntas collata in Remp. pœnitentia non revocatur, ut collata in privatum voluntas: cum jure non sit obligatus, qui nudo pacto privato promittit, nec si volui hodie, & nolim cras, jure obligatus sum. Præterea docet Bartol. pactum vestiri jurejurando: hoc est omnino verum: nam qua forma dicit Bartol. pactum vestiri stipulatione subjecta, cur non & ipse dicam, pactum vestiri jurejurando subjecto? verum est, efficacissimum esse pactum, cui subditum est jusjurandum, *l. si quis major, inf. de transact.* Sed hoc modo quicquid fuit pactum ita explicandum est: aut jurat quis se daturum, aut facturum: hoc nihil pertinet ad pactiones, quia non paciscitur, sed jurat: an est ideo actio? minime: ut ex pacto & pollicitatione non est actio, ita ex jurejurando non est actio: excipitur unus casus, qui introductus est lege Julia & Papia, si libertus post manumissionem receptam statim juret se præstaturum patrono pecuniam, vel operas: hoc solo casu obligatur, quis in operis, vel pecunia, *l. 7. inf. de oper. liber.* Dices, in *l. si quis pro eo, D. de fidejussor.* quidam quasi libertus juravit se operas daturum cum non esset libertus, & fidejussorem dedit: quæritur, an obligetur fidejussor; lex ait non obligari. Imo vero, quia fidejussor accedere potest naturali obligationi, & adjungitur ei recte, satis est, ut fidejussio valeat, si præcedat debitum, & ex jurejurando est obligatio, sicut ex pacto: conjungitur pactum, & jusjurandum, *l. Stichum, §. naturalis, D. de solut.* Ut jurejurando, ita pacto tollitur naturalis obligatio: & ut ex pacto, & ex jurejurando nascitur naturalis obligatio, sic etiam tollitur: qui ergo jurat se operas daturum, etsi non sit libertus, obligatur naturaliter: ergo, & fidejussor. Sed respondendum est, in hac specie, eum qui jurat se operas daturum, jurasse quasi libertum, etsi servus esset. Sed si patronus in favorem libertatis exigat jusjurandum à servo, quo juret se post libertatem operas daturum, hic juravit cum servus adhuc esset, vel juravit statim post manumissionem, ut in *l. ult. D. de liber. cau.* ut libertus, in *d. l. si quis* juravit quasi libertus, cum libertus non esset. Igitur videndum est: nam si appareat nullam fuisse manumissionem, consequens erit ex eo jurejurando nullam natam obligationem, nec naturalem quidem, & inde fidejussorem non teneri: alioqui si ponas naturalem obligationem, necesse est ut fidejussor obligetur civiliter, *l. & per jusjurandum, D. de accept.* quæ docet obligationem cum promisit libertus operas tolli acceptilatione, tametsi vulgo dicatur, acceptilatione tantum tolli verborum obligationem: sed verborum obligatio non contrahitur per unum modum tantum, id est, per interrogationem, & responsionem, contrahitur tribus modis, per stipulationem, per jusjurandum liberti, & per dictionem dotis: his tribus modis contrahitur obligatio verborum, & eadem tollitur acceptilatione: nam quodcunque verbis quoquo modo contractum est, verbis tollitur per acceptilationem. Sed obligatio, quæ contrahitur per pollicitationem, vel pactionem, an tollitur, & perimitur acceptilatione? minime: quia pollicitatio, & pactio non fiunt solemnibus verbis: pactione, actio, & obligatio, quæ fit, consensu contrahitur, aut tollitur: nam actio, quæ tollitur pacto, non fit solemnibus verbis: solemnia sunt acceptilationis verba: dictio etiam dotis solemnibus verbis fit,

A & ne dixeris arg. *l. & per jusjurandum*; obligationem constitutam per pactionem vel pollicitationem acceptilatione tolli: tractatur de eo genere obligationis in *l. 7. D. de oper. liber. & l. 6. §. si qui absente, D. de confess.* In quo §. conferuntur hæc tria, res judicata, jusjurandum liberti, & confessio: judicatum me absente adversus me non valet, confessio non valet, jusjurandum à servo absente patrono non valet, ut dixi supra: donatio facta μονομερῶς non valet: idem est statuendum de confessione facta μονομερῶς: ea nullius est momenti absente adversario: idem de jurejurando liberti, quod quidem solum parit obligationem: nam & hoc jusjurandum nullius est momenti nisi fiat accipiente patrono: aut ergo jurat se facturum, aut pacto adiicit jusjurandum: hoc casu, si servandum est pactum, & jus-

B jurandum igitur, si servandum non est pactum, nec jusjurandum, *l. juris gentium, §. generaliter, D. de pact. non dubium, sup. de legib.* licet aliud sit jure pontificio: nam etiam servandum est jusjurandum, licet sit contra bonos mores civiles, ut si contenta sit filia dote, & paciscatur, ne quid amplius petat in bonis paternis, quæ pactio licet sit persola, ut Plautus ait, qui persolum oculum in lusco esse ait, servabitur tamen jusjurandum quod pactioni subjicitur: at jure civili ubi non est servandum pactum, nec etiam jusjurandum, nec facit adjectio jurisjurandi ut detur actio, nec ex jurejurando, ergo nec ex utroque: nam ex pacto iterato sæpius non datur actio: iteratio enim nihil adiicit: nec his adversatur quod olim ex constituto si pacto adiiciatur, constituta est actio ex edicto Prætoris: nam

C constitutum non est pactum, plus est quam pactum, quod & verbum satis significat: hoc enim verbum *constituendi* significat consensum, quod etiam adjectio diei demonstrat: nam constitutio omnis est in diem: constituit quis, & recipit se daturum quod pepigit illo die, vel in decimum constituisse intelligitur, ut *l. promissor, de constit. pecun.* ergo plus est constitutum quam pactum iteratum. Igitur ex constituto actio nascitur. Diximus etiam ex *l. si quis major*, pactum vestiri jurejurando, id est, dari actionem ex pacto, cui subjectum est jusjurandum. Postremo aut jurat quis sibi deberi aliquid, & hoc nihil ad pactiones: an ex hoc jurejurando est actio? minime: non est actio propria, sed est actio judicati utilis: nam postquam juratum est, judex dat litem secundum eum, qui jurat sibi deberi, &

D dicitur competere utilis actio judicati, & ita appellatur sæpe *tit. de jurejur.* non datur actio ex priore causa debiti, ex quo jurat sibi deberi, quia novatur judicato. Igitur cum secundum jusjurandum sequitur pronunciatio judicis, novatur prior actio, & est actio judicati, quæ dicitur utilis: actio judicati, directa actio est si judicium exerceatur inter invitos: actio judicati utilis est, si judicium exerceatur inter volentes, si pronuntietur inter volentes ut hoc casu, ex quo datur utilis actio judicati, vel si non sequatur sententia, de jurejurando dabitur actio ex pristina causa, ut ex causa empti venditi, dabitur actio ex empto vendito, *l. si duo, §. Marcellus, D. de jurejur.* Quædam restant alia ex Bartolo, quæ cras explicabo.

Expositis vestimentis pacti, Bartolus pacti nudi de-

E finitionem ponit hujusmodi. Pactum nudum est id, quod vestitum non est: definitio est ex contrario vitiosa, quia ponitur ex contrario pacti, quod contrarium non est, quod ita probo. Contrarii sensus non est sine contrario altero: pacti nudi sensus est sine vestito: ergo pactum nudum vestito contrarium non est. Rursus quod nusquam est, contrarium alteri esse non potest: pactum vestitum nusquam est, ergo pactum vestitum nudo non erit contrarium, nec privatio vestis erit definitio pacti nudi: nuditas in pacto non est privatio vestis, sed simplicitas, cum placitum scilicet pacti sine stetit, nec processit ulterius: pacta & contractus sunt contraria: eorum enim vis & ratio est diversa: pactum est conventio, quæ vacat nomine, &

cau-

causa : contractus est conventio prædita nomine, & causa : contractus civilem obligationem parit, pactum non parit : ergo ex contrario, si vis definire pactum, sic debes. Pactum est quod non transit in nomen, vel causam contractus : vel pactum est quod non est contractus : protulit tamen & aliam definitionem ex *l.1. D.de pact.* quæ verissima est : pactum nudum est duorum, vel plurium in idem placitum consensus, quæ est definitio pacti nudi : pactum ergo nudum est duorum, vel plurium in idem placitum consensus, ut scriptum est in Pandect. Flor. sed ita construere debemus, pactum est consensus duorum, aut plurium in idem placitum, in idem ἀρεστὸν, & consensus quidem persolus, ac simplex, id est, nihil nisi consensus. Ergo pactum nudum consensus persolus, ac simplex, nihilque præterea : duorum, vel plurium in idem placitum, perfecta est definitio. Multas alias definitiones pacti nos tradidimus in præfatione hujus tituli, & omnes sunt bonæ : nam nihil vetat quin possit res una multifariam definiri : dum servetur eadem notio semper : possunt mutari vocabula, non tamen notiones, ut medicus scribit in methodo : *παμπόλλους ἑρμηνείας ἄνευ τοῦ ἑνὸς πράγματος ἐν ταῖς φωναῖς μόνον, οὐκ ἐν τοῖς νοήμασι διαφέρονται*, &c. Post definitionem pacti Bartolus ponit duo exempla pacti, quæ sunt ex Accursio *l.jurisgentium, §.sed cum nulla, de pact.* unum si pactum sit inter convenientes, ut ea conventio esset pactum, erit pactum, *l.juris gentium, §. quod fere, de pact.* alterum si stipulatio fiat inter absentes, quæ stipulatio est inutilis : eam conventionem non possumus tueri jure stipulationis, sed jure pacti, argumen. *leg.si unus, §.pen. D.de pact.* hoc igitur ponit pro exemplo pacti nudi : ego vero non accipio pro exemplo : nam dum hoc mihi proponitur, omne pactum esse nudum, audio stipulationem inutilem habere vim pacti, sed exemplum pacti non video, quod mihi repræsentet formam pacti : quæro qua forma sit pactum nudum, quæ est conceptio pacti nudi, quod non dicit, qui mihi objicit mentem tantum convenientium : exemplum mihi non exhibet pacti, qui dicit stipulationem inutilem factam inter absentes habere vim pacti : hoc itaque sit exemplum, do ut des est contractus, quia subest causa, id est, datio ; nomen non subest, quia conventio caret nomine : sed quia causa subest, est contractus : dabo ut des est pactum nudum, quia hæc conventio neque datione, neque stipulatione sumpsit effectum, nec transit in ullum proprium nomen contractus : verbi gratia, dabis mihi togam, ego pallium, consensus est nudus ; simplex, sine nomine, in idem placitum consensus sine causa factus, sine stipulatione : ergo nudum est pactum : dabo equum, tu mihi dabis vestem : & ita etiam si conveniat inter creditorem, & debitorem, ut creditor non petat pecuniam à debitore, vel contra, pactum est nudum, si non subjiciatur stipulatio solemnis, *l.litigatores, §.interdum, D.de recept. arbit.* & similiter si inter me, & te conveniat, ut tu mihi reddas pecuniam, quam ego Titio numeravi, uti reddas pactio est nuda, *l.si tibi, inf. de loc. & cond.* Et ita inter coheredes si conveniat de partibus hereditariis faciendis ex portione, sed nondum sint factæ, & permutatæ invicem, pactum est nudum divisionis, *l.si divisionem, inf. famil. ercisc.* Nam res non excessit fines placiti, res stetit finibus placiti, nec est progressa ulterius : ergo conventio est simplex cum divisione nondum sumpserit effectum, nec stipulatione ulla : & ob id Græci recte definiunt ita, *ψιλὸν σύμφωνόν ἐστιν ὅταν μὴ προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει*, id est, *nudum pactum est, cum non intervenit datio, aut factum, sed consistit conventio in eo, ut daretur, vel fieret aliquid.* Sed pleniorem definitionem fecerimus, si adjecerimus etiam nomen non intervenire ullum, aut non subesse : nam emptio venditio nullam habet causam. Perficitur enim solo consensu, sine traditione rei, aut datione pecuniæ, & hæc priusquam acta sint, perfecta est emptio, & venditio solo consensu : nec tamen est pactum nudum, quia hæc conventio proprium nomen habet : videtur ergo secundum ea, quæ dixi, omne pactum fieri eadem forma, qua fit stipulatio : nam ut stipulatio ita fit recte, dabis dabo, ita pactum nudum ita fit recte, pecuniam illam non petes ; non petam, dabis pecuniam, dabo, & retro, tu vero vicissim dabis pecuniam, dabo, proponi videtur eadem forma pactum, qua stipulatio : unde in *l.juris gentium, §.quod fer. D. de pact.* quæritur hæc verba : *rogavit Titius, spopondit Mævius*, quæ solent fere inseri in novissima parte pactorum, an habeantur stipulationis loco, an pactionis, deinde subjicit : *hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis* : inanis est quæstio, nisi conveniant verba tam pactioni, quam stipulationi : videtur ergo eadem stipulationis, & pactionis formula : promittendi verbum est commune innumeris locis : complectitur enim tria ; sponsionem factam stipulatori, & pollicitationem, & pactionem nudam ; quæ pollicitatio est, solius promissio dicitur : qui pollicetur promittere dicitur, & qui spondet stipulanti promittere dicitur, & inde ratio nominis, quod omnes hi profiteantur se daturos aliquid, vel facturos : qui paciscitur, spondet, pollicetur, promittit, se aliquid facturum : promittere nihil est, quam profiteri, ut apud Petronium Arbitrum, *testibus iuis*, inquit, *obstem, aliquid aliud promittam*, id est, aliud aliquid profitebor ; qua ergo nota discernemus stipulationem à pacto ? nudo animo scilicet convenientium, & fine, atque conclusione tractatus : pacto subjici solet stipulatio : si ergo id, quod pactus fuero te.um rogavi, deinde tu spopondisti, & forte ita instrumento scriptum est, me rogasse, te spopondisse quod pepigeram ante, proculdubio stipulatio est, nisi specialiter contrarium probetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium ; nam si discedimus ut pacti, pactum est, si vero discedimus ut stipulati, stipulatio est : & ideo inspicienda est conclusio tractatus habita inter duos, pluresve : ex eo intelligemus sit pactum an stipulatio. Si ergo scriptum pactum sit nudum, vel stipulatio, tractatus habetur pro stipulatione, & in instrumentis etiam si non fiat mentio interrogationis, vel responsionis, accipiemus pro stipulatione, modo sit stipulatio confecta inter præsentes : nam hoc exigitur, *l.1.inf.de contr. stip. l.ea, quæ, D.de donat. int. vir. & uxor. l.Titia, §.1. D. de verb.oblig. & l.30. eo.tit. & §.si forte, Instit. de verb. oblig.* exigitur ut res sit gesta inter præsentes, alias, si gesta sit inter absentes, si quis alteri miserit cautionem, in qua scripserit se promittere, hanc scripturam non possumus accipere pro stipulatione, quia stipulatio fit inter præsentes : accipimus tamen eam pro pactione : ergo si inter præsentes res gesta est, stipulatio est, si inter absentes, pactum est, non stipulatio, quia stipulatio non fit, nisi inter præsentes, *l.1. D.de verb.oblig.* quia fit solemniter, coram fit, præsentibus his, quorum res agitur, & exigit stipulatio verba solemnia : solemnia verba non sunt, quæ scribuntur, sed quæ pronunciantur coram, aut nuncupantur : & non est stipulatio, nisi fiat coram, non scriptis, sed verbis palam nuncupatis, datis, redditisque vicissim : sed pactio, quæ fit quocunque modo, recte fit inter absentes, *l.2. D.de pact.* verum finge : inter absentes animus fuit contrahendæ stipulationis, & scripsit unus alteri se promittere centum, vel quid aliud stipulationis jure, & ita contraxerunt stipulationem : stipulatio est inutilis : sed quæritur, an habeat vim pacti, quod nusquam concedendum est, & Bartolus hoc loco non concedit, qui utitur argum. *l.non codicillum, inf. de testam.* qui voluit testamentum facere, & fecit inutiliter, ejus voluntatem jure codicillorum non tuebimur, quia non voluit facere codicillos, sed testamentum : ita si animus fuerit stipulationis contrahendæ,

dæ,

dæ, eam stipulationem non tuebimur pacti jure, quia A noluerit pacisci, sed contrahere, *l. 1. §. si quis, D. de verb. oblig.* Si quis ita interrogatus dabis, non respondeat, dabo, sed ita quidni? valet stipulatio: sed si interrogatus dabis, nihil respondeat, sed annuat, an est perfecta stipulatio? minime: est imperfecta stipulatio, cum sine verbis is, qui interrogatur, annuit: nam non contrahitur: & ideo non obligatus est qui annuit, ne naturaliter quidem. Hæc ergo stipulatio est inutilis, nec huic inest pactum, quia obligaretur naturaliter: & ideo dicitur eum, qui annuit, nec naturaliter, nec civiliter obligari, & fidejussorem non teneri; ac eodem modo constat inutilem stipulationem non habere vim constitutæ pecuniæ, *l. 1. §. eum, qui, D. de constit. pec.* & eadem ratione in *l. si quis pro eo, in prin. D. de fidejuss.* si is, qui non erat libertus promisit se operas præstatu- B rum, & dederit fidejussorem, fidejussor non tenetur: ergo non valet etiam prior obligatio, *l. 6. D. de oper. liber.* ergo si is, qui non erat libertus, sed servus, quasi libertus juraverit, inutile est jusjurandum: & ideo quia juravit nec naturaliter quidem obligatur: jurijurando inutili non inest consensus, sicut stipulationi inutili non inest consensus sive pactio: quia jurare voluit non pacisci, aut polliceri: ex jurejurando obligari voluit, non ex pollicitatione vel pactione: si non valeat jusjurandum, nec constituitur ex eo obligatio ulla, nec civilis, nec naturalis: ergo ut non inest stipulationi pactio, ita jurijurando inutili non inest consensus, non pactio, non pollicitatio, & fidejussor non tenetur. Nec moveri debemus *l. si unus, §. pen. D. de pact.* cui congruit *l. an inutilis, & l. si acceptolatum, D. de accept. & l.* C *cum emptor, D. de resc. vend.* consentiunt in hoc eæ ll. ut acceptilatio inutilis habeat vim pacti: id quod contractum est re, non potest tolli acceptilatione, quia verborum tantum obligatio acceptilatione tollitur; fit enim verbis; & quod fit verbis, verbis tollitur: quod re contractum est, inutiliter tollitur per acceptilationem: ergo etiam si acceptum feram id, cui dando adversarius obligatus est re, acceptilatio est inutilis. Sed an videtur tacite id actum ut non petam? sic certe: si acceptilatio est inutilis, tacita pactione id actum videtur ne petatur: sed argumentamur male ab acceptilatione ad stipulationem: procliviores sumus ad liberandum, quam ad obligandum, *l. Arrianus, D. de oblig. & action.* non temere constituimus obligationem, facile liberamus: nec licet nobis a liberatio- D ne ad obligationem argumentari: ergo nihil moveri eo debemus. Post hæc Bartol. tradit, duas esse virtutes pacti, sic eas appellat: unam pariendi actionem si sit vestitum, ubi dicendum, si sit legitimum: nullum enim est vestitum: alteram formandi actionem ipso jure, sic legendum, si fiat in ipso contractu ex continenti, & formandi ipsam actionem contractus, si fiat ex continenti, & quid sit ex continenti, interpretatur recte, si fiat nulla intermixta aliena actione, nisi casus aliquis naturalis incidit, qui coegerit unum ex contrahentibus paulum secedere, *l. cum antiquitas, inf. de testam. l. duos, §. ultim. D. de duob. rei. stip.* denique ait, incontinenti fieri quod fit in ipso contractu, nondum absoluto contractu. Græci id explicant de verbo ad verbum, ut proprie dicant pactum, incon- E tinenti, quod fit συγχρόνως, id est, in ipso tempore contractus: nam quod fit peracto contractu absolutoque, fit ex intervallo, & ita si pactum fuerit ex continenti, format, inquit, ipsam actionem, format contractum: sed adiicit præterea, & novam parere actionem præsc. verbis: duo ergo ex sententia Bartoli, pactum quod incontinenti apponitur, præstat: format primum actionem, quæ nascitur ex contractu, & quodammodo dat formam certam, deinde facit novam actionem præs. verb. hoc non admitto, id male colligit ex *l. 2. inf. de pact. int. emp. & vend.* pactus est emptor cum venditore rem sibi reddi oblato pretio quandocumque. Id vero cohærebat contractui: ut impleatur fides pacti

A hujus, lex ait agendum esse præscr. verb. vel ex vendito: ergo ex lege adiecta contractui incontinenti nascitur actio præs. verb. Sed nihil eo moveri debemus, quia subiicit, statim dari ex vendito, supervacoa igitur actio præscr. verb. quia non datur nisi deficientibus his, quæ nomen habent, ut *l. Labeo, D. de contr. empt.* impugnat denique eam sententiam; quod suppetat actio ex vendito, sed ideo, ait, Imperator in *l. 2. D. de pact.* agi præscriptis verbis, vel ex vendito, quia dubitabatur an posset agi ex vendito ad rescindendam venditionem; videbatur enim absurdum. Sed cum admiserit, ut agatur ex vendito ad resciendendam venditionem, cessat actio præs. verb. quod merito fuit admissum in lege commissoria, *l. si fundus, D. de leg. commiss.* vendidi tibi fundum lege commissoria, id est, ut si ad B diem non solveres pretium, res mihi restitueretur: non solvisti pretium, agam igitur ex vendito ad rescindendam venditionem: significat lex de hoc fuisse dubitatum, & opus fuisse rescripto principis: sed postquam hoc definitum est rescripto principis, concludamus, supervacuam esse actionem præscr. verb. imo nec competere: & adiicit recte Bartol. pactum formare actionem ipsam ex contractu, vim ejus hanc esse, ut mutet naturam contractus, *l. Lucius, D. depos. l. cum dotem, inf. de ju. dot.*

Quæ supersunt ex Barto. non adeo longa sunt quin paucis absolvamus, & expediamus, priusquam veniamus ad *l. 11.* pactum incontinenti factum formare ipsam actionem, & formandi hanc esse vim ait Barto. ut naturam contractus immutet: hoc est verum, ut heri do- C cui; item ut actionem quæ erat bonæ fidei, faciat strictam in eo persequendo quod pacto continetur: hoc est falsum, ut docui in *l. 6. hic*, & ipse Barto. hoc falsum esse sentit in *d. l. 6.* Si igitur ipse contraria dicit, & pacto dat hoc loco quod ademit illo, an constans erit Barto. & similes juris interpretes? & certe constantes nulli sunt: quamobrem de his posset dici quod Cato de Græcis, bonum esse eorum vitas inspicere, non perdiscere: certe nec inspicere bonum est, antequam pura juris disciplina institutus fueris. Sed pergamus: addit Barto. hanc formandi vim locum habere non tantum in judiciis bonæ fidei, sed & in judiciis strictis, & ita pactum incontinenti factum etiam stipulationi inesse ex parte actoris, id est, ex eo pacto agi posse ex stipulatu, quod etiam est falsum: id enim tantum est rece- D ptum in judiciis bonæ fidei, *l. juris gentium, §. quinimo, D. de pact. & leg. in bonæ fidei, inf. hic.* & nihil obstat *l. lecta, D. de reb. cred.* cum dicit, pactum in continenti appositum inesse stipulationi: respondendum enim est, pactum inesse ex parte rei, non ex parte actoris. Item nihil obstat, quod si negotia ita contrahantur, ædifico tibi domum, ut tu eas pro me Romam, vel trado tibi domum, ut tu mihi reficias illam ex *l. 6. D. de præsc. verb.* (quæ explicanda est ex *l. tenetur, §. 1. D. de actio. emp.*) hæc negotia nomine vacant, & pariunt actionem præscr. verb. in hoc ut eas Romam vel domum reficias: nam hæc lex eundi vel reficiendi, contractum efficit: ædificatio enim, vel traditio sola, contractus non est: stipulatio per se sola contractus est: pactio si qua additur stipulationi, perfe- E ctioni stipulationis nihil addit. Bart. si contractus innominatus gestus sit hoc modo, ædifico tibi domum, ut eas pro me Romam, scribit esse actionem præs. verb. non ex contractu innominato, sed ex pacto illo ut eas pro me Romam, male; nam omnis actio præsc. verb. ex contractu, *d. l. juris gentium* esse contractum inquit, unde nascitur actio præs. verb. Sed hæc pactio contractum efficit; ædifico tibi domum: nondum est contractus, ædifico tibi domum ut eas pro me Romam, est contractus: hæc pactio si abest, & contractus abest: quin & perfecto contractui si ex continenti addatur pactum, licet ex eo pacto dicatur nasci actio, *l. in bonæ fidei, inf. hic.* tamen est ex contractu: cum & appellationem sumat ex contractu, puta ex ven-

dito

dito actio: nam his actionibus agitur, ut fiat quod actum est pacto incontinenti facto, in ipso negotio emptionis, & venditionis: pactum enim contractui inest, quasi forma: & ideo qui agit ex pacto, ex contractu, agit ex forma: ne ergo dicas actionem præscr. verb. esse ex pacto: nam ex pacto non est actio, etiamsi fiat ex continenti, sed ex contractu, ut fiat, quod ex continenti adjectum est pacto. At finge, ego stipulanti tibi promitto me ædificaturum domum ea lege, ut mihi des centum. Bartol. scribit esse contractum innominatum, facio ut des, quod est falsum: promitto me facturum, non facio: non est ergo facio ut des, & stipulationem esse quis non videt? Stipulatio autem est contractus, *l. 1. §. 1. D. de pact.* Ergo cum stipulanti promitto me facturum ea lege, ut mihi des centum, non est contractus innominatus, quia stipulatio est. Postremo quærit Bartol. si in contractu venditionis addantur complura pacta, veluti, ut meo nomine exigas pecuniam a meo debitore, ut tibi describam librum, ut mihi rationes tuas exhibeas, ut pro te eam Romam: si ita in contractu venditionis hujusmodi pactiones continenter adnectantur, quærit Bartol. an omnes dicantur cohærere contractui: respondet, cohærere emptioni, & venditioni, male: nam & hæ pactiones nihil pertinent ad contractum emptionis, & venditionis, alienæ sunt a contractu: ergo male cohærere dicuntur: & ita in *l. fundi, D. de cont. empt.* cum ego tibi vendo fundi partem, & statim legem addo, ut tu aliam partem conductam habeas certo pretio: quæritur, an ut impleatur pactio agi possit ex vendito, quasi pactum illud servandum sit: & respondetur, non posse agi ex vendito, quia pactum hoc nihil pertinet ad venditionem, nisi probetur vilioris vendidisse, ut hæc conductio præstaretur: si nihilominus vendiderit justo pretio, & pactum hoc adjectum erit, ut impleatur ea pactio, non agetur ex vendito, quia aliud est pactio a negotio emptionis, & venditionis. Sed Bart. ita posuit speciem: in contractu emptionis, & venditionis addita sunt compluria pacta, hæc nempe, ut venditor det fidejussorem evictionis nomine, ut si emptor non solvat pretium intra Cal. proximas, res sit inempta: ita in hujusmodi contractu emptionis, & venditionis addantur complures pactiones: sic posita specie, recte respondet Bart. omnes cohærere contractui emptionis, & venditionis: omnes enim cohærentes esse contractui, idem velti contubernium.

Ad L. XI. Ex conventione quidem, *quæ pactam novercam tuam cum patre tuo dicis cum fundum in dotem daret, ut creditoribus, quibus fuerant prædia obligata, usuras solveret: actio tibi adversus eam competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si fundus æstimatus (ita ut pars instrumenti significat) in dotem datus est: ex vendito actio, ut placitis stetur, competit. PP. Non. Decemb. ipso A. III. & Dione 2. Coss.*

Species hæc est: noverca mea patri meo dedit in dotem fundum eo pacto, ut ipsa creditoribus suis, quibus fundus ille simul, & omnia prædia pignori obligata erant, solveret usuras, ne scilicet possessio fundi avocaretur patri meo per actionem Servianam, per actionem hypothecariam ab ipsis creditoribus, quibus promisit se soluturam usuras: quandiu enim solvuntur usuræ neque personali, neque hypothecaria agere creditores solent: morte patris solutum est matrimonium: quæritur an mihi competat actio vel ex contractu dotis, vel ex stipulatu, ut scilicet ea, quæ fuit mea noverca, creditoribus solvat usuras: videtur mihi competere actio: patri enim meo competebat: ergo mihi, qui heres sum patris mei: rescribunt Impp. mihi actionem non competere: cur ita? quia intererat patris mei manente matrimonio solvi usuras creditoribus hypothecariis, ne fundus evinceretur sibi actione hypothecaria: mea vero nihil interest soluto matrimonio, quia fundus in ea causa est, ut restituere me illum oporteat, & ita res in eam causam deducta est, à qua incipere non poterat, quia alteri facta stipulatio est inutilis: ergo cum desiit mea interesse, non recte agam ex conventione illa, ut mulier solvat creditoribus usuras: actiones inventæ sunt utilitatis causa, id est ejus, quod interest agentis ratione: mea nihil interest, ut mulier solvat usuras creditoribus suis: ergo non agam, ut solvat usuras creditoribus suis: erit mihi actio si pater meus manente matrimonio usuras solverit creditoribus uxoris, ne sibi fundus evinceretur actione hypothecaria, erit actio pro tempore præterito, ut ait Accurs. sed non pro tempore futuro; quia cum fundus dotalis mihi non remaneat, mea nihil interest eam pactionem in posterum observari: ergo non agam in hoc ut pactioni pareatur: & ita hoc procedit si fundus inæstimatus in dotem datus sit, quæ est prima pars hujus l. Secunda est de fundo æstimato in dotem dato: quid ergo si fundus æstimatus datus sit in dotem, jam non est contractus dotis: æstimatio aliam dat formam contractui, sive rei, quæ geritur inter novercam & patrem meum: nam æstimatio venditio est, *l. plerunque dotem, de jure dot. & l. cum dotem, inf. de jur. dot.* ergo cum uxor dat fundum æstimatum contrahitur emptio venditio, quia vir tantum videtur fundum emere, quia tanti æstimatur: & ideo soluto matrimonio cum fundum retinebo si viro successerim, & malim solvere æstimationem mulieri: quare, ut mulier eum fundum liberet pignore, & ut præstet, ut mihi habere liceat, recte agam ex empto: quod pacto ex continenti facto conventum est, in ipsam contractus actionem venit: hic contracta est emptio venditio: æstimatio rei dotalis est emptio venditio: ergo ex empto agam, ut fides pacti impleatur, ut fundus dotalis mihi restituatur, & me liberet hypothecaria, ne mihi evincatur fundus à creditoribus: actio ex empto; quia ego emptor sum: successi enim patri meo, qui videtur emisse cum fundum æstimatum accipiendo. Emptori autem datur actio ex empto, venditori actio ex vendito: at contra lex ait, mihi dari actionem ex vendito, cum venditor non sim, sed emptor: sed actio ex empto, sæpè etiam dicitur actio ex empto vendito, ut in *l. etsi uno, de actionib. emp. l. multum, de her. vend.* Varro 2. de re rust. *emptor poterit ex vendito illum damnare si non tradat:* & ideo dum ait, ex vendito, imperfecta est oratio: intelligendum enim est ex empto vendito, *l. sed & hæc nomine, l. si cum venditor, §. si secundus, D. de evict.* erit ergo mihi, qui heres sum emptoris actio ex empto in hoc, quia fundum retinere malo, ut illa mulier illum liberet pignore, vel ut solvendo usuras efficiat, ne creditores illum avocent. Sed huic parti obstat *l. 1. inf. sine censu, vel reliquis fund. comp. non posse*, eadem est inscriptio legis utriusque, eadem substantia, eadem oratio: in hoc tantum est discrimen, quod hic proponitur in danda dote convenisse, ut mulier creditoribus suis solveret usuras: in illa proponitur convenisse in danda dote marito, ut ipsa mulier tributa fiscalia agnosceret. Rursus hic in secunda parte ita scriptum est: *Sed si fundus æstimatus*. In *d. l. §. 1. sed & si fundus æstimatus*: & ad hæc in extremo legis scriptum est affirmate, *actio ut placitis stetur* competit, in *l. 1.* scriptum est negate. Ergo pugnant invicem: hæc enim non sunt magis pugnantia, quam ajentia, & negantia. Sed respondet Accurs. in *d. l. 1.* agi de tributis, hic agi de usuris: cæterum, quod ad vim differentiæ attinet, neque explicat, neque assequitur Accurs. ergo in hoc responso, quod est potissimum non præstat: Ponenda est species in *d. l. 1.* de tributis, noverca dedit patri meo fundum ea lege, ut ipsa fundi tributa inferret fisco: constante matrimonio, forte fidem pacti non implevit ipsa, nec tributa intulit fisco: & ea tributa fisco pertulit pater, ut debuit: nam tributa sunt onera prædiorum, non personarum, *l. Imperatores, D. de Publ. l. neque, D. de imp. in res dot. fact.* & jus fiscale non potuit lædi priva-

torum pactis ; *l.inter*, *D.de pact.* Mortuo patre meo diremptum est matrimonium : agam quidem : pro præterito tempore si manente matrimonio pater tributum forte intulerit fisco, quod debebat noverca : sed non agam pro futuro tempore, ut solvat fisco in posterum, quia mea nihil interest cum fundum me restituere oporteat mulieri soluto matrimonio : & hoc si fundus inæstimatus in dotem datus sit : sed si fundus æstimatus, videtur mea interesse, ut fundus ille liberetur tributis, ut eum immunem, & solutum optimo jure possideam, quia fundus illa apud me remanet, sed hoc casu *d.l.1.* ait actionem mihi non competere, quia huic pactioni leges publicæ rapugnant, quæ tributorum onus volunt dominum, possessoremqua subire : hæc enim est pactio, ut dominus tributa non agnoscat, venditor, qui desiit esse dominus agnoscat : huic pactioni leges publicæ repugnant, quæ volunt dominum, possessoremque tributorum onus subire, quod & æquitas vult : at superiori pactioni leges publicæ consentiunt, ut debitor solvat usuras creditoribus suis : quid enim justius ? non dominus prædii pignerati, ut venditor liberet fundum pignore, quod est etiam secundum jus commune, *l. evictus*, *D. de evict.* & ideo recte defendit Accurs. aliud esse in tributis, aliud in usuris. Sed in eo, ut non persistet movetur hac ratione : quia pactio illa de tributis solvendis à muliere, quæ dedit fundum æstimatum in dotem, fisco non præjudicat : nam exiget tributum à possessore : inter ipsos contrahentes tamen rsta est ex *l.inter*, & *l.epistolam*, *§.pactum*, *D.de pact.* unde ita mavult respondere ad *dict.l.1.* pactionem illam, quæ est de æstimatione fundi dati in dotem, & opponitur, ut mulier tributa semper agnoscat, non valere in præjudicium fisci, quia poterit fiscus tributum exigere etiam à marito, vel herede mariti, valere tamen in præjudicium contrahentium : assentitur Bartol. huic superiori responso: errant: nam in *d.l.inter*, & *l.epistolam*, *§.pactus*, *D.de pact.* inter debitorem, & creditorem hoc conventum, ut debitor solveret tributa fundi pignerati, justa est pactio, quia debitor est rei pigneratæ dominus, æquum est, ut dominus rei suæ tributa agnoscat. In *d.l.1.* irregulariter conventum est inter virum, & uxorem dantem fundum æstimatum, ut dominus non agnoscat tributa fiscalia, ut emptorem non sequatur onus tributorum : hæc conventio est injusta : ideo nec inter ipsos contrahentes observanda est : & hoc ait *lex 1.* heredem actionem non habere, & hoc quid aliud est, quam eam pactionem non esse observandam ? & vero inter ipsos contrahentes servanda non est, quia legibus contraria est : & longe alia est ratio ejus pactionis, quæ proponitur in *l.inter*, & *l.epistolam*, *D.de pact.* quia in pactionibus, quæ ponuntur in eis legibus, id agitur, ut debitor tributa solvat, quod justum est. In summa dato in dotem fundo æstimato contrahi emptionem, maritum, heredemve ejus pro emptore haberi, & ita ex empto agi, ut pareatur pactis justis, quæ ex continenti facta sunt : justum esse pactum si convenerit, ut ipsa mulier creditoribus suis solveret usuras, justam esse conventionem. Sed si convenerit, ut ipsa tributs agnoscat fundi venditi, injusta est conventio : hæc est æquitas, ut ipsa onera tributorum semper sequantur dominum, id est, eum, in quem transfertur dominium rei : quia sunt onera realia non personalia, & ita alia est ratio usurarum, alia tributorum, & permanendom est in priore sententia Accurs.

Ad L.XII. Pacta novissima servari oportere, *tam juris, quam ipsius rei æquitas postulat. Quapropter si conventione, qua præcessit, diversa pars usuram se non esse consensit, & maxime si (ut proponis) id etiam apud acta præsidis adseveravit, actionem, quæ super prima conventione fuerat, exercere non prohiberis. PP.III. Calend.Martii, Agricola, & Clemente Coss.*

HUjus constitutionis hæc sunt verba : *pacta novissima servari oportere*, &c. proponit Imper. prius regulam juris, quam speciem ipsam ; quæ ex ea regula definitionem sumit : principium prius est, quam id, quod fit ex principio : & principium est notius, quam ut explicatione egeat : principium tale est : Pacta novissima esse servanda : utitur verbis iisdem, quibus Prætor in edicto de pactis. Justa scilicet, & pacta novissima : pactum enim prius posteriore tollitur, *l.si unus*, *§.pactus*, *D.de pact.* & Paulus initio sentent. omne pactum posteriore dissolvi sit, nec aliud est elidere, aliud dissolvere, quin etiam pacto præcedentis obligationis causa mutatur, vel ipso jure, vel per exceptionem, *l. nec ex Prætorio*, *D.de reg. jur.* ipso jure si pactum fiat in continenti, per exceptionem si fiat ex intervallo : & similiter pactum pacto tollitur per exceptionem : id est, prioris pacti exceptio tollitur replicatione posterioris: & ita in specie hic proposita ait Accursius contra exceptionem prioris pacti opponi replicationem posterioris pacti. & hanc replicationem prævalere : nec obstat *l. Stichum*, *§. naturalis*, *D. de solut.* quandoquidem ille §. loquitur de jure naturali, & diligenter separare debemus hæc tria jura, naturale, civile, & prætorium : fateor juris naturalis obligationem pacto constitui, vel constitutam pacto ipso jure tolli, *dict.§.naturalis*, at juris civilis obligatio ipso jure non tollitur, sed prætorio repelli potest per exceptionem, vel fulciri posita replicatione posterioris pacti : naturalis autem obligatio, quæ priori pacto perempta est ipso jure, posteriori renascitur ipso jure, & retro, quæ priori constituta est, posteriori tollitur, sed secundum jus naturale tantum, non secundum jus civila. Ergo quod ait hic, actionem exercere non prohiberis, sic debemus exaudire, ut si forta opponatur exceptio prioris pacti adversus actionem, defendat actor intentionem suam, posita replicatione posterioris pacti. Species talis est. Creditor stipulatus est pecuniam sibi reddi, quam mihi credebat appositis semissibus usuris si tardius eam pecuniam solverem : & promisi ei sortem quoque redditurum, vel si tardius redderem, usuras semisses : deinde convenit, ut peteret usuras, & ita reddidit mihi instrumentum stipulationis usurarum, cautionem usurarum, quæ redditio cautionis sola erat argumentum taciti pacti de non petendis usuris, *l.2. D. de pact.* postea pactum factum est de usuris petendis, & promisi me conventione, quæ præcessit non usurum, idque etiam apud acta præsidis adseveravi : valet posterior pactio, non prior : atque ita creditori erit utilis actio ex stipulatu usurarum nomine, & eo maxime, quod præter pactionem apud acta, professus sum me priori pacto non usurum : ita prius pactum, non tantum postremo pacto, sed etiam professione dissolvitur : posterius professione ea corroboratur : sufficiebat sola pactio, & articulus (*maxime*) non est ἐντεχνικός : quia tantum valet professio, quæ fit apud acta, quantum pactum, sive remissio, quæ fit inter duos, quod demonstro. Si quis pepigerit cum suo adversario ne possit appellare à sententia judicis, non licebit appellare, *l.ult. C.de temp. appell.* Ita qui professus est apud acta se non appellaturum, non potest appellare, *l.1. §. si quis ante*, *D. a quib. app. non lic.* tantum ergo valet professio facta apud acta, quantum pactio, nec adjicit hæc alteri quicquam, cum par sit utriusque potestas : & retro quod pactione non potest fieri, non potest professione facta in jure, sive apud acta : ut pactione servus quis non potest, fieri, ita liber homo non fit servus professione nuda, *l.liberos*, *inf. de liber. cau.* Certis modis fiunt homines servi, aut nascuntur, non pactionibus, professionibus, & confessionibus nudis, *l.parentes*, *eod. tit.* Omne quod acquiritur, vel dominium est, vel possessio, vel obligatio : dominium acquiritur certis modis, non pactionibus nudis, id est, inter modos legitimos acquirendi dominii non est pactio, sive conventio nuda : traditione jure gentium adquirimus, usucapione jure civili, & traditione facta à domino ex justa causa, usucapione cum facta est traditio à non domino, ut in *l. traditionibus*. Sicut ergo dominium acquiritur traditio-

ditionibus; & usucapionibus, & aliis legitimis modis, A non nudis pactionibus: ita obligatio acquiritur certis modis, & tollitur, *l. obligationum fere*, *§. 1. D. de oblig. & actio.* non nudis pactis: possessio quoque non acquiritur nuda conventione: nec enim acquiro possessionem nisi adprehendero: solo animo, vel conventione sola non acquiro possessionem, nec per possessionem dominium: nam per possessionem solet acquiri dominium, *l. 1. inf. de acq. poss.* dominium ex naturali possessione nascitur, *l. 1. inf. de acq. poss.* ergo hæc tria sunt paria hac in re: nam nec dominium, nec possessio, nec obligatio acquiritur conventione nuda: & ita liberi hominis dominium non acquiro nuda professione. Quod si non pactione, nec professione facta in jure, vel apud acta: ergo, in hac specie, si ego pepigero cum creditore meo ne is peteret usuras, & postea pepigero ut pete- B ret, & apud acta professus fuero, me non usurum exceptione prioris pacti: hæc pactio posterior servanda est, non quod pactioni professionem adjecerim: abundans enim fuit professio illa, quam feci apud acta: & sufficiebat sola pactio: constat enim prius pactum posteriori dissolvi, pactione scilicet, vel professione posteriori facta apud acta: itemque in hac eadem specie licebit creditori meo adversus me agere ad exhibendum, *l. 4. inf. ad exhib.* quæ huic coaptanda est: utriusque enim eadem est inscriptio, & subscriptio: priori pacto egeram cum meo creditore ne peteret usuras, & extorseram instrumentum usurarum, deinde subjeceram pactum ut peteret, consequens est ut me ei oportat restituere cautionem usurarum, eoque nomine adjicitur ad hanc legem creditorem adversus me acturum ad exhibendum, C ut cautionem exhibeam, vel si nolim exhibere, creditorem posse in litem jurare quanti sua interfit eam proferri, ut in *l. instrumentis, D. de in lit. jur.* Adnotant interpretes comparari hac in re conventiones supremis judiciis: actiones aliæ sunt viventium, aliæ morientium, *l. ult. in fi. D. comm. prædior.* quemadmodum in his novissimæ voluntates valent, *l. si mihi*, *§. ult. D. de lega. 1.* ut rectè illo poetæ comici loco, *ille moriens nos tibi commendavit senex*, antiquus Scholiastes, *in jure* ait, *morientium ultima judicia certiora sunt*: ita in contractibus novissimæ voluntates valent quasi *ὕστερον ἀμείνον*, quasi posteriora quæque meliora sint. Ergo utuntur comparatione pactionum, & supremorum judiciorum: nam ut in supremis judiciis inquiunt, ita in conventionibus novissimæ voluntates spectantur, & D ita ad definitionem hujus constitutionis addit exceptionem Accur. ut non valeant posteriora pacta, si priori pacto convenerit ne si quid in contrarium postea convenisset hoc valeret: cujus rei argumentum sumit ex *l. si mihi*, *§. ult. & l. si ita adscriptum, D. de lega. 1.* Quidam scripsit testamentum tale: quod Lucio Titio legavero, id neque do neque lego: deinde legavit Lucio Titio: quæritur an posterior scriptura valeat? Resp. legatum non valere remissa, & adempta datione: nam etsi fuerit ademptio prior scriptura est posterior intellectu: Est aliud prius intellectu, aliud prius scriptura: legatio etiamsi sit posterior scriptura, prior est intellectu: & ideo, si quis sic scripserit, si quid bis legavero, hoc tantum semel dari volo: nam etiamsi in posteriore parte testamenti bis legaverit, semel tantum E debebitur, & quidem exiguius, *d. l. si ita*: quia ex duobus unum videtur ademisse priori scriptura; & ita si priori pacto convenerit ne si quid in contrarium convenisset id observetur, sequemur non posteriorem, sed priorem conventionem: verum hoc non est usquequaque verum: nec quod in supremis, idem est in conventionibus: nam si appareat eos recessisse à priori voluntate: posterior valet, non prior: quia contrahentes non possunt sibi legem dicere, à qua non possint contrario actu recedere, & si forte legem sibi indixerint, licet ab ea recedere, & rata erit posterior voluntas, non prior, *l. si quis in prin.*, *de leg. 3. & l. Divi*, *§. licet, D. de jur. codic.* Quidam scripsit in testamento ut non alii codicilli va-

A leant, si quos forte faceret, nisi qui sua manu signati essent: fecit alios, quos non subscripsit, sed demonstravit se velle, & his obtemperare heredes: Lex ait, posteriorem voluntatem valere, & prioribus derogare, & eum, qui sibi legem dixit in codicillis posse eam solvere, & sufficere posteriorem voluntatem: quod memini me respondisse in donationibus causa mortis, cum quidam donasset alii rem certam mortis causa, & legem dixisset, ut non liceret revocare, nisi nominatim mentione habita donatarii, & donationis: quia tamen postea facto testamento donationem, quam fecisset extero revocavit, dixitque se eam rem ipsam, quam donaverat alteri, egenis relinquere, & auferre priori dontario, non adscripto nomine prioris donatarii, nec facta distinctione donationis, quod frustra exigi putabam ex *l. is*, *cui* B cum non fuerit obscura voluntas ejus, qui scripsisset se non perstare in pactis dotalibus, & qui contulisset in egenos: & eadem ratio est *l. ult. in prin. D. de leg. 2.* Pater scripsit heredem filium, & uxorem, & adjecit ut si quid filius à se obsignatum accepisset, id vice codicillorum valeret: deinde epistolam scripsit ad filium non obsignatam, qua demonstravit deditque filio peculium præcipui titulo. Quæritur an ea epistola vice codicillorum valeat, cum non fuerit obsignata. Resp. epistolam valere pro codicillis, quia manifesta erat voluntas patris recedentis à priore judicio, quia scribebat, ut peculium haberet, & præcipuum, & sui juris, & post mortem suam, quod præbet argumentum mutatæ voluntatis, & quoad fieri potest, in eo laboramus semper ut liberum sit cuique se solvere lege, quam sibi quisque dixit in testamen- C to, & ut etiam sit liberum in conventionibus se solvere lege, quam initio contractus sibi dixerunt contrahentes. Ergo ea exceptio Accurs. non usquequaque est vera: comparatio supremorum judiciorum cum conventionibus vera est: duæ etiam aliæ exceptiones, quas proponit Ac. sunt verissimæ, priora pacta non tolli posterioribus, si priora pacta ipso jure actionem sustulerint, si prius pactum perimit actionem ipso jure, ut pactum de injuria, vel de furto ex lege 12. tab. de injuria ex illa lege 12. tab. *si membrum*, *&c.* actio etiam furti tollitur ipso jure ex illa lege 12. tab. *ni pro jure damnum deciderit*, *&c.* & hoc genere si actio injuriarum fuerit sublata ipso jure priori pacto, non potest actio ipso jure perempta posteriori pacto restitui. Tertia exceptio est, posteriorem conventionem non valere, si prior conventio traditione sump- D serit effectum ex *l. ab emptione*, *in fi. D. de pact.* emptio, & venditio contrahitur nuda conventione: Finge: post peractam emptionem, & venditionem venditor rem tradidit emptori pretio accepto, vel non accepto: postea convenit inter emptorem, & venditorem ut emptor rem restitueret venditori: non id est actum, ut discederetur ab emptione, & venditione in integrum restitutis omnibus, sed ut cogeretur emptor rem restituere venditori: constat hoc casu quoniam non agitur, ut resolvatur venditio, sed constituitur nova obligatio, inutilem fore pactionem. Igitur ex hac pactione, non poterit cogi emptor ut rem restituat, & quod dicitur contrario consensu venditionem resolvi posse, hoc primum ita procedit, si res sit integra, id est, si neque res sit tradita, neque pretium numeratum: deinde si res sit E tradita, hoc ita procedit, ut eandem rem restituendo in integrum restituantur omnia: sed in integrum non restitutis omibus si quis paciscatur eam rem restituere, inanis erit pactio. Igitur cum prior conventio traditione sumpsit effectum, posterior pactio non est spectanda, nec vim habere potest, nisi re demum in integrum restituta, licet pacisci de solvenda emptione, & venditione: nam bonæ fidei interpretatio hoc admittit, *l. ab emptione*, *D. de pact.* & ita sunt explicandæ hæ tres exceptiones Accur. cæteroquin stat regula, prævalere pacta novissima.

Ad L. XIII. In bonæ fidei contractibus *ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat. Nam quod postea placuit,*

id non petitionem, sed exceptionem parit. PP. V. id. Ian. Maximiano 4. & Africano Conss.

IMperator ait in bonæ fidei contractibus actionem ex pacto competere si incontinenti fiat: ex pacto facto postea, id est, ex intervallo non competere actionem, sed per exceptionem dari: nam quod fit postea, id ex intervallo fit, ut *l. pacta, de contr. empt.* est enim tota de pactis, quæ subsequuntur ex intervallo. Est vero certa hujus l. definitio: in judiciis bonæ fidei ex eo pacto, quod subsequutum est ex continenti, competere actionem, ex intervallo exceptionem: sed existit quæstio, an idem sit dicendum de judiciis strictis: & multi putant idem esse dicendum de judiciis strictis, quorum opinio mihi non placet: nam in his verbis in bonæ fidei judiciis, quæ leguntur in *l. jurisgentium, §. quinimo, D. de pact.* est manifesta ἀντιδιαστολή, id est, adjici bonæ fidei ad differentiam strictorum: non est ergo idem statuendum de judiciis strictis, cum duobus locis hoc sit proditum de judiciis bonæ fidei. Et verum existimo, in mutuo, quod negotium est stricti juris, ex pacto incontinenti facto, non esse petitionem usurarum, *l. Titius, D. de præs. verb. l. 3. inf. de usur.* in contractu tamen bonæ fidei, ut in mandato ex pacto facto ex continenti est petitio usurarum, *l. qui negotia, D. de mand.* Non idem statuimus in judiciis strictis, quod in bonæ fidei: nam in bonæ fidei dicimus pactum factum ex continenti inesse, id est, prodesse ad actionem: in contractu autem stricti juris incontinenti factum non prodesse ad actionem: & qui aliter sentiunt utuntur his legibus, *l. 4. §. ult. D. de pact. & l. petens, inf. hic, & l. lecta, D. de reb. cred.* quibus respondeamus: primum in *l. 4. §. ult. D. de pact.* poni stipulationem, quam constat esse stricti juris, pure conceptam de reddenda pecunia credita, deinde pacto facto ex continenti convenisse, ut donec usuræ solverentur sors non peteretur: fuit hæc pactio apposita stipulationi ex continenti: lex tamen ait, hanc conventionem pacti inesse stipulationi, quod verbum *inesse* est ambiguum: nam pactum inest, sive continetur contractui, vel ex parte actoris, vel rei. Et faciunt male, qui statuunt, pacta inesse pro parte actoris, & ii, qui ajunt ex parte rei, juris everterunt ordinem, cum *l. jurisgentium, §. quinimo*, dicat, pacta facta ex continenti in judiciis bonæ fidei, etiam ex parte actoris inesse, qui articulus demonstrat ea pacta bonæ fidei judiciis, seu contractibus inesse, non tantum ex parte rei, sed & actoris. Pactum ergo factum in continenti inest in contractu bonæ fidei, non solum ex parte rei, sed & actoris, quod ita potest demonstrari. Contractus est commodatum: huic si adjiciatur pactum ex continenti, pactum illud præparabit actionem, & ita inerit ex parte actoris, sed & ex parte commodatarii, id est, rei: nam si conveniat ex continenti, ut non præstet dolum & culpam, culpæ nomine ipso jure non poterit agere cum commodatario, id est, erit tutus commodatarius, etiamsi non opposuerit exceptionem pacti: quia inest ex parte rei: denique pactum, quod adjicitur ex continenti contractui bonæ fidei, id verissime dicam inesse & ex parte actoris, & rei: & ut hoc definiam: ex parte actoris inest pactum, ex quo competit actio: ex parte rei inest pactum, ex quo competit exceptio, quam tamen non sit necesse opponi & allegari, sed inest tacite & ipso jure, *l. 3. D. de rescind. vend.* Ex parte actoris non inest pactum factum ex continenti, nisi in judiciis bonæ fidei: ex parte autem rei inest pactum factum ex continenti non tantum in judiciis bonæ fidei, sed etiam strictis: & hoc etiam demonstrat *d. l. 4. §. ult. D. de pact.* Sed non dicit ex eo pacto inhiberi actionem creditoris, sed ex eo pacto inhiberi actionem petitoris, id est, tutum esse eo pacto reum, seu promissorem, ut non possit jure agi cum reo, quandiu solvit usuras, quia convenit, ut quandiu solveret usuras, sors non peteretur: quia scilicet dicam, ipso jure non esse intendendam actionem, quandiu est reus paratus solvere usuras, nec necesse esse opponi exceptionem pacti: denique *l. 4. §. ult.* tantum probat inesse stipulationi pactum ex parte rei, non actoris, & eodem modo dicendum est de *l. lecta*: nam *l. lecta*, cujus speciem totam detexui quodam loco de verb. oblig. & heic iterum dico, non dicit, pactum stipulationi adjectum ex continenti inesse ex parte actoris, sed ex parte rei: in hac specie creditor est stipulatus pecuniam sibi reddi Cal. proximis, si non reddatur, usuras ex mora; deinde huic stipulationi ex continenti adjecit pactum, ut solveretur pecunia mense centesimo: & ita mox post stipulationem nullo interjecto intervallo prorogatus est dies solutionis in Cal. centesimas: ante Cal. obstabat exceptio pacti, quæ inest tacite stipulationi, etsi nec allegetur, nec opponatur; ergo propter pactum incontinenti appositum stipulationi jure ante Cal. centesimas non est actio ex stipulatu: & hoc voluit *l. lecta*, pactum illud inesse ex parte rei, id est, à reo non posse peti ante Cal. centesimas ipso jure, & inesse exceptionem pacti: cæterum non dicit pactum factum incontinenti inesse ex parte actoris, nec potest pactum factum incontinenti stipulationi inesse ex parte actoris; ut finge: stipulatus est creditor, pecuniam sibi reddi Cal. proximis: mox subjecto pacto convenit, ut pecunia redderetur intra biduum: quæritur an potest post biduum petere petitor? minime, quia hæc pactio non inest ex parte actoris, id est, hæc pactio non potest parere actionem, parere defensionem promissori potest, eaque contineri ipso jure intelligitur stipulatione: ergo, qui stipulatus est sibi reddi Cal. proximis, si paciscatur sibi reddi citius, pactio non proderit ad agendum: sed si paciscatur debitor ne reddat ante Cal. tertias, pactio proderit debitori ad defensionem, etsi eam non allegaverit: ad summam, hæc tantum dicit *l. lecta*, stipulationi inesse pactum in continenti factum ex parte rei: ex parte actoris inesse, ut prosit ad actionem nullo signo demonstrat. Postremo moventur *l. petens, infra, hic* cui erit facile respondere: petens, inquit, ex stipulatione, quæ placiti servandi causa sequuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit: recte secundum se ferri sententiam postulat, nihil ad rem pertinet hæc *l. petens*: nam nos loquimur de pacto, quod accedit stipulationi, & quærimus an sit ex parte actoris: negamus, illi affirmant, *l. autem petens* loquitur de stipulatione, quæ accedit pacto: hæc sunt valde diversa: ergo *l. petens* loquitur de pacto confirmato stipulatione: inventa est stipulatio obligationum firmandarum causa: nam ut dictum est in Instit. veteres stipulum firmum dixerunt, ut in amphoris auctore Festo stipa est ea, qua fortiter amphoræ sustinentur, ita stipulatio firmare & corroborare dicitur obligationem. Et ad rem nihil pertinet, an præcedat ipsa stipulatio, an sequatur, sicut nihil interest codicilli testamento confirmentur antequam fiant, an postquam facti sunt, *l. ante, D. de jur. codic.* ita nihil interest pactio confirmata fuerit, antequam fiat, aut post, sicut nihil interest mutuum præcedat stipulatio, an sequatur: unus est contractus stipulatio, non mutuum: *l. 6. §. ult. & l. 7. D. de novat. & l. 4. §. ult. & l. 7. D. ad Macedon.* Ergo summa definitio *l. petens* hæc est; si pactio confirmata fuerit stipulatione, procul dubio ex stipulatione est actio, & nihil interest præcedat stipulatio, an sequatur: nam quæ præcessit, sequi videtur natura sua & intellectu, licet non scriptura: & hoc est quod ait *l. petens*, & sequuta est etiam, quæ præcessit intellectu, & natura sequitur, seu præcessit pactio, seu præposita sit stipulatio: sed cur ait statim, id est, ex continenti? ideo scilicet desiderat statim interponi, ut videatur esse conventio, non duæ; quid si fiat pactio ex intervallo & stipulatio? duæ erunt conventiones, pactio & stipulatio, sed si pacto apponatur statim stipulatio, una erit tantum stipulatio, quia id agitur, ut sit tantum stipulatio, *l. 6. §. ult. D. de novat.* Ex bis liquet *legem petens* loqui de stipulatione adjecta pacto: hæc stipulatio obligat: nos loquimur de pacto adjecto stipulationi: hoc pactum non obligat: pactum emptioni adjectum ex con-

continenti obligat, & ita est differentia inter contractum strictum & bonæ fidei : pactum, inquam, adjectum stipulationi incontinenti non obligat, pactum adjectum emptioni obligat, *l. venditor*, *D. comm. præd.* lex venditionis obligat : lex quid est ? est pactio adjecta ex continenti : si obligat, & parit igitur actionem : & ita in hac *l.12.* ait, ex eo pacto, quod adjicitur contractui bonæ fidei, ex continenti competere actionem, sed ita ut competat actio non propria, sed actio ipsa contractus, ut exposui *l.10.* formatur potius actio ipsa contractus, quam producitur nova: pactio obligat,& ex ea competit actio ipsa contractus, quæ producitur eo usque quovis pacti postulat : satis demonstravi, non esse admittendam sententiam eorum, qui ut in judiciis bonæ fidei scriptum est duobus locis, non absque ratione differentiæ aperta, inesse ex parte actoris pacta facta ex continenti, ita inesse censent judiciis strictis : quinimo differentia statuenda est inter judicia stricta & bonæ fidei, nec hoc novum : nam idem est statuendum cum pacta fiunt ex intervallo inter judicia stricta & bonæ fidei : hoc vero dicimus, quod sicut est differentia inter judicia stricta & bonæ fidei, cum pacta sunt ex continenti : ita est differentia cum pacta fiunt ex intervallo : nam aliquando pacta, quæ fiunt ex intervallo, insunt judiciis bonæ fidei ex parte utraque, ex neutra insunt judiciis strictis, *l.3. D. de rescind. vendit. l. pacta conventa*, *D. de contr. empt.* qua quidem mirum in modum confirmatur superior differentia : id ita est ex *d.l. pacta conventa* : pacta, quæ fiunt ex intervallo, aut sunt ex adminiculis contractus, aut de natura contractus : adminicula sunt, sine quibus consistit contractus : adminicula sunt fulturæ contractus : sine quibus contractus consistere possunt, quæ à Græcis Rhetoribus dicuntur *ἀφορμαὶ*, cum ponunt inter partes circumstantiarum adminicula, quæ vocant *ἀφορμάς*. Circumstantiæ adminicula sunt, facta puta, cædes, homicidium, tempus, ut interdiu, an noctu, dum quæritur facta sit cædes, locus, ut loco sacro, an profano, & causa faciendi, vindicandi se, an occidendi alterum, an alia ratione. Et modus, ut occiderit ne clam, an palam, vel an dolo : hæc sunt postrema adminicula, ut cum quæritur, an per interpositas personas occiderit, ut adhibitis servis, an gladio, an veneno:hæc sunt actionis adminicula, sine quibus cædes potuit patrari, potuit sine gladio patrari cædes. Similiter adminicula emptionis sunt subsidia, ut arræ, sine quibus consistit emptio, ut fidejussor evictionis nomine, sive auctor secundus, sine quo consistit emptio, sufficit enim primus & stipulatio : nam quandoque admittitur stipulatio : & sine his consistit emptio. Finge : ex intervallo convenit, ne venditor teneretur de evictione : hæc pactio non inest contractui bonæ fidei ; ideoque non prodest venditori, nisi opposita exceptione : necessaria est oppositio pacti, & è converso, si convenerit ex intervallo, ut venditor satisdet de evictione, ut non petat pretium, nisi det fidejussorem, hæc pactio non inest contractui : nam non poterit emptor ex hoc pacto agere, & cogere, ut det fidejussorem : hæc pacta sunt de adminiculis, de cautione evictionis, sine qua consistit emptio per se, & ut ostendi, neque ex parte actoris insunt, neque ex parte rei : ex parte actoris, quia ex eo non est actio : ex parte rei, quia reo non prosunt, nisi opposita exceptione ; & dicuntur esse extra naturam & substantiam contractus, quia sine his consistit substantia contractus, & abhorrent à natura emptionis ; nam hoc est alienum à natura emptionis,ut venditor non teneatur evictionis nomine, ut venditor satisdet : nam cum quis est venditor petit pretium, nec satisdat, *l.si dictum*, *D.de evict.* Ergo hæc pacta, quæ sunt de adminiculis, sunt extra naturam contractus, sunt extrariæ pactiones quædam, nisi sint de substantia, vel natura contractus ; nec enim differentia inter substantiam & naturam videtur esse, *l.jurisgentium*, *§. idem resp.* pacta ergo sunt de natura, seu substantia contractus, cum fiunt de re vel pretio, vel cum agitur, ut abeatur ab emptione : itaque si ex intervallo conveniat de minuendo pretio, ipso jure tutus est emptor, etiam non opposita exceptione pacti, & ita inest hoc pactum ex parte rei : finge : venit res centum, & ex intervallo convenit, ut esset empta quinquaginta : ipso jure non potest petere venditor, nisi quinquaginta : & ita si convenit ex intervallo de augendo pretio, puta ut res, quæ venit, quinquaginta, veniret centum, venditor ipso jure habet actionem ex hoc pacto, quia intercessit novum pactum, *l.jurisgentium*, *§.adeo*, & *l.si unus*, *§.pactus*, *D.de pact.* & *l.2. D. de rescind. vendit. d. l. pacta conventa*, & *l.3. hic*. Et ita cum ex intervallo paciscor de augendo pretio, hoc pactum inest ex parte actoris : nam præparat venditori actionem ad id, quod pacto continetur. Et si conveniat, ut discedatur ab emptione omnimodo, ipso jure non potest agi ex empto & vendito : ergo inest pactum, etiamsi sit factum ex intervallo, nec necesse est opponi exceptionem pacti, quia insit judiciis bonæ fidei. Igitur ipso jure non erit actio ex empto vendito, sed ex stipulatu, ut si venditor pretium deduxerit in stipulationem, & emptor rem deduxerit, licet convenit, ut abiretur ab emptione, tamen erit actio ipso jure ex stipulatu, & necessarium erit opponi exceptionem posterioris pacti, *d. l. 3. de rescind. vend.* & *l. ab emptione*, *D. de pact.* Et ea pacta, quæ sunt de natura contractus, dicuntur detrahere emptioni: nam detrahunt ea, quæ sunt de substantia, ut pactum de minuendo pretio, detrahunt emptioni priori : & ad agendum valent: pactum detrahit emptioni priori, quia efficit novam emptionem : sed pacta, quæ sunt de adminiculis, puta de evictione, dicuntur adjicere extranea quædam, salva substantia contractus.

Ad L.XIV. Si pacto, quo pœnam *adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio subjecta est : ex stipulatu agens, vel id, quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris : vel pœnam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges. Nam bona adversarii tui in te transferri citra solemnem ordinem frustra deprecaris. PP. Kal. Apr. Gordiano A. 2. & Pompejano Coss.*

EXplicabo hodie *l.14.* cujus verba hæc sunt, *Si pacto, quo pœnam adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset,&c.* Lex est plena eruditionis, cujus species est hujusmodi. Pacto nudo promisit mihi quidam se daturum, vel facturum aliquid, & si non daret, vel faceret, pœnam eodem pacto promisit : promittendi verbum, quo hic utitur Imperator, est commune stipulationum, pollicitationum,& pactionum: de stipulatione non ambigitur, non etiam de pollicitatione : nam pollicitatio est solius offerentis promissio: est certum de stipulatione,est in promptu definitio de pollicitatione, de pactione *l.sciendum*, *§.dictam*, *D.de ædil. ed.* & ita, qui pactus est, promisisse dicitur. Promisit quis aliquid se daturum, vel facturum, & eodem pacto pœnam promisit : porro huic pactioni statim subjecta fuit stipulatio formandæ obligationis causa, his verbis: *dari, fieri, pœnæ nomine præstari rogavit Titius, spopondit Mævius*. Ne dixeris ex pactione, quæ præcessit naturalem obligationem, eandem novari per stipulationem, quia confestim subjecta stipulatione hoc agitur, uti sola stipulatio teneat, *l.5. & 6. D.de novat. l. petens*, *inf. hic*. Ex pactione illa nulla est obligatio : ex stipulatione est obligatio & actio: & hujus stipulationis duæ sunt partes, vel duæ stipulationes, quia vulgo dicitur, tot esse stipulationes quot res : una est ut detur, vel fiat, quod convenit : altera, ut pœna præstetur, si id, vel non fiat, vel detur, quod convenit : & liberum est stipulatori vel hæc, vel illa agere : posterior enim stipulatio, licet sit pœnalis, non novat priorem, *l.prædia*, *D.de action. emp. l.duo*, *l.si quis à socio*, *D. pro soc.* Cur non novat ? quia id non agitur inter contrahentes, & novatio non fit, nisi id aga-

agatur ; agi cum dicimus : tacitam non expressam voluntatem intelligimus, *l. cum quid*, *D. de reb. cred.* nisi adjicias actum nominatim, *l. Sabinus*, *D. de in diem addict.* jure veteri non fit novatio nisi id agatur : constitutione Justiniani non fit novatio nisi id agatur nominatim, *l. ult. inf. de novat.* alioqui res procedit ἀναβατεύως : non ut vulgo ἄνευ καινότητος olim sufficiebat tacita voluntas : hodie expressa ex constitutione Justiniani. Certum est ergo posteriore stipulatione pœnali non novari priorem : & ideo creditor aget qua ex parte, & qua ex stipulatione voluerit, priori vel posteriori : & aget, ut hic : ex stipulatu : ubi perterreri non debemus eo, quo movetur Accurs. quod dicat Imp. agi ex stipulatu de pœna certa, cum sit proditum, non esse actionem ex stipulatu de re certa, sed condictionem certi, si quis certum stipulatus sit : nam si in libris nostris versati sumus, intelligimus etiam actionem ex stipulatu significare actionem certi, & quodammodo actionem ex stipulatu esse genus, & aliam esse actionem certi, quæ dicitur certi condictio, aliam incerti : ergo aget in specie proposita stipulator, qua ex stipulatione voluerit, quia alia aliam non novat, & aget ex stipulatione : ex utraque non aget : quia iniquum est ut rem ferat & pœnam, *l. 4. §. Labeo*, *D. de dol. except.* post moram tamen prioris, quam fieri notandum est, si cessaverit promissor in implenda priori stipulatione, in dando vel faciendo eo, quod convenit : tum fit prioris stipulationis quasi novatio, & transfusio in posteriorem, quæ est pœnalis, *l. obligationum fere*, *§. ult. D. de oblig. & actio. l. ita stipulatus*, *D. de verb. oblig.* quia solius pœnæ exactio superest : cur non novatio proprie ? quia non idem venit in utramque stipulationem : prior enim est de re, ut detur vel res fiat, posterior de pœna : ergo non de eodem utraque : novatio est si mutetur debitor, ut si alius pro alio quasi reus principalis expromittat : novatio est si mutetur causa debendi, ut si obligatio ex testamento transferatur in verborum obligationem : novatio non est si res debita non petatur, ut si aliud veniat in priorem, aliud in posteriorem : & ad summam, si cupis definire brevius quam Ulpian. in *l. 1. de novat.* Novatio est mutatio debitoris vel causæ debendi : mutatio rei non facit novationem : delegatio est rei seu debitoris mutatio : at, sicut dixi, licet non fiat novatio, proprie tamen post moram prioris stipulationis, fit quasi novatio : quia solius pœnæ exactio est, & ob id recte addit Accurs. Imperatorem, dum loquitur de eo, quod in priorem stipulationem venit, uti verbo *consequeris ut fiat id, quod in conventionem devenerat* : sed cum de pœna, id est, de posteriori stipulatione, utitur verbo *exiges* : exigere est exprimere, extorquere pœnam, sed non posses ex priori extorquere id, quod posteriori continetur, & ita fit quasi novatio. Et hæc quidem de stipulatione duplici, id est, cum intercessit duplex stipulatio, una de re danda, aut facienda, & altera de pœna, si non detur vel fiat quod convenit. Quid si stipulatio simplex, & de pœna tantum sit ? ut si præcesserit conventio, id est, pactio vel alius contractus ut detur vel fiat aliquid, & subsequuta fuerit stipulatio pœnalis, ut in *l. nuda*, *inf. de contr. stipul. & l. qui Romæ*, *§. Flavius*, *D. de verb. oblig.* hic una est stipulatio pœnalis : quæ præcessit conventio, est pactio vel alius contractus, non stipulatio : & constat novationem, nullam fieri, quia non idem venit in stipulationem quod in conventionem priorem. Conventio est dare, stipulatio de pœna tantum : ergo non de eodem utraque, quin & hoc casu dicam conventionem priorem stipulatione pœnali neque novari, neque quasi novari, quia non tantum pœnæ petitio est, sed quod priori conventione continetur, id etiam post novationem petitur : manet integra actio ex conventione, si quis ea experiri malit, *d. l. nuda* : sed actor alterutra contentus esse debet, ut & superiore casu, sed utriusque integra est actio, non petitio tamen, nisi stipulationi pœnali sit addita hæc clausula, rato manente pacto : nam tunc & ex pacto actio est, & ex stipulatione, *l. pen. D. de transact. l. rescriptum*, *§. si pacto*, *D. de pact. l. si pater*, *§. si mulier*, *D. de pact. dot.* Et hæc ratio est differentiæ inter stipulationem duplicem, & simplicem : nam duplex hic in se ipsam revolvitur, & se ipsam quasi resolvit, & novat : si prior de re sit, & posterior de pœna, & cesset in priore, stipulatio autem simplex sit, id est, de pœna tantum, sive μονομερής, aliam conventionem, quæ præcessit neque novat, neque quasi novat, *d. l. qui Romæ*, *§. Flavius*. Porro in hac specie, quam exposui, ait Imper. in hac specie agendum esse ex stipulatu more judiciorum : quis hic mos est judiciorum ? occurrit sæpe hæc locutio in libris nostris, *l. 3. inf. si quis alteri vel sibi emer. l. 4. inf. de accusa. l. 2. inf. de probat.* ubi mos judiciorum hic est, qui & stylus dicitur, ut actor probet, non reus, *l. 2. inf. de probat.* ut lis contestetur, ut judex detur, ut absente adversario jus non dicatur, *d. l. 4. inf. de accus.* nisi absit ex contumacia, quo casu hic mos est ut successor præter tria det unum edictum, qui mos significatur verbo *solet* in *l. edictum*, *D. de judic.* solet, id est, mos judiciorum est, ut etiamsi antecessor, id est, prior judex ediderit tria edicta, possit successor dare unum, & hoc absenti indulgere adversario sive contumaci : hoc igitur more ait Imper. in hac l. judiciorum observato, agendum esse ex stipulatu, & ut subiicit, non esse mittendum stipulatorem in possessionem, non posse juste desiderare ut in se transferantur bona debitoris, aget ex stipulatu more judiciorum secundum rationem juris, sed non jure desiderabit promissoris bona in se transferri statim, quia hoc non fit temere, sed sollenni ordine adhibito, veluti, si latitet reus fraudationis causa, neo defendatur : nam mitteretur creditor in possessionem bonorum crediti sui servandi causa, quo genere pignus prætorium contrahitur : deinde translacto certo tempore, bona debitoris venduntur voce præconis, & addicuntur ei, qui pluris emerit : hoc fit ex ordine, & edicto Prætoris, *l. cum unus*, *D. de reb. auct. jud. possid.* fit, inquam, hoc ita ex ordine prætoris, ut primum mittatur creditor in possessionem bonorum rei servandæ causa, deinde venditionem bonorum faciat, licet hoc non permittatur creditori, *l. Fulcinius*, *§. adeo*, *D. quib. ex cau. in poss. eat.* quæ loquitur de furioso, qui non defenditur, quia curatorem non invenit, in quo est hoc singulare, ut ejus bona non vendantur, nisi id permiserit Prætor, alias non est necesse permitti venditionem bonorum : res enim fit ipso jure, & ordine : & hunc ordinem significat Imperator hic : nunc unum tantum desideratur, ut in *l. pro debito*, *inf. de bonis auct. jud. possid.* non loquitur de pignoris captione, quæ fit extra ordinem, *l. si pignora*, *D. de evict.* sed de venditione, quæ fit ex edicto Prætoris : & ad eum ordinem pertinet, quod interim ante venditionem bonorum constituitur curator bonis, postulantibus creditoribus, qui vendat aut locet fructus ex prædiis debitoris, & distrahat res tempore perituras, & constituatur magister interdum vel curator bonis desertis, *l. ult. D. de curat. bon. dan.* si debitor, inquam, foro cesserit, id est, si decoxerit, ut jam non amplius ventitet in forum, & adeo si latitet, & creditores cojerint privato consilio, & elegerint unum, is dicebatur magister olim, hodie curator bonis desertis, per quem bona venduntur, ut portio ipsis, quæ ex reducto pretio fiet, solvatur : ex quo loco explicandum illud Senecæ : *debitorem meum ad diem appellare possim, & si foro cesserit, portionem feram*, ex pretio redacto, scilicet à magistro bonis distrahendis dato, quem locum quidam male intellexerunt, & male interpretes Senecæ in illo loco, nec pacta conventa, quæ signis impressis custodiebantur, pacta accipiunt ex parte stipulatoris, conventa ex parte promissoris, ut pactum præcedit, id est, interrogatio, conventio sequitur, id est, responsio, sive promissio :

missio: ad eundem ordinem pertinet, quod bona debitoris proscribuntur libellis emissis celeberrimis locis, venalia esse, & fore ut vendantur hac vel illa lege: nam solebat addi lex in hujusmodi proscriptione, ut Quintil. demonstrat, & tandem peragebatur venditio bonorum: qui universa emebat conveniebatur à creditoribus, & portionem, quæ dicta fuerat persolvebat, ut ait Theoph. *Instit. de S. Claudiano*. Quantum tempus intermissionem, & possessionem bonorum interponatur nondum satis liquet: & sane non constat: neque ex edicto Prætoris, nec constitutione ulla Justiniani, vel alterius definitum fuisse tempus, quod interponitur inter possessionem bonorum, & missionem: & in *l. ult. §. sin autem, inf. de bon. auctor. jud. possid.* cum loquitur de hoc tempore, corrupte scriptum est, *definitum à nobis tempus*: nullum tempus definivit Justinianus: & ideo recte ab aliis libris absunt hæc verba, *à nobis*. Est quidem quoddam definitum tempus, sed non lege, aut constitutione, definitur arbitrio Prætoris, vel creditorum: nam cum non sit lege, vel constitutione definitum, datum intelligitur liberum arbitrium quanto tempore voluit definire venditionem bonorum, *l. in vendit. §. de temp. D. de reb. auct. jud. poss.* nam cum ex causa damni infecti post missionem in possessionem, ex primo decreto longo tempore non cavetur damni infecti, secundum decretum interponitur, quique missus fuerat in possessionem tantum, possidere jubetur: ejus vero temporis nulla alia est definitio, quam cum Prætori justa causa esse videbitur, *l. Prætor, §. 1. l. si finita, §. non autem, D. de dam. inf.* sic etiam post missionem in possessionem rei servandæ causa, si quæratur, quo tempore distrahenda sint bona: Resp. est, quo videbitur Prætori. Posui autem exemplum in debitore latitante debiti servandi causa, cum tamen ex multis aliis causis creditor mitti possit in possessionem crediti servandi causa, ut Symmachus loquitur, & Justinianus in Nov. *χρέους φυλακτέου ἕνεκα*, *crediti servandi causa*: nam primum mittitur debitor in possessionem rei servandæ causa, si debitor solum verterit, *l. ad cognitionem, D. quib. ex cau. in poss. eat.* & si absens judicio non defendatur, ergo non tantum si latitet, sed si solum verterit, vel si ei heres non extitit, *l. si diu 8. cum seq. l. D. quib. ex caus. in poss.* vel si herès suspensus non satisdedit creditoribus, *l. 16. D. de reb. auct. jud. poss.* & postremo si judicii sistendi causa debitor fidejussorem dederit, & vadimonium deseruerit, *l. 2. D. quib. ex cau. in poss. eat.* sed ideo ponere malui exemplum, quamvis creditor mitti possit in possessionem bonorum ex aliis causis, in eo, qui latitat fraudationis causa, cujus bona possidentur: & imitatus sum jurisconsultos, qui plerumque nonnisi de latitante exempla ponunt, & ratio redditur in *l. Fulcinius, §. cum hoc edictum, D. quib. ex cau. in poss. eat.* quia in usu, inquit, latitantium bona possidentur, id est, usitatius est bona possideri: sed idem est si alia ex causa creditor mittatur in possessionem, ut debeat hic ordo diligenter custodiri: & ita intelligimus, quod ait Imperator hic, creditorem debere agere ex stipulatu, non statim petere mitti in bonorum possessionem debitoris etiam latitantis: hoc exigi non potest citra solemnem ordinem, & hæc erant, quæ pertinebant ad hanc *l. si pacto*.

Ad L. XV. Pactum quod dotali *instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre heres patris sui esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. PP. X. Kalend. Martii, Æmyliano, & Basso Coss.*

ERgo in instrumento dotali, quo pater filiæ dotem constituebat præterea adjecit, ut ea filia ex æquo post mortem sibi heres esset cum fratre. Quæritur an tali pacto obligetur pater: dotis datio, & instrumenti dotalis conscriptio est contractus, *l. contractus, D. de*

A *reg. jur. l. exigere, D. de judic.* & contractus bonæ fidei, *§. fuerat, Instit. de action.* huic contractui est addita pactio ex continenti, ergo obligat patrem, nec licebit plus filio, quam filiæ è bonis largiri: at contra Impp. ajunt ex eo pacto nullam obligationem nasci, & non posse patrem quodammodo seipsum capite minuere: libertatem testandi cuilibet civi Romano concessam amitti capitis deminutione, non pactione nuda: ut nemo libertatem naturalem, id est, potestatem faciendi quodlibet, vel ut Stoici dicunt *ἐξουσίαν αὐτοπραγίας*, pactionibus amittit, cum Jurisconsultus neget eam libertatem posse deperdere pacto nudo, *l. liberis, D. de lib. cau.* Ita nec patris ejus libertatis, pars ejus est libertas testandi: nemo ea libertate, pactione nuda se abdicare potest. Est indignum pactionibus non officiis alienam

B hereditatem promereri, indignum hereditatem obstringi vinculo obligationis, quam conveniebat ex mero dantis arbitrio proficisci: ergo ut ait Imp. ea pactio inutilis est, & quamvis sit adjecta ex continenti, non obligat patrem, ut non liceat plus filio, quam filiæ relinquere testamento: & eadem ratione non valet pactio, vel stipulatio, si stipuler me heredem scribi, vel si extraneus stipuletur se heredem scribi, & si heres non scriberetur, pœnam: hæc stipulatio est inutilis, quia constringit libertatem testandi, & quia officiis non pactionibus sunt promerendæ hereditates, *l. stipulatio hoc modo, D. de verb. oblig. l. cum proponas, inf. tit. seq.* & similiter non valet pactio si in instrumento dotali inter virum, & uxorem, convenit ut præter dotem vir succederet in aliis bonis uxoris. Hereditas aut datur

C extraneo, aut suo: lege aut testamento: extraneo testamento tantum, codicillis non datur: & multo minus pactionibus, *l. hereditas, inf. de pact. conv.* quin etiam hereditas ita datur testamentis, ut tamen sit ambulatoria voluntas dantis usque ad supremum vitæ exitum, *l. 4. D. de adim. leg.* cæterum cum pactionibus datur hereditas hoc agitur, ut non sit integrum danti mutare voluntatem: denique constringitur ultima voluntas. Ergo dantur hereditates testamento, codicillis non dantur: & vero, quæ testamento dantur, nullo vinculo constringuntur: nam testatori liberum est mutare voluntatem testamento, nec sibi legem dicere potest ne mutet testamentum, *l. si quis in pri. D. de leg. 3.* movetur similii ratione *l. cum a[illegible], §. idem respondit, D. pro soc.* quam hic addocit Accurs. quæ est satis difficilis: duo

D ponit Jurisconsultus in *§. idem respondit*, ponit primum quod erat probabile magis, denique quod minus: nam hoc initio statuit, societatem non posse porrigi ultra mortem, id est, fieri non posse, ut societas non finiatur morte alterius socii, vel unius, si sint plures, nam unius mors solvit societatem plurium, neque fieri potest, ut non fiat pactione, vel conventione ulla: deinde adjicit, inita tecum societate bonorum omnium si convenerit, ut me mortuo ea societas continuaretur cum patruo meo, eam multo minus valere: nam adstringo me necessitate relinquendi bona mea patruo, & præferendi fratri, qui mihi est proximior, patruo. Ergo si habeo fratrem, & patruum, vel, si habeo tantum patruum, & post societatem habuero fratrem, & convenerit, ut hæc societas continuaretur cum pa-

E truo meo, non valebit, & liberum erit relinquere bona fratri, vel extraneo, non patruo: nam pactione non potest quis se abdicare ea libertate testandi: unde dubitari potest, quid sit dicendum si convenerit inter socios initio contrahendæ societatis, ut ea societas continuaretur cum filio, qui est proximior. Finge: intercessit inter me, & te societas bonorum omnium, & convenit, ut ea continuaretur cum filio meo; an valet conventio? minime: quia exuit me libertate testandi, dum obstringit me relinquere mea bona filio, non meo arbitrio extraneo aliquid erogare: ergo rata non est pactio: nam & hæc constringit suprema judicia: verum quid fiet si ita, ut posui contracta societate convenerit, ut continuaretur cum herede meo nullo certo herede

rede

rede demonstrato ? & videtur prima specie hæc conventio valere : nam non constringit libertatem testandi, cum dixerimus infinite non designato herede certo. Itaque libertas erit mihi eligendi heredem, sed hoc etiam si initio convenerit, placet pactum non valere, *l. adeo, D. pro soc.* non superiori ratione, sed ista, quia heres est incertus, cum quo agitur, ut continuetur societas, *l. sciendum, D. de verb. signif.* id est, nescitur quis sit futurus meus heres : nam nec ego scio quis sit meus futurus heres : ergo heres incertus est : incertæ personæ electio non valet, & in societate multo minus, quia est electio certæ personæ, *§. solvitur, Instit. de societ.* Qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, quia in persona certa est, quod non est in omnibus. Itaque societas, quæ confertur in incertam personam nulla est; verum, ut redeamus ad eam pactionem, quæ improbatur, hic admonendi estis eam probari maxime *Novell. Leonis Philosoph.* 19. abrogata nominatim ista constitutione, quam præterea scribit nusquam fuisse usu receptam, & non dubito quin sint multæ constitutiones in Cod. quæ numquam usu obtinuere : hæc numquam usu obtinuit, ut ait Leo, confirmatur usus, & abrogatur hæc constitutio à Leone, & hac etiam ratione, quia hæc pactio, ut hæc filia mea cum filio succedat æqualiter, non est iniqua : certe non est iniqua, quæ exæquat filios in successione patris, quos natura exæquabat; & contra iniquum est licere patri contemnere æqualitatem, cui se obligaverit, iniquum est filium fraudare portione legitima, quod hæc constitutio permittit, & ut ait Leo ex hac constitutione pater *κύριος ἐστὶ τὸ τοιοῦτο σύμφωνον ἀτιμάζειν*, id est, *in potestate patris est hujusmodi conventiones aspernere*, & minus filiæ, plus filio relinquere : ergo rectius dicit Leo hujusmodi pactum justum esse, quod æqualitatem constituit inter filios, quod naturalis ratio constituebat : at constringit libertatem testandi : fateor, sed tamen hoc tolerari æquius est, quam inæquale jus dici filiis, maxime cum quis vivus dixit semel jus æquale filiis. Sed in hac tantum specie hoc permittimus, ut possit quilibet sibi constringere testandi libertatem, non in omnibus, cum scilicet dotali instrumento placuit patri, ut æqualiter succederet patri cum filio : nam superiora pacta, quæ præmisimus, non admittemus, nec admittit Leo, quia injusta sunt : iniqua est stipulatio, ut vir cum uxore paciscatur ut succedat uxori instrumento dotali : injusta dicitur, si inter socios convenerit, ut societas continuaretur cum filio, vel cum fratre, vel patruo, ita ut necesse sit eis relinquere bona, non de his disponere, ut voluerit, quia constringit hæc omnis conventio libertatem testandi, quam constringi non est æquum, nisi cum major ratio suadet : est plerumque rationum conflictus, & elidit ratio rationem, ut in hac specie *l. pactum*, hæc est superior ratio, quæ vincit inferiorem : sed in stipulationibus nulla est talis collisio rationum : & eodem modo, si convenerit inter duos de mutua successione, puta ut qui supervixerit alteri, alterius sit heres : ea voluntas mutua est inutilis, inutilis est conventio, quia constringit utriusque libertatem testandi : valet quidem mutua donatio causa mortis omnium bonorum : quin etiam si duo se mutuo heredes scribant, valet testamentum, etiamsi in eadem charta scriptum sit, quod est ex *Novell. Valentiniani de testam.* quæ permittit, ut vir, & uxor se mutuo heredes scribant in eadem charta, & hanc scripturam non esse captatoriam, cum sunt similes affectus, & obtinuit initio, ut tu, & ego mutuo, ex eadem causa scilicet, nos heredes instituerimus, *l. captatoria., D. de hered. instit.* ergo mutuus affectus potest efficere, ut veluti reciproca heredis institutio utriusque fiat, vel etiam donatio causa mortis : sed liberum est pœnitere, & revocare donationem mutuam causa mortis : & ut hereditates revocari possunt testamento : ita donationes causa mortis : at cum agitur, ut qui supervixerit succedat alteri, nihil agitur : mutua donatio fieri potest inter duos; sed mutuum testamentum, seu mutua obligatio, quæ constringat libertatem testandi, non potest fieri inter duos, & hæc est sententia *l. 4. infr. de inutil. stipul.* ita omnino est explicanda ea lex, quæ loquitur de mutua successione : nam etiam ponitur à Græcis in tit. de mutua successione : mutua addita stipulatione ait, ex ea nullam obligationem nasci, & licere pœnitere : idem in *l. 19. in princip. hic*, & præterea declarat ea lex hoc tantum obtinere inter paganos, ut non possint se ad mutuam successionem conventione ulla obligare : idem non obtinere inter commilitones : nam eos posse inter se pacisci de mutua successione, nec tamen temere, ne quis circumscribatur hac in parte : hoc non oportet simpliciter accipere, ut possint inter se pacisci de successione, non possunt temere, sed unus est tantum casus, qui explicatur in *dict. l. 19.* quo conventio habita inter commilitones de mutua successione rata est, si inter ipsos in ipso procinctu mutuo convenerit, ut qui superesset, heres alteri esset : hoc exigimus, ut in ipsa pugna, aut mortis periculo paciscantur data fide, ut qui superfuerit alteri succedat : & hoc est quod ait *l. 19.* ad discrimen prælii pergentes, id est, euntes in aciem : nam præterquam quod Fronto, & Servius docent, prælium esse conflictum signorum, manumque collationem, & pugnam, bellum autem esse etiam sine prælio, ut cum id indicitur, patratur, est bellum, nec prælium, nisi pes pedi conferatur : ita Græci *ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντες*, id est, ad pugnam prodeuntes. Ergo si in ipso mortis periculo inter se paciscantur, ut qui superfuerit heres sit, rata est pactio, non quasi pactio, sed quasi ultima voluntas, quod consentit cum constitutionibus Imperatorum, quæ jura singularia in testamentis militum constituerunt, & statuerunt, ut quælibet voluntas militis esset pro testamento : nam eodem modo *l. milites, inf. de test. milit.* in ipso prælio si vel in vagina scripserit voluntatem, vel in pulvere gladio, valet testamentum, & rata est voluntas. Ergo ne dicas in *l. 19.* inter se convenientes posse consentire, & valere testamentum, sed in articulo mortis miles potest pacisci de mutua successione, & eam voluntatem legis vim habere; ejus verba hæc sunt : *Licet inter privatos*, id est, paganos, *hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut qui supervixerit, alterius rebus potiatur, &c.* sequitur, *quæ super ultimo vitæ spiritu*, id est, quasi in ipso articulo reddendi ultimi spiritus, *ad discrimen prælii pergentes*, id est, in ipso procinctu, *existente conditione*, id est, uno mortuo, & altero superstite, *ad te delatum esse*, delatum vero fuit à moriente, non fuit ergo constricta ulla libertas testandi, quia fuit hæc ultima voluntas, nec ulla potuit amplius esse, valet pactio : at quælibet voluntas pagani testamentum non est : & si duo pagani ita convenerint, non erit rata pactio, quia non est testamentum, est codicillus, sed eis non datur hereditas : ergo non erit rata ea pactio inter paganos; hæc omnia, quæ dixi, sunt de pacto de succedendo. His est affinis quæstio de non succedendo an valeat, aut non valeat pactum de non succedendo : & hujus quæstionis definitio hæc est, pactum de non succedendo improbari jure civili, ut in eadem specie, si cum pater filiam nuptum collocaret, in instrumento dotis pepigerit, ut pater decem illi daret, nec speraret aliud ex hereditate paterna : hæc pactio reprobatur quasi injusta, quæ excludit filiam jure filiæ. *Lex 3. D. de collat.* ait, eam improbari juris auctoritate, id est, esse contra jus publicum, ut ait. *Lex ult. D. de su. & legit. hered.* ubi Papiniano proponitur eadem conventio, & concludit privatorum pactiones legum auctoritate non censeri, id est, privatorum conventiones has, maxime quæ videntur ab officio pietatis recedere, ut filia non succedat patri ab intestato, non posse legum auctoritati officere : & similiter cum metus est, ne filius agat querela inofficiosi testamenti si exheredetur : finge : in animo esse patri exheredare filium, si pater cum eo pactus sit, ne agat querela inoff. testam. ut quiescat se-

cundum

cundum patrem; nec appellet, ea conventio rata non est, quia ut ait *l. si quando*, *§. illud*, *C. de inoffic. testam.* & Paulus 4. Sentent. tit. 6. meritis filii sunt obstringendi ad obsequia paterna, non pactionibus, sicut meritis non pactionibus sunt promerendæ hereditates, id est, si pater, qui minus relinquit filio, vel nihil, velit sibi morem geri à filio, in hoc eum adigere debet beneficiis, non pactionibus. Obsequium est, si exheredatus filius non agat, sed quiescat secundum patrem, sicut obsequium est, si is, qui jussus est restituere hereditatem non deducat Falcidiam, & is dicitur plenum præstare obsequium, *l. qui totam*, *D. ad Trebell.* Plinius 4. epistol. *illius est liberalitatis, ut obsequium vocetur*: est, ut dixi, obsequium, si filium non agat, sed ad ejusmodi obsequium filius debet provocare meritis: & non valet pactio de non succedendo, sed tamen idem accidit huic generi pactionis, quod superiori: nam ut superior approbata est à Leone, ita & posterior à Pontifice in hoc cum filia profitetur se fore contentam, ut nec amplius desideret quidquam, si hoc confirmaverit jurejurando: id enim Pontifex statuit in *cap. quamvis*, *de pact. in 6.* & in Feudis constat admitti pactiones de succedendo, & non succedendo.

Leg. XVI. explicavimus in *l. 1.*

Ad L. XVII. Pactum, quod bona fide *interpositum docebitur, etsi scriptura non existente, tamen, si aliis probationibus rei gestæ veritas comprobari potest, Præses provinciæ secundum jus custodiri efficiet. PP. IX. Kal. Jul. hisdem Coss.*

Pactum, inquit, *quod bona fide*, *&c.* aic pacta justa observanda esse, quæ non continentur scriptura, quia scriptura est adminiculum: ex scriptura pacti substantiam non consistere: fidei faciendæ non unum esse genus: scripturam ad fidem tantum rei gestæ faciendam pertinere, *l. 4. & l. eam rem, inf. de prob.* quo nihil apertius: at Accursius ad hæc ootat varios casus, quibus necessaria est scriptura, sed nullus eorum pertinet ad pacta, ut ait ad extremum: nec verum est omnibus eis casibus necessariam esse scripturam: non est necessaria in specie *l. generaliter*, *inf. de non num. pecun.* quæ loquitur de chirographo, & ait, frustra opponi exceptiooem non numeratæ pecuniæ, si adscripta sit causa debiti: ergo frustra opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ: an hoc tantum in chirographo locum habeat videamus: est enim hoc magni momenti: quia si frustra opponatur exceptio non numeratæ pecuniæ, debitori incumbit onus probandi in alium quendam modum, & non in eum, quem perhibet cautio, negotium sequutum fuisse, cum tamen alias recte opposita exceptione non numeratæ pecuniæ, onus probandi conferatur io creditorem, ut probet sibi deberi: unde dubitabatur nunquid idem, quod in chirographo, obtineat in qualiber promissione: sed vera est sententia Joannis existimantis idem valere in qualibet promissione, etiamsi promissor eam adduxerit palam coram testibus sine scripto: nam & hoc casu agenti ex promissione, inutiliter opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ: non est necessaria scriptura in specie *l. 1. inf. de jur. emphyt.* oam etsi dicat contractam emphyteusim ex scripto, non ideo prohibet contrahi emphyteusin sine scripto, & verum est sine scripto contractam emphyteusin non minus valere, quam eam, quæ literis mandata sit: accessio instrumenti emphyteutici nihil mutat, *l. ult. inf. de jur. emphyt.* & si ejus, quæ accessit amissio nihil nocet, nec omissio igitur: in *l. census*, *D. de probat.* quam hic affert Accursius, qua dicitur census, & monumenta publica esse potiora testibus, nihil, inquam necesse, ut exprimantur casus, quibus sit necessaria scriptura, ergo non debuit hos casus afferre: sed Accursius admittit cætera: primum, ut non valeat alienatio, vel emphyteusis rerum ecclesiasticarum, nisi fiat ex scripto, *Novell. 7. §. nos.* Item nec emptio, & venditio, quæ noodum scripta est, si initio convenerit ut scriberetur, *l. contractus*, *inf. de fid. instru.* nam hoc casu scriptura est de substantia emptionis, & venditionis: qua de causa etsi postea convenerit, ne fieret scriptura, inest hæc pactio & ex parte actoris, & rei, & nova videtur quodammodo emptio: novam efficit emptionem, & venditionem: & eo casu vitiatur: quod dicitur emptionem, & venditionem nudo consensu perfici: nam hoc verum oon est si convenerit ut scriptis conficeretur: & ideo recte Tribonianus, sine scriptura emptionem habitam perfici nudo consensu, *l. 2. §. 1. D. de contrah. empt.* nam quæ perficiuntur nudo consensu, ea non perficiuntur scriptura. Est & alius casus, quo scriptura desideratur in *l. 3. C. si min. se major. dixer.* ubi quis minor se majorem dixit, & probavit judici, cum tameo oon esset major vigintiquinque annis, quæritur, an in his, quæ postea gesserit, possit quasi minor restitui in integrum: qua in re adhibenda est distinctio: nam primo, si major vigintiquinque annis errore lapsus, vel dolo adversarii circumscriptus dixerit se majorem, proculdubio ei subvenietur in omnibus causis, & negotiis, quæ gesserit postea. Sed non idem dicemus omnino si minor vigintiquinque annis de ætate sua mentitus sit, & se judici ex facie approbaverit esse majorem: quod videtur eo modo etiam judici plane imponere: nam si dolo malo de ætate sua mentitus, ex aspectu corporis judici se majorem probaverit, cum non esset, eo casu non dabitur ei restitutio in integrum: malitia ejus supplet ætatem: erat facilis probatio ætatis ex aspectu, *l. minor vigintiquinque*, *D. de minor.* & *l. 1. Cod. Gregor. si major probatus fuerit*, & ex aspectu necessariæ partis, qui mos fuit etiam Atheniensium. Plato in 11. de legib. & Aristophanes in Vespis eo loco παίδων δοκιμαζομένων, &c. ubi Aristophanes Grammaticus, inquit, τῶν παίδων τὴν ἡλικίαν δοκιμαζόντων, &c. Et ita si probaverit se majorem, ei, si quæ postea gesserit, non subvenietur. Quod si alio modo probavit, pone jurasse se esse majorem, adhuc distinguendum est: aut enim corporaliter juravit, aut in instrumento: duo jurisjurandi genera proponuntur, corporale, aut ex scripto: & dicitur corporale, cum quis sublata manu, vel tactis sacrosanctis Evangeliis juravit se majorem. Balsamo vocat σωματικὸς ὅρκος, sic & *l. 1. inf. si adver. vend.* & qui ita juravit, non potest restitui in integrum: at qui in instrumento, id est, si comprehensum est instrumento eum jurasse se majorem: hoc casu non dabitur ei in integrum restitutio, nisi contrario instrumento probaverit se minorem: necessaria est hoc casu scriptura, ut *l. testium*, *inf. de testib.* Ergo qui instrumento dejeravit se majorem, non potest restitui in integrum, nisi contrario instrumento se esse minorem docuerit, *l. 3. inf. si min. se esse majo. dix.* & quod posuit est notissimum ex *l. 1. inf. de mand. prin.* in qua cavetur si tribuni notarii, sic illo loco est legendum, id est, à secretis, aut comites consistoriani, vel qui extra ordinem in provincias mittuntur, perferant jussiones principum ad præsides provinciarum sine literis, ne fides eis habeatur.

Ad L. XVIII. Si creditores vestros *ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis: aditus rector provinciæ sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit. PP. VII. Id. Jan. Diocletiano 3. & Maximiano A.A. Coss.*

Lex 18. scripta est ad Julium, & Æmylianum, quod ad rem nonnihil facit, quia fuerunt duo rei debendi: duorum reorum debendi hæc est conditio, ut in singulis sit par obligatio, ut singuli teneantur ipso jure in solidum, & unius petitione, & solutione tota solvatur obligatio: denique ut alius pro alio videatur fidejussor: qua de causa, si Titius, & mulier accepti sunt rei, mulieri succurritur Senatusconsulto Vellejano, quia videtur intercessisse pro correo, *l. vir uxori, in fin. D. ad Senatusconsult. Vellej.* & ita patet acceptis duobus reis vice mutua fidejussisse eos videri; & ideo appellatur

ἀλληλέγγυον in Nov. περὶ ἀλληλεγγύων, nam cum alius pro alio convenitur est ἀλληλεγγύη, sive ut est apud Zonaram in Basilio Porphyrogenneta cum edixit, ut locupletiores tenerentur pro pauperibus tributorum nomine, id appellatur ἀλληλέγγυον, hic sunt duo rei debendi ἀλληλέγγυοι, qui alius pro alio tenetur, quod tamen omne immutavit Justinianus in Nov. 89. nam hodie ex hac constitutione si sunt duo rei accepti ab initio, singuli non tenentur in solidum, nisi dictum sit nominatim id agi: & sicut olim cum esset novatio si id ageretur, vel tacito intellectu, voluit non esse novationem Justinianus, nisi id scribatur nominatim, *l. ult. C. de novat.* ita cum duobus reis acceptis ab initio, singuli tenentur in solidum, idque agi tacito intellectu videretur, voluit Justinianus ut quasi ex mutua fidejussione non teneantur, nisi id dictum sit nominatim: quin etiamsi specialiter caverint, ut singuli teneantur in solidum, & omnes sint solvendo & præsentes, ut habeant beneficium divisionis: hoc etiam est novum: nam olim Hadrianus id dederat fidejussoribus tantum: deinde idem beneficium dedit Just. reis constitutæ pecuniæ, l. *ult. inf. de const. pecun.* ad extremum dedit omnibus reis debendi hoc beneficium, Nov. 99. Ponamus igitur sic speciem de duobus reis secundum jus vetus. Duo sunt rei debendi in 20. creditor ab uno accepit 10. ea lege, ea pactione ne quid amplius ab eo peteret: quæritur an ab eodem possit reliqua 10. petere quasi in solidum obligato: & certissimum est, cum posse ipso jure ab eodem reliqua 10. petere, quia posterior conventio, quæ in ejus persona intercessit, statum, & naturam obligationis mutare non potest: obligationis natura id non patitur, *l. eandem, §. sed si quis, D. de duob. reis*: ergo qui accepit ab uno ex reis debendi 10. & pactus est ne quid ab eo amplius peteret, nihilominus poterit ipso jure ab eodem reliqua 10. petere: sed repelletur exceptione pacti, & ita secundum fidem pacti præsens, inquit, non exigetur alter pro altero: posuit in hac specie convenisse inter creditorem, & unum ex reis debendi, à quo accipiebat partem, ne quid amplius ab eo peteretur. Nunc exponamus verba: *Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quenquam vestrum*, id est, alterutrum ex vobis, idemque pactus sit ne quid amplius ab eo peteretur, & hoc addemus, quia exigit titulus, & quia idem, eademve species proponitur in *l. si stipulatus esses, §. ult. D. de fidejuss.* Conclusio igitur hæc sit, tutum esse exceptione pacti unum ex reis debendi, à quo partem creditor accepit ea pactione, aut lege ne quid amplius ab eo peteretur. Huic definitioni opponitur *lex si ex toto, §. 1. D. de leg. 1.* Quidam ita test. legavit: Titius heres meus, aut Cajus heres meus illi 10. dato, duo sunt rei debendi: nam duo rei debendi constituuntur etiam in testamento, & constituuntur, his verbis. Lucius, aut Titius heredes mei, non etiam his, Lucius, & Titius heredes mei: nam hoc casu singuli debent partes, sed cum dixit Lucius, aut. Titius, singuli tenentur in solidum. Ergo sunt duo rei debendi, *l. 16. de leg. 2.* & ideo male in *l. eandem* legitur, *Titius, & Mævius*, legendum, *Titius, aut Mævius*. Constat duos esse reos debendi cum ita legatur, ille, aut ille dato: igitur, ut ait *lex 25. de leg. 3.* ab utro volet legatarius, legatum petet, & si unus dederit, alter liberabitur: quod si legatarius *partem ab uno* acceperit, respondetur, liberum esse ab alterutro reliquum petere: ergo à quo partem acceperit, liberum erit legatario ab eodem reliquam partem exigere, quod tamen hic negatur: utroque loco sunt rei debendi, in d. *l. si ex toto, §. 1.* manifestum est fuisse duos debendi: heic etiam fuisse inscriptio docet: & quod ait Accurs. in *l. si ex toto, §. 1.* legendum esse non *alterutro*, sed *altero* rejiciendum est: nam utriusque eadem ratio est, & ideo non est mutanda scriptura, quæ rationem habet: nec enim unquam alterutrum dicimus pro altero: fateor alterutrum dici pro utroque in *l. ventre, de acqu. hered.* &

A dicitur utrumque pro alterutro, ut Græcis ἑκάτερον significat utrumque, & alterutrum. Itaque utroque vocabulo alterutro, & utroque utuntur Latini: & ita in *l. ult. §. ipsum, inf. de bon. quæ lib. ex utraque parte*, id est, ex alterutra. Nunquam tamen alteruter pro altero usurpatur. Sed & illud Accurs. non est admittendum, nec *lex si ex toto* hoc suadet, ut à quo partem legatarius accepit, ab eodem possit reliquam partem petere: sed de legatis idem statuitur, quod de cæteris debitis. Sed verissimum est, quod ait *lex si ex toto*, eum, qui partem accepit ab uno ex reis debendi, reliquam ab eo petere posse, quia non totum solvit, quod debebat: solidum autem debebat, & potuit creditor ab eo accipere partem non ea mente, ne ab eo reliquum peteret, sed cum fuit mens, vel cum

B fuit pactum nominatim, sive tacite, ut ne quicquam amplius ab eo peteretur, qui solvebat partem, defendet se exceptione pacti, qui solvit partem: sed incumbet ei probatio pacti; & ideo ait hoc loco, *si probaveritis*, si alteruter vestrum probaverit ita convenisse. Summa igitur hæc sit: eum, qui partem accepit à reo debendi posse ab eodem reliqua exigere, quia potuit accepisse non animo remittendæ reliquæ partis: sed si fuit animus remittendæ reliquæ partis, cujus probatio à debitore exigitur, & pergat nihilominus petere reliquam partem, repelletur exceptione pacti, vel doli, & ita proponitur in *l. si stipulatus esses, in fin. D. de fidejuss.* Duo fidejusserunt in 20. singuli tenentur in 20. sed creditor ab uno accepit 5. eo pacto ne quid amplius ab eo peteret: quæritur an reliqua 15. ab eo peti possint. Minime,

C quia obstat exceptio doli, sed poterit reliqua 15. ab alio fidejussore petere: *& nulla*, inquit, *repellitur exceptione*, quod postremum non carebat dubitatione, ut exegerit ab uno 5. & alia 15. exigat ab alio, nec repellatur ulla exceptione: videbatur enim repellendus, quia non potest alteri cedere actionem adversus confidejussores, utilem scilicet, & efficacem, quæ perempta est exceptione pacti. Itaque, qui accipit 5. ab uno, & reliquum remisit, non potest petere ab altero 15. Opponitur *lex Stichum, §. si creditor, D. de solut.* Duos habeo reos: unus est reus principalis, alter accessorius, id est, mandator, & uterque tenetur in solidum, cum sint duo rei debendi: unus tamen tenetur mihi ex mandato, qui mandavit, ut crederem Titio: alter tenetur mihi principaliter, egi cum Titio, & culpa

D mea actionem amisi, non observatis propositis formulis, ut olim motis erat: deinde ago adversus mandatorem actione mandati: quæritur an recte agam. Minime: quia non possum ei cedere actionem, quam amisi adversus principalem debitorem, unde eadem ratione tentatur in *l. si stipulatus esses*, non posse agere adversus alterum fidejussorem: verum ratio discriminis est aperta: loquitur *l. si stipulatus esses* in duobus fidejussoribus: idem ponatur in duobus mandatoribus: si ab uno partem exegi, puta 5. ab altero recte petam partem reliquam, id est, 15. quia etsi non possim ei cedere actionem adversus fidejussorem, possum tamen ei cedere actionem adversus debitorem principalem: sed aliud est in specie *l. Stichum, §. si creditor*, quæ est de reo, de debitore principali, & manda-

E tore: nam si non possim mandatori cedere actionem adversus debitorem, adversus quem cedam? Itaque jure repellor ab actione mandati. Postremum erat, ad hanc l. Accurs. male adducere *legem liberum, & l. reos, & l. ult. inf. de fidejuss.* quasi pertineant ad istam quæstionem, cum nullo modo pertineant, & committitur non male *l. liberum*: nam ait eum, qui habet plures fidejussores, si unum ex omnibus elegerit, non posse dimisso judicio ab alio reliquum petere, quod videtur pugnare cum *l. reos, & l. ult.* qua dicitur eo non satisfaciente, licere transire ad alterum, & cum eo experiri in solidum, & hæc est sententia *l. reos, & l. ult.* at omnibus conventis fidejussoribus, vel reis, vel simul divisis actionibus, & partibus, ne lis deferatur,

ratur, non licet illo judicio unum ex illis eligere & A convenire in solidum: & hæc est sententia *l.liberum*: sed ea quæstio nihil commune habet cum ista questione: nam quæstio principalis est de duobus reis debendi, quorum uni creditor remisit debitum contentus parte soluta, quæ res facit totam dubitationem, & ideo ait præsidem provinciæ providere.

Legem XIX.exposui nudius tertius.

Ad L.XX. Traditionibus,& usucapionibus *dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. PP. Kal. Jan. ipsis 5. & 4. A.A.CC.Coss.*

Ex hoc versu constat, qui complectitur multa, parvo pondere multa vehi: *Traditionibus*, inquit, *& usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferun-* B *tur*: traditionibus scilicet jure naturali, usucapionibus jure civili: traditionibus si res tradita sit à domino ex justa causa acquirendi dominii; nam si qui tradit non est dominus, non potest dominium, quod non habet, transferre, & nulla traditio, cui non adest justa causa, dominium transferre potest. Ita traditionibus dominia transferuntur, si tradat dominus ex justa caula acquirendi dominii: usucapionibus, si tradat non dominus ex justa etiam causa acquirendi dominii: nam si non dominus tradat ex non justa causa, usucapio non procedet: præterea traditionis auctoritas est voluntas ejus, qui possessionem in alium transfert: usucapionis auctoritas est tempus legitimum: traditio manat ab eo, qui rem suam tradit alteri: usucàpio est à lege, ut ait Marcus Tul. *usucapio*, inquit, *non à privato relinquitur, sed à legibus*: & C ideo falsum est, quod vulgo dicitur, non dominium tradentem transferre usucapiendi conditionem, quia usucapio à lege proficiscitur, non ab homine: id male colligitur ex *l.1. inf. de acq. poss.* quod dicat, per liberam personam possessionem acquiri, & deinde usucapionem anchoari: nec enim ait, per liberam personam transferri dominium, sed possessionem tum usucapionem rei inchoari, deinde inchoatur ipso jure, non per liberam personam, apud quam inchoatur: itaque dicendum non esse tradentem, qui præbet causam usucapionis, sed occasionem, *l.qui alienam, D. de donat. cau. mor.* occasio non est causa, sed circumstat causam, & quod Græcis *σύμπτωμα*: ergo qui tradit rem alienam, occasio est, non causa usucapionis: nec dixeris venditorem transferre causam usucapionis in em- D ptorem: ex his intelligemus, quid distet usucapio à traditione, quod magis apparebit ex definitionibus: quid est usucapio? aut quæris definitionem juris veteris, aut novi: juris veteris hæc est, usucapio est adeptio dominii per continuationem possessionis anni, vel biennii: hoc est clarum: per continuationem possessionis, hic est effectus, ut adipiscamur dominium per continuam possessionem, hoc est necessarium in usucapione, ne interrumpatur. Itaque his verbis excluditur usurpatio, quæ interrumpit possessionem anni, vel biennii, anni rerum mobilium, biennii rerum immobilium: Juris novi hæc est definitio, usucapio est adeptio dominii rerum mobilium & rerum immobilium: rerum mobilium triennii, rerum immobilium decennii inter præsentes, vicennii inter absentes: quod est expres- E sum Theophilo *§.per traditionem, Instit. de rer. divis.* Traditio autem est, quæ fit de manu in manum. Illa verba de manu in manum sunt ambigua: his enim verbis significatur, *ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις*, cum una manu do, & accipio altera, ut in emptione & venditione, hoc fit de manu in manum, ut in 8. Eth. *ἀγορὰ ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα*, quibus verbis significatur negotium, ut vicissim detur, & accipiatur, & ut ait Aristotelis discipulus, *ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα συναλλάξαι*: sed in ea definitione traditionis de manu in manum, traditionem significari, quæ fit ex parte una tantum, cum ego de manu mea rem in tuam transfero, vel cum tu pretium in me transfers. Equidem hæc definitio, non bene explicat vim traditionis: nam fieri potest, ut ego rem meam, vel aliam de manu mea in tuam transferam, & mox eandem retineam: quod certe non erit traditio, etiamsi verum sit me de manu mea in tuam transtulisse rem, quam mox eandem retraxi, vel eam accepit aliquis, ut finge: rem meam possidet Titius, vendidi eam tibi, vis eam tibi tradi, non est in potestate mea, ut tradam, quia eam possidet Titius, qui eam mihi non vult reddere, & contendit eam mihi non reddi debere, ut controversiam dominii faciat: quid fiet? consilium dat Odofredus, ut tu & ego observemus tempus, quo egreditur ad aquandum equum, & ego apprehensis habenis eum tradam in manum tuam, & tunc statim sic fieri, ut videar equum tibi tradidisse, quod est ineptum: quia traditio est possessionis translatio, & ita nihil traditum est: non est translata possessio, quia penes alium manet possessio, ita nec dominium: itaque nihil traditum: ergo fieri potest, ut tibi tradam rem de manu in manum, nec tamen fiet statim traditio vera & legitima. Traditio ergo est datio possessionis, ut in ea specie: si vendidi tibi equum, quem possidet Titius, curare debeo mihi reddi equum, ut impleam fidem conventionis, & te equi dominum faciam: traditio est datio possessionis, *l.3. §.1. D. de act. emp.* non est datio proprietatis, *l.si rem tradi, D. de verb. oblig.* quia rem tradi stipulor, non stipulor proprietatem dari, sed tradi, ubi est elegans *πλοκή*, si rem tradi stipulor, stipulor tantum tradi, non meum fieri, quo significatur id agi, ut detur tantum possessio, non proprietas: addendum ad hæc est species *l.si fundum, D. de fun. dot.* quæ hic afferri solet: maritum, cui non est data possessio fundi ab uxore, sed instrumento dotali conscriptum est, fundum dotalem fieri; quem non possidebat uxor, sed Titius, non esse possessorem fundi: species hæc est: fundum possidebat Titius, uxor instrumento dotali cavit eum fundum mihi reddi, non dedit possessionem ejus fundi, quia erat penes Titium: ergo me possessorem non fecit, quia non tradidit fundum: conscripsit tamen instrumento dotali: ergo ego non sum possessor nec dominus adhuc ejus fundi: atqui eum possum vindicare à Titio, & si non vindicem, tunc mihi res peribit, non uxori. Ergo sum dominus si vindicare possum: vitiosa est collectio: vindicat emphyteuticarius, superficiarius, feudatarius, nec sunt domini, vindicat bonæ fidei possessor Publiciana actione, nec est dominus: sic fundum, quem doti destinavit uxor mihi, si possideatur ab extraneo, vindicare possum, jussu, mandato, voluntate uxoris, licet nondum sim dominus: nam cujuslibet rem licet mihi vindicare domino ferente, volente, mandante; & ita statuendum est, maritum, licet habeat vindicationem, nec dominum, nec possessorem fuisse: nam non fuit data possessio, & consequenter possessor non fuit, nec dominus: nam dominium acquiritur per traditionem possessionis, non ipso jure: ad summam siquis quærat, quid sit traditio, ne dixeris, esse dationem de manu in manum. Nam ita periculosam definitionem feceris, & rectius feceris, si ita dixeris: traditio est datio possessionis. Jam intelligimus quid sit, quod hic traditur, traditionibus dominia rerum acquiri: adjicit, non transferri nudis pactis: ut liber homo non fit servus, ita dominium non transfertur in alium pacto nudo, *l. liberos, D.de lib. cau.* & quod placuit dati pro suffragio, *l. 1. infra de suff.* non temere ad novum dominum transire nudis pactis: ergo nudam conventionem rem non transferre. Certi modi sunt acquirendi dominii, in quibus non est pactio nuda, ergo non sufficit pactio nuda, & hæc l. est conjungenda cum *l. 5. sup. de jur. & fact. ignor.* utriusque eadem inscriptio, & ibi tradit speciem, quæ est similis nostræ. Ego heres sum patris mei, & possideo in hereditate paterna fundum: hunc fundum interrogatus in jure fateor esse maternum errans, cum putem esse maternum: ait hunc errorem mihi non nocere, quod est certum, nec est separandus error juris ab errore facti: quia in damnis amittendæ rei suæ non est differentia inter errorem facti & juris:

quia ubi error juris non nocet; nec facti. Sed in lucris est differentia, quia error juris non prodest: itaque si per errorem confitearis fundum maternum esse, hic error nihil nocet, nec mirum si tibi non noceat, cum (& hoc adjiciendum ex hac l.) si filius sciens prudensque fateatur fundum maternum, non ideo transferetur dominium in matrem, quia transfertur traditionibus, & usucapionibus, non confessionibus, & filius si velit fundi matrem dominam facere, debet fundum tradere, sola confessio dominam matrem non facit. Ergo traditionibus, & usucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur: ait traditionibus, & usucapionibus: quæritur an non aliis modis? sane multis aliis; sed ut in edicto de Publiciana actione Prætor fecit mentionem tantum usucapionis, & traditionis, licet multæ sint species in jure, quibus dominia transferuntur, *l. 1. §. ult. de Publ. in rem act.* ita hic fecit mentionem traditionis, & usucapionis, quibus dominia transferuntur, quia sunt usitatiores formæ: at non ideo existimandum est, nullas alias restare species, quibus dominia transferantur: primum enim præter traditionem jure naturali dominium acquiritur alluvione, venatione, piscatione, & aliis modis apprehendendæ possessionis, de quibus agitur in *tit. de rer. divis. Instit.* & jure civili legato, ipso jure, hereditate, sive aditione hereditatis, ipso jure, *l. si ager, D. de rei vind.* donatione causa mortis, exemplo legatorum, *l. 2. D. de Publ. in rem act.* ergo, quod est notandum, statim ipso jure etiam sine traditione acquiritur. Itemque arrogatione dominium acquiritur bonorum arrogati: nam arrogatorem sequuntur bona arrogati, & adjudicatione in judiciis duplicibus tantum, in aliis judex dominium non facit: nam nec prætor: item cessione in jure, ac mancipatione, quæ dicitur nexus, & datio nexi, & traditio nexi: nexus tamen latius patet: nam complectitur obligationem nexi, & liberationem nexi, quod est ex jure veteri. Caduca acquiruntur fisco sine possessione, & ereptitia, id est, quæ indignis eripiuntur, ut Ulpian. docet in Fragm. tit. 19. ergo falsum est, quod dicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam rerum earum, quas exposui, dominium acquiritur sine possessione ipso jure, sed in legato, hereditate, donatione causa mortis, caduco, cessione in jure, & mancipatione, factum aliquod intervenit, & traditio quædam civilis: veram traditionem jus naturale induxit, nexum & cessionem in jure jus civile: præscriptione dominium non acquiritur, sed exceptio tantum: nec etiam dominium ipso jure acquiritur in specie *l. ult. sup. de Sacros. Eccles.* ut ait Accurs. male: nam Ecclesiis, & cæteris locis sacris dat Imp. hoc privilegium, ut rem, quam emerint, nec acceperint, possint vindicare, ac sunt quædam vindicationes fictitiæ, quibus finguntur esse domini, nec sunt tamen. Male etiam ex *l. 1. inf. de donat. quæ sub modo*, male ex *tit. de in diem add. & de lege commissoria*, colligitur, pactis dominium acquiri: nam illis locis dominium non dicitur acquiri, sed nunquam recessisse à priori domino: ut cum vendidi tibi rem, & tradidi ea lege, ut si mihi liberi sint, res esset inempta, non acquiritur dominium vi pactionis, sed dominium à me nunquam recessit: quia traditio fuit conditionalis. Itaque semper verum est, nuda voluntate, & pactione dominium non transferri, imo nec possessio, nec obligatio: omne quod acquiritur, vel est dominium, vel possessio, vel obligatio: dominium est rei proprietas, possessio est usus rei: nec dominium acquiritur pacto nudo, aut voluntate, quia corporali apprehensione opus est: nec etiam potest possessio acquiri, sine usu rei, & apprehensione rei corporali: neque id colligitur ex *l. si quis rem, de acqu. possess.* nam loquitur de amittendo: est differentia: quod non amittam animo solo dominium, animo amitto possessionem: sed in acquirendo non est differentia inter dominium, & possessionem, ut dominium non acquiritur sine possessione: ita possessio sine prehensione non acquiritur; & hæc tria non acquiruntur nudo pacto. At ambigitur tantum de dote, quia ex causa traditionis fit dominus is, cui res sit tradita, dominium enim non transfertur sine traditione possessionis, *l. dotali, §. dotale, de fun. dot. l. de divisione, solut. matrim.* Sed quæritur an solus sit maritus dominus, qui dotem accepit, an & domina mulier: qua in re pugnat *§. per traditionem, Instit. de rer. divis. cum l. quamvis, D. de jur. dot. & l. in rebus, C. eod. §. per traditionem* ait, dominium acquiri jure naturali. Lex ait, maritum jure civili esse dominum, uxorem jure naturali. Breviter dicendum, in *§. per traditionem* inspici initium dotis constituendæ: quo inspecto maritus est dominus jure naturali, inspecto exitu rei, quia interim omne emolumentum redit ad uxorem, pro qua onera matrimonii sustinet maritus, & quodammodo in dominio uxoris esse videtur, maxime cum soluto matrimonio dos omnis recurrat ad uxorem jure naturali est domina dotis: & ita nanciscitur dominium jure civili, uxor jure naturali, ex eodem *§. per traditionem* oritur alia dubitatio de donatione: nam dicit, eum, cui res tradita est ex causa donationis esse dominum jure naturali: at mox Justinianus ponit donationem inter civiles acquirendi modos: nam in *tit. de rer. divis.* tractat de naturalibus modis acquirendi dominii, in *tit. de usucap.* de civilibus: res est expendenda ex jure antiquo: nam hodie donatio comparatur venditioni: acquiritur dominium ex causa donationis jure naturali tantum, ut venditione: at veteri jure longe aliud erat: nam non erat idem donatio, & venditio. Venditio perficiebatur solo consensu, donatio non perficiebatur solo consensu, sed datione ipsa: donatio est rei datio, venditio non est rei datio, sed consensus nudus: præterea donatio aliter fiebat in Italia, aliter in provinciis: in Italia per mancipationem, in provinciis per traditionem: donatio, quæ fit per mancipationem est civilis acquisitio, donatio per traditionem est naturalis modus: & ita igitur si quæras de donatione secundum jus vetus, an ea dominium acquiratur jure civili, an naturali: dicendum est, aut donationem fieri per traditionem nexu, & hæc erat civilis acquisitio: aut fiebat per traditionem naturalem, & erat naturalis acquisitio.

Ad L.XXI. Cum proponas, inter vos *sine scriptura placuisse fratrum tuorum successiones æquis ex partibus dividi, & transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides. Quod si adversarius tuus teneat: ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea quæ placita sunt, adimplere paratus sit. PP. Kal. Maii. Faustio 2. & Gallo Coss.*

SPecies hæc est: cum lis esset inter te, & Titium de bonis fratris tui, Titio herede scripto, te agente querela falsi testamenti, convenit inter vos transactionis causa, ut bona inter vos ex æquo dividerentur, & ita à lite discederetur: & convenit sine scriptura, ut recte proponitur: nam ex scriptura pacti substantia non consistit, *l. 17. hic, l. 5. tit. seq.* Et satis est, si alia ratione eam, qua nititur pactionem judici approbare possit: non est una ratio probandi scriptura, sed sunt aliæ, ut testes, & confessiones, quarum unam si elegerit, eamque in judicio judici probaverit, rata est pactio etiam sine scriptura: supervacanea est scriptura: nam & acta sunt supervacanea, *l. sive apud acta, tit. seq.* nam quæ & acta succedunt pacto, sunt supervacanea, & sine actis, & instrumentis rata est pactio. Ergo, ut hic proponitur, cum inter te, & Titium esset lis de bonis fraternis, & Titius diceret se esse heredem ex testamento, tu diceres falsum esse testamentum, ita de lite decidistis inter vos sine scriptura, ut ex æquo dividerentur inter vos bona fraterna, de quibus agebatur: ex ea conventione tu si

possis

possides bona fratris; vel partem bonorum, de qua convenit inter te, & Titium, potes te defendere exceptione pacti conventi adversus Titium, si forte Titius vindicet ea bona: at si tu nihil possides, Titius totum possidet, agere ex ea conventione non potes. Ex pacto ergo facto transactionis causa, datur exceptio, non actio: & hæc est sententia hujus l. ergo, ut videtur, rectius fuisset posita sub tit. de transact. sed excusari potest hac ratione, quod per totum hunc titulum vulgata sit illa regula, ex pacto actionem non nasci: nihil refert qua ex causa pactum intervenerit: nam & si transactionis causa intervenerit, ex eo dabitur tantum exceptio, non actio. Ergo in hac specie, si tu non possides bona fratris, ex ea pactione nulla tibi superest actio. *Si*, inquit, *tibi stipulatione non prospexisti*: nam si pacto subjecisset stipulationem, ex stipulatu esset actio: ex pacto, licet interpositum sit transactionis causa, non est actio: non est credendum Accurs. qui annotavit *stipulatione Aquiliana*: quod est stultum: Aquiliana stipulatio novat priorem obligationem: stipulatio quæ subjicitur pacto non novat, *l. 7. de obligat.* stipulatio confirmat obligationem pacti, non novat, novare infirmare est, non confirmare. Igitur si pacto addita sit stipulatio confirmandi pacti causa, erit ex stipulatu actio, ex pacto non erit: nam eo casu id tantum agitur, ut stipulatio tantum valeat, quæ subjecta est pacto, & magis pacto impletur substantia stipulationis: subjicit in extremo legis, etiamsi non possideas bona fraterna, & non habeas actionem ex pacto adversus Titium possidentem bona fraterna: si tamen Titius transactione uti velit, id est, si tibi instituenti querelam injusti testamenti opponat transactionis exceptionem, repelletur replicatione doli, quod non sit æquum eum excipere, qui pro sua parte fidem transactionis non implevit. Ergo sicut in *l. nuda*, *inf. de contr. stipul.* qui pepigit, & ni pacto staret, stipulanti promisit pœnam, aut pati debet ex pacto actionem, licet jure non sit ex pacto actio: aut inquam pati debet male agentem, ac si bene ageret, aut inferre pœnam. Ita etiam Titius pati debet te agentem, & rursus instituentem querelam testamenti falsi, nec poterit se defendere utiliter transactione: nam qui transactioni non paret, uti ea non potest: qui fidem non præstat, eam exigere non potest, *l. sive apud acta*, *tit. seq.* ergo non satisfaciente Titio transactioni, qua convenerat inter vos, ut discedatur à querela falsi testamenti, jure instaurabis adversus Titium querelam falsi testamenti: & hæc est integra sententia legis. Nec obstat huic posteriori parti *l. cum mota*, *& l. si pro fundo*, *tit. seq.* quibus definitur, lite transactionem finitam instaurari non posse: dicendum est litem hic non fuisse finitam, sed pendere, ut ibi nominatim scriptum est: in *l. sive apud acta* convenit inter te, & Titium, ut bona fraterna inter vos dividerentur ex æquo, de quibus erat inter vos lis, sed lis propterea nondum finita est, superest adhuc, & pendet transactionis fides: quid enim si utrique, vel alterutri displiceat? non dicetur finiri lis transactione: lis transactione finita intelligitur si est impleta fides transactionis ex utraque parte: & ita loquitur *l. si pro fundo*, *tit. seq.* Quæ ita est finita, non potest instaurari, impleta ex una parte tantum nondum est finita: ideo si tu renuntiaveris liti, si litem dereliqueris, non ideo finita est lis: omittere litem non est finire litem. Et certe tantum abest ut in hac specie, & in specie *l. sive apud acta* ex utraque parte impleta sit fides transactionis, ut non sit verum pacto renuntiari liti: nam etsi tu pepigeris cum Titio, ut accepta bonorum parte, fratris à lite discederes, liti non renuntiasti: alioqui si liti renuntiasses, jam non esset pactio nuda re interveniente: si res est, pactio non est nuda, sed negotium, & contractus: & esset eo casu actio petitioque partis bonorum: sed quia liti non renunciasti, ideo Titius in suis finibus placiti stat, & ideo ex ea conventione non est tibi actio: & ita in altera *l. cum mota* dicitur, litem esse finitam, & instaurari non posse, etiamsi fides transactionis non sit impleta ex utraque parte: hoc enim ita colligitur ex ea l. id vero procedit tantum in querela inofficiosi testamenti, de qua ibi agitur. Species hæc est: adversus te heredem institutum egi querela inofficiosi testamenti, & convenit inter nos, ut tu mihi dares centum, & discederem à lite: & desinerem agere de inofficioso testamento: tum primum implevi fidem transactionis, & discessi à lite, ex eo negotio, inquit, est actio præscrip. verb. quia res ita gesta fuit ab initio, dabo ut facias, & licet ego prior cœperim à lite discedere, tamen non vitiatur forma contractus, quæ fuit dabo ut facias: alioqui non esset actio præscrip. verb. si res ita gesta facio ut des: nam daretur actio de dolo, non præscr. verb. quia ergo initio ita res gesta fuit, ut dares centum, & ego à lite discederem, pactum est dabo ut facias: Sed tamen cum postea ego implevi fidem, id est, cum discedo à lite, negotium est, ex quo est actio præscr. verb. Si postquam discessi, nolis mihi dare centum, agere præscr. verb. possum. Convenit in jud. inoff. testam. inter litigatores, ut darentur actori centum, & discederet à lite, ac mox decessit: ex hoc quasi negotio, & contractu dabitur actio præscr. verb. quia qui discessit compellet adversarium præstare centum: cæterum, ut ait *lex cum mota*, non poterit litem semel omissam instaurare ob perfidiam, vel contumaciam adversarii, qui non præstat centum, quæ promisit. Finitur ergo lis cum vel unus pro sua parte implevit transactionem morante altero: hoc est spectandum in querela inoffic. testam. quia hæc querela imitatur actionem injuriarum: ulciscitur enim injuriarum per notam exheredationis illatam exheredatis. Unde Jurisconsultus in *l. Papinianus*, *in princ. de inoffic. testam.* ait, patrem filio exheredato non posse filii nomine agere querela inoff. testam. invito filio: quia filii injuria est, non patris, ut in *l. filius*, *eod. tit.* quia filii indignatio est: in utroque est indignatio: in eo, qui exheredat, & in eo, qui est exheredatus, & testatoris indignatio extorsit exheredationem: indignatio exheredati extorsit querelam inoff. testam. quia dementiæ arguitur testator: qua de causa cum judicabant olim pro exheredato, ita pronunciabant, *videri patrem non habuisse justas causas irascendi filio*. Plinius 4. epist. vel contra exheredatum ita pronunciabant, *videri patrem justam habuisse causam irascendi filio*, *justam indignationem patris esse*: ergo querela inoff. testam. quodammodo injuriæ persecutio est, famosa exheredationis persecutio, & ultio: denique imitatur actionem injuriarum: actio autem injuriarum tollitur renunciatione qualibet, & pactione, & dissimulatione: nulla est actio in jure. quæ facilius tollatur, quam actio injuriarum, *§. ult. Instit. de injur.* id est, si quis injuriam ad animum non revocavit. Sic & qualibet renunciatione, & pactione querela inoff. testam. abolетur, *l. nam etsi*, *l. Papinianus*, *§. si quis post rem*, *D. de inoffic. testam.* & abolita semel non potest instaurari: aliæ actiones pactionibus non abolentur, ut pactum non parit, ita non abolet actionem, nisi injuriarum ex 12. tab. quæ voluerunt uti hæc actio perimeretur pactione: ergo aliæ actiones non perimuntur pactione. Non perimitur pactione si fuerit renunciatum falso testam. sive non perimitur querela falsi testam. Ergo in hac specie licet tibi instaurare querelam falsi testamenti, etiamsi eam omiseris transactioni non satisfaciente adversario: Nam & contra si adversarius, puta Titius, tibi dedit partem bonorum fratris, ut lis omittatur, Titio dabitur condictio indebiti, vel condictio ob rem datam, *l. 1. D. de cond. cau. dat. l. eleganter*, *§. 1. & pen. de condict. indeb.* ut res sit æquabilis vicissim te litem omittente, si nolit Titius dare, quod promisit, integrum erit tibi litem instaurare, quæ non fuit pacto perempta. Licebit etiam tibi agere actione præscrip. verb. si cœperis à lite discedere, nec adversarius impleat transactionem, quia negotium hoc est, non pactio, *d. l. cum mota*: sed cum neque omni-

modo

modo à lite discessisti; nec adversarius dedit partem bonorum, id est, cum neutra ex parte impletur fides conventionis, neutra ex parte est actio ex transactione.

Ad L. XXII. Pactum curatoris *recipere minorem quantitatem paciscentis, adultæ ætatis suffragium ne noceat, efficiet: tutores enim & curatores exigentes pupillis & adultis debitum, non etiam remittentes præstant obligationis liberationem. PP. XVIII. Kal. Decemb. Sirmii, ipsis 7. & 6. AA. Conss.*

LEx 22. loquitur de pacto tutoris, & curatoris, an noceat pupillo vel adulto: ponitur pactum tutoris, & curatoris remittentis partem pecuniæ debitæ pupillo vel adolescenti pactione habita cum tutore pupilli vel adolescentis. Lex ait, pactum tutoris non nocere pupillo, id est, non parere exceptionem: tutores, & curatores exigere possunt pecuniam à debitoribus, ut ipso jure liberentur, pacisci non possunt cum debitoribus, ut per exceptionem liberentur. Nam hæc pactio donatio est, & tutores donare & perdere rem pupillorum non possunt: licet habeant liberam omnium bonorum administrationem: & ut vulgo dicitur, tutor vicem domini obtinet cum rem administrat, non cum pupillum spoliat: id est, cum diminuit bona pupilli, tunc non est vice domini, cum rem bene gerit, tunc est vice domini, quia habet plenissimam, & amplissimam administrationem rerum pupillarium, habet vim & potestatem in caput liberum. Itaque pupillo quasi loco domini est: nam quid est tutela? Est vis & potestas in caput liberum. Itaque tutor quasi dominus est, sed non cum spoliat: itaque potest tutor exigere debitum pupillo, potest solvere quod debet pupillus, potest novare, jusjurandum deferre omnibus probationibus aliis deficientibus, *l. tutor, D. de jurejur.* potest rem pupilli obligare, potest pignori dare, & alienare si exigant bona pupilli, potest etiam pacisci, & transigere decidendi causa, *l. pupilli 96. §. ult. D. de solut. & liber. l. interdum, §. qui tutelam, D. de furt.* rata est pactio si tutor transigat cum fure, qui subripuit rem pupilli, si ita transigat ut fur reddat rem pupilli subreptam, non duplum, rata est transactio: Sed ita si transigat ut remittat illi actionem furti, & rem furto ablatam, inanis est transactio, quia jura pupilli diminuit: posset forte tutor efficere, ut non acquirat pupillus actionem, sed non ut acquisitam amittat, *l. sed si unus, §. 1. D. de injur.* est actio injuriarum, si quis de servo alieno quæstionem habeat: injuriam mihi facis, si servum meum torqueas: ideo est mihi actio injuriarum: si servum pupilli fustibus ferias, est pupillo actio injuriarum, nisi fecisti voluntate tutoris: Itaque efficiet voluntas tutoris ne pupillus habeat actionem, sed quam nactus est pupillus, non efficit ut eam amittat. Sed si remisit, non nocet pupillo, & licet possit transigere decidendi, non tamen diminuendi causa, *l. Lucius, §. ult. D. de admin. tutor.* eadem ratio est servi, & filiifamilias: Nam ii, licet habeant liberam administrationem peculii, non tamen possunt rem perdere, & diminuere, *l. filius, hic*, hoc obtinet, & in filiofam. ut fuit expositum in *l. 3. sup.* Ubi docuit, pactum tutoris non nocere pupillo, subjicit pactum filiifamilias factum diminuendi animo non nocere patri. Idem obtinet in servo, in filiofamilias, licet habeant administrationem bonorum, & in procuratore omnium bonorum procedit: Nam is, cui est mandata actio vel defensio, nec potest transigere, nec jusjurandum deferre, nec pacisci, *l. 17. 18. & 19. D. jurejur.* sed procurator, qui habet generale mandatum, transigere quidem potest decidendi causa, & solvere, & alienare, & pignerare, & aliud pro alio petere, sed non donare, transigere diminuendi causa: nam & administrator rerum civitatis non potest pacisci diminuendi causa: unde arguitur subesse mendum in *l. mandato, D. de procur.* dum ait procuratorem, qui habet generale mandatum; non posse transigere decidendi causa: hoc est falsum: potest ut hic exposui. Itaque legendum, *diminuendi* causa, ut *l. Lucius, §. ult. D. de admin. tutor.* ita est scriptum in tutore, cui similis est procurator, non posse decidere diminuendi causa.

Ad L. XXIV. *Si actionem legati, vel fideicommissi, quam adversus heredes mariti quondam tui habuisti, te adfectione heredum aliis remisisse probetur, exceptionem pacti contra debitores, instituendi actiones nocere tibi minime posse intelligis. PP. XVII. Kal. Janua. Sirmii CC. 3. Conss.*

FInge: legavit maritus uxori aliquid ab heredibus suis Primo & Secundo: heredes mariti Primus & Secundus illa putabat esse Cajum, & Titium: actionem igitur legati uxor, quam habebat remisit Cajo, & Sejo, & ita eis, quos putabat esse heredes remisit non veris heredibus. Quæritur an ea remissio prosit veris heredibus: quod videtur prima specie dicendum: nam eam actionem remisit affectione heredum, quia putabat eos heredes, neque videtur ea affectio pernegenda. In veris heredibus aliud dicendum est: quia pactum cum alio factum, aliis non prodest, *l. si tibi, §. cum possessor, D. de pact. l. Imperatores, §. ult. de transact.* Qui erat in possessione alienæ hereditatis pactus est forte cum creditoribus, vel debitoribus hereditariis: hoc pactum lex ait non prodesse legitimo heredi, vero heredi: non nocere etiam si postea decesserit a possessione hereditatis: & ita *l. 24. hujus tit.* Sed obstat *l. si post, D. de constit. pecun.* pactum factum cum falso herede, vel putativo, ut ait Accurs. de non petendo legato, non prodest vero heredi: ita pactio cum possessore alienæ hereditatis non prodest ei, qui postea eam evicerit. At *l. si post* ait, si possessori alienæ hereditatis constituerit debitor se soluturum prodesse, constitutum vero heredi, qui postea hereditatem evicit: cur ita? Constitutum est accessio, non novatio, nec significat sortis obligationem: hoc est certum. Est enim constitutum seu *ἀντιφώνησις* accessio, non novatio, prioris obligationis. Nunc finge: debitor hereditarius possessori hereditatis, quem putabat verum heredem esse, constituit se soluturum ad diem certum: evicta est possessori hereditas à vero herede, quæritur an vero heredi competat actio constitutæ pecuniæ: & competere respondetur: differentia inter pactum, & constitutum hæc est, pactum fit per se, ita pactum factum cum falso herede, vero non prodest: sed constitutum, quia est accessio, factum in personam falsi heredis prodest vero heredi, quia cum verus heres evicit hereditatem, in eum transferuntur omnes obligationes, nec dubitatur competere ipso jure: ergo si principalis obligatio transit in personam veri heredis, & consequenter obligatio constitutæ pecuniæ, quæ est accessoria transit, & fidejussoria obligatio, *l. heredes, D. de fidejuss.* ergo non mirum si constitutum sequatur verum heredem, cui competit principalis actio, sed idem non potest constitui in pacto.

Explicavimus in *l. 3. l. XXIII.* cras perveniemus ad *l. 25. & 26.*

Ad L. XXV. Debitorum pactionibus, *creditorum petitio nec tolli nec mutari potest S. 4. Kal. Maii, Sirmii, CC. 3. Conss.*

L. XXVI. Pacto successorum *debitoris ex lege duodecim tabularum æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso jure divisum, in solidum unum obligare creditori non potest, quod & in honorario succedentibus jure, locum habet. De chirographis itaque communibus exhibendis, coheredem vel non perfectis in divisione placitis, convenire, quanti tua interest potes. PP. 3. id. Octob. Variani CC. Coss.*

DEbitorum pactionibus, &c. Ponitur species duobus reis. Acceptis duobus reis promittendi id egit creditor, ut singuli tenerentur in solidum:

sata

rata est conventio, & ex ea singuli tenentur in solidum: quid si forte postea rei inter se paciscantur non adhibito creditore, ut suam quisque partem exsolvat? hæc pactio, quæ prius facta est cum creditore, non potest dissolvi: pacto debitorum creditori præjudicari non potest: & hoc est, quod ait, debitorum pactionibus creditoris petitionem nec tolli, nec minui posse: tollitur, cujus substantia perimitur, mutatur, cujus qualitas minuitur, vel augetur: sed mittamus speciem Nov. nec longius abeamus, & contenti simus ea specie, quæ proponitur in *l. seq.* nam & ideo subjecta est statim ut superiori regulæ propositæ in *l.* 25. suppeditaret exemplum: & ita in *l.* 25. proponitur thesis: in *l.* 26. hypothesis, & eodem modo, quo in *l. 2. inf. de luit pign.* generaliter proponitur, vinculum pignoris durare submota obligatione personali, quod omnibus prima specie videtur esse mirum, & incredibile, ut maneat pignus, & accessoria obligatio sublata principali, & diu quærunt exemplum, sed longius abire solent, cum tamen in l. proxima ejusdem tit. scriptum sit exemplum valde perspicuum: puta si sint duo heredes debitoris, & creditor sit hypothecarius, qui habeat, & personalem actionem, & hypothecariam: heres tenetur utraque actione, sed diverso modo: nam actione personali tenetur pro portione hereditaria, non in solidum ex *l.* 12. tab. quæ æs alienum divisit inter coheredes, id est, noluit esse commune pro indiviso inter coheredes, sed obstringit tantum eos pro portionibus hereditariis: actione hypothecaria singuli tenentur in solidum, quia lex 12. tab. eam non divisit, *l. rem, D. de evict.* quare ut dixi, si duo sint heredes debitoris, singuli tenentur actione personali pro portione hereditaria, vel hypothecaria, singuli tenentur in solidum. Nunc finge: unus solvit partem crediti, liberatur tantum actione personali pro parte, quam solvit: ergo sublata est actio personalis in ejus persona, sed conveniri adhuc potest actione hypothecharia in solidum, quia individua est hypothecæ causa. Sic fit ut qui liberatus est actione principali, non sit liberatus actione hypothecaria: & ita etiam ad *l. 25. hujus tit.* ex proxima *l.* 26. est ponendum exemplum de duobus heredibus debitoris, aut pluribus: illud certum est, quod jam attigi ante, duos aut plures heredes debitoris teneri creditoribus hereditariis non in solidum, sed pro portionibus hereditariis: & hoc esse, quod dicitur, nomina ipso jure esse divisa, & non venire in judicium familiæ erciscundæ, *l. 2. §. ult. D. famil. ercis. l. 1. inf. si cert. pet. l. 1. inf. de except. l. 1. inf. si unus ex plur. hered. l. 1. inf. de hered action.* cujus ita debet species poni. Defunctus debet Titio C. ego, & tu defuncto debitori heredes fuimus, tu pro quadrante, ego pro dodrante: quæritur an Titius creditor à te possit petere integra C? Minime, sed quadrantem tantum à te petet, id est, 25. à me dodrantem, id est, 75. quia ipso jure inter nos divisum est æs alienum: nunc si conveniat inter me, & te, qui defuncti hereditatem adjimus, ut tu solidum exsolvas creditoribus hereditariis, & sic hoc pacto divisionis hereditatis conveniat, ut omne æs alienum suscipias, & ne sit commune, non ideo magis parabitur creditori adversus te actio in solidum: & hoc est quod ait in *l. 26. pacto successorum, &c.* male legit Haloander, *pactum successorium*, cum sic legatur in omnibus libris: *pacto ergo successorum*, id est, ex pacto successorum debitoris ex *l.* 12. tab. æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso jure divisum in solidum unum obligare creditori non potest. Denique ex pacto obligationem hereditariam unum solidum obligare non posse: & eadem forma in *l. creditor, D. de pignor. pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur*: est Atticismus: & recte loquitur de ære: nam lex 12. tab. habet tantum locum in act. in personam, si cert. pet. *l. 1. D. de interrog. in ju. facien.* id est, lex 12. tab. inter heredes dividit æs alienum tantum, & actionem si certum petatur: nam si

A sit actio incerti individua est, & singuli tenentur in solidum, etsi sit actio in rem, non in personam si certum petatur, & ea actione heres tenetur in solidum, qui rem possidet, vel si pro parte possideat, tantum pro qua parte possidet, non pro hereditaria, *l. si possessor, D. de rei vindic.* Ergo lex 12. tab. habet tantum locum in ære alieno, & in ære suo, ut mox dicitur. denique in ære quod dividitur inter coheredes pro hereditariis portionibus. Male Accurs. hic, æs alienum dicit quod defunctus debuit, recte, & quod defuncto debetur, male: nam quod defuncto debetur, æs suum est, non alienum, vel ut Cicero loquitur, nummi sui non alieni: nam nummi, ut æs etiam dicuntur de nominibus, nedum de pecunia: sed fateor legem 12. tab. habere locum in utroque ære, utrumque æs suum, & alienum

B dividitur æquis portionibus inter coheredes, id est, agunt heredes cum debitoribus hereditariis, & conveniuntur non insolidum, quod judex mutare non potest, nec voluntas testatoris, nec pactio. Quintil. in declamatione 336. pactus erat frater minor cum fratre majore, ut communem agrum susciperet, & æs alienum patris solveret. *Finge*, inquit, *esse aliquem ex creditoribus, qui partem crediti sui a me petat, quid respondere possim? agrum fratri dedi: cum fratre meo convenit mihi, ut ille solveret. Num dubium est, quin dicturus sit creditor: partem tu debes mihi: ergo etiam*, inquit, *si conventione æs alienum transferebatur a te, jure tamen, & veritate erat & meum.* Ait, pactum factum non immutare actionem creditoris, id est, etiamsi conventione æs alienum patris transfera-

C tur in unum ex fratribus, jure est commune, & aget creditor cum utroque pro hereditariis portionibus. lex 12. tab. quæ hoc statuit scripta est de heredibus, sed interpretatio porrigitur ad bonorum possessores, ut ait *l.* 26. quod & in honorario succedentibus jure locum habet: id est, in bonorum possessoribus, ut sæpe in aliis legibus hereditatis appellatione continetur bonorum possessio, *l. hereditatis, D. de verb. signif.* At finge: ego & tu heredes sumus debitoris: in divisione hereditatis convenit inter nos, ut tu solidum solveres creditoribus hereditariis: qua de causa cessi chirographis, cessi actionibus, quæ pro mea parte mihi competebant: verum est creditores hereditarios compelli non posse te convenire in solidum: quia pactio creditoris actionem minuere non potest: sed ta-

D men inter nos fides pacti observari debet, ut solidum solvas: si tu eis non solveris solidum secundum conventionem, ego repetam abs te chirographa, quæ cessi, vel agam tecum actione præscrip. verb. id est, quanti interest solidum solvi: ergo etiamsi in divisione conveniat inter heredes, ut unus solvat solidum, non mutatur actio creditoris: nam potest creditor cum utroque agere pro hereditaria parte. Sed tamen si fides pacto non præstetur, licebit coheredi adversus coheredem agere, qui non implet fidem pacti. Ideo si cessi chirographis, ut tu susciperes omne æs alienum, & non velis suscipere, repetam chirographa, vel agam præscrip. verb. nam in hac specie non est pactum nudum tantum, sed est contractus, id est, permutatio. Nam hoc ut tu susciperes omne æs alienum,

E in divisione hereditatis est permutatio: hoc est certum, quia fit permutatis ultro citroque partibus, *l. cum pater, §. hereditatem, D. de lega.* 2. divisioni, & permutationi bonorum adjecta est pactio de ære omni alieno dissolvendo a te: ex hac pactione, licet non mutetur jus creditoris, æquum est te agere posse, *l. licet, inf. fam. erc.* vel condictione ob rem dati causa non sequuta: qua repetam chirographa, quæ cessi tibi ea lege, ut omne æs alienum solvas: concurrit condictio ob rem datam cum actio. præscrip. verb. ergo poterit te compellere actio. præs. verb. vel condicet chirographa, vel actiones, quas tibi cessit: & in eadem declam. Quintil. cum frater minor pactus esset cum fratre majore, ut omne æs alienum solveret: *fingimus*, inquit,

æs

æs alienum te noluisse solvere; & egisse pacti hujus pœnitentiam. Num dubium est quin ego venturus, optimo jure in hanc fuerim possessionem? A & in specie proposita, non dubium est, quin repetam chirographa, quæ tibi cessi si nolis solvere: & hoc significat his verbis, *de chirographis itaque communibus exhibendis*: id est, de reddendis condictione ob rem datam causa non secuta, de chirographis restituendis convenire, quanti tua interest potes, id est, actione præs. verb. & ita certum est his verbis dari condictionem ob rem datam, id est, ut solvatur æs alienum. Ad hæc, quæ sufficere videbantur, quærit Accurs. licet pacto hujusmodi coheredum, quod inter eos ratum est, non præjudicetur creditori, & ita non mutetur actio creditoris: an compellatur creditor prius experiri cum eo coherede, qui conventione habita omne æs alienum suscepit, quam aggre- B distur alterum. Fateor eam conventionem non præjudicare creditori: sed an cogetur prius experiri cum eo, qui in pacto divisionis suscepit omne æs alienum solvendum? respondet hoc non competere debitori: nam aggredietur primum, quem voluerit, vel alterum, *l. 1. §. si inter, D. de mag. con.* Loquitur de duumviris, sive magistratibus municipalibus, qui si pupillo tutores non dederint, vel quos dederunt non sint solvendo, tenentur: quæ actio est ex Senatusconsulto facto auctore Trajano, *l. pen. inf. de magist. conv.* hac actione singuli magistratus tenentur in solidum, & si forte in dandis tutoribus conveniat, ut unus det tantum tutores pupillo unius periculo, & ut actione subsidiaria teneatur unus: hæc conventio nihil præjudicat pupillo: verumtamen ait, prius esse conveniendum C eum, cujus periculo dati sunt tutores, & excussis ejus facultatibus veniendum ad collegam: quia si unus dedisset tutorem, non ideo alter non teneretur: sed primum veniendum ad eum, qui dedisset, tum ad collegam: & ita cum ex duumviris unus solus dederat tutores, saltem prior conveniebatur actione subsidiaria, & si non existeret solvendo, tum perveniebatur ad collegam, Eadem æquitas est cum convenit ut hujus periculo daretur tutor, hic solus dedit tutorem: ergo prius ad eum venietur, quam ad collegam: at non eadem ratio est in heredibus, qui adierunt hereditatem: Nam in adeundo unusquisque se obligavit creditoribus tantum quasi ex contractu, non se obligavit unus magis, quam alter: Ergo cum quo voluerit prius aget creditor, quia par est utriusque causa, & conditio: at in ma- D gistratibus non est par conditio. Itaque nihil eo moveri debemus. An si in pacto divisionis convenerit inter coheredes ut unus acciperet fundum hunc, & sibi haberet ex asse ea conditione, ut ipse solveret omne æs alienum, & postea perferantur novæ tabulæ, quæ liberent debitores omnes, quæ est species proposita in illa Quintil. Declam. an competet condictio fundi coheredibus, condictio ob rem datam re non secuta? & verum est non competere condictionem, quia non fiat per coheredem quin solvat creditoribus hereditariis: liberatur uterque coheres, etsi aliis rationibus, necessario remedio, publica necessitate, id est, novis tabulis: nam in summa penuria nova lege lata liberabantur debitores omnes, aut in solidum, aut pro parte, quæ dicebantur χρεῶν ἀποκοπαί: ergo non stat per coheredem quin solvat. Condictio autem E ob rem datam competit nisi ex pœnitentia, vel ex cessatione, vel ex mora: non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere ubi res non est integra, hic non est integra, ergo & pœnitere non potest: & condictio non est ex cessatione, quia per eum non stat: sed per tabulas, quas ille non impetravit: ergo cessat condictio ob rem datam, *l. pen. & ult. sup. D. de cond. ob rem dat. l. 1. §. Divus, D. de var & ext. cognit. & l. qui operas, D. loc.* Legem *petens*, quæ sequitur, duobus locis jam explicavimus. Itaque cras veniemus ad l. XXVIII. *si certis*. Explicatio *legis pen. & ult.* deest, sed peti potest ex Comment. Raguelli, qui Cujacium ubique fere αὐτολεξεὶ sequitur.

JACOBI CUJACIJ J.C.

AD LIB. III. CODICIS

D. JUSTINIANI COMMEN.

DE JUDICIIS *Titul. 1.*

JUDICIUM pluribus modis dicitur, uno actio, altero, locus, in quo lites exercentur: alia significatione judicium est civile, vel criminale, de quo disceptatur apud eum, cujus sententia rei finem imponat: & hæc est significatio hujus tit. ut cum dicitur, judicium esse de præterito, non de futuro, *l. non quemadmodum, D. de judic.* & hæc differentia inter judicium, & legem: Cic. in Partit. *Iudex statuit de præteritis: Lex de futuris*: quod plerumque ita se habet: Nonnunquam enim de futuro etiam judicium constituitur, *l. Antæus, §. ult. de aq. & aq. pl. ar.* ut actio damni infecti, actio aquæ pluviæ arcendæ, in quibus damnum futurum, quod veremur, venit: Falluntur qui etiam judicium accipi putant pro sententia sive pronunciatione ejus, quod in disceptationem venit: nusquam ita judicium accipitur: sic tamen judicium accipit Accurs. in *l. iis. §. idem scribit, de pecul.* quæ tamen inferius aliter explicabitur. Idem sic judicium accipit in *l. qui concubinam, §. si heres, de leg. 3.* Ejus sententia ut intelligatur sciendum est eum, qui tenetur de evictione non teneri utiliter, nisi ei fuerit denunciatum ut rei agendæ interesset: ut sit actio de evictione laudandus est auctor: quam in rem erant solemnia hæc verba: *Quando te in jure conspicio, postulo an auctor fias*: Quæ dicitur actio in auctorem præsentem a Tullio pro Cæcinna: illaudatus actor non tenetur de evictione: & constat auctorem posse laudari quocumque tempore ante condemnationem, ergo & post litem contestatam, *l. si rem, quam, §. ult. de evict.* sequitur species *§. si heres*. Ab herede legatus est homo generaliter: si legatus esset homo certus, puta Stichus, heres non teneretur de evictione, sed quia legatus est generaliter, si heres Stichum tradiderit, & a legatario evictus sit, heres tenetur de evictione. Sed ut utiliter teneatur, debet ei denunciari ante acceptum judicium, ut rem defendendam accipiat: quæ verba si ita accipias, ante litis contestationem, pugnabit ille locus cum eo, de quo constare diximus denunciari posse quocunque tempore: ideoque Accurs. interpretatur ante sententiam, ante condemnationem, ut quoquo modo consentiat ille §. cum certissima definitione juris: sed errore labitur: nam illo loco, priusquam judicium accipiatur, est ante litem contestatam: denunciari igitur debet auctori ut judicio subsistat ante litem contestatam: quæ denunciatio eo tempore fiet valde opportune: sed non ideo fiet importune, quod fiat post litem contestatam: & collectio est vitiosa: denunciari debet auctori ante litem contestatam: ergo non debet denunciari post litem contestatam: nam istud non est importunum, modo res prope condemnationem non sit: tum enim sera est denuntiatio. Quin etiam post condemnationem, quandoque denuntiatio pro tempestiva habebitur, si omnia sint in integro, ut si interposita fuerit appellatio. Igitur illo loco, *antequam judicium accipiatur*. i. ante litem contestatam: & hoc est initium judicii, non in jus vocatio, *l. amplius, rem. rat. hab.* ubi dicitur judicium non esse acceptum, etiamsi reus vocatus sit. In jus ergo vocatio non dat judicio initium, quam tamen non infitior esse actionis instituendæ initium. Sed hæc differunt, & tantum abest ut vocatio in jus sit initium judicii, ut nec sit editio actionis, *l. 1. inf. de lit. contest.* sola litis contestatio initium judicii est,

est, & ob id à Græcis appellatur *προκάταρξις*, à veteribus Gallis, *entamement de plaid.* veteres glossæ eleganter, *lites contestatæ, αἱ ἀρχὴν λαβοῦσαι ἐν δικαστηρίῳ*, id est, quæ initium in judicio sumpserunt ex mutua reorum consictatione, quod in 12. *tab.* significant illa verba: *cum perorant ambo præsentes*, & recte in *d. l. 1. de lit. contest. lis tunc contestata videtur*, inquit, *cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit*: per narrationem negotii: & ita Cincius apud Macrob. significavit *litis contestationem*: *jubent dicere, quorum negotium est, narrant*. Est igitur principium judicii litis contestatio, non in jus vocatio, non editio actionis, non unius partis postulatio simplex, nec ex eis colligitur argumentum consensionis in judicem. Non qui edit actionis genus, non qui de jure suo experitur *μονομερῶς*, sed qui litem contestantur, si plane consentiunt in judicem, judicium constituunt: finis autem judicii est res judicata, *l. in bonæ fidei, inf. de usur. M. Tullius in Topic. judicii finis est jus*, unde etiam nomen: Jus autem est res judicata: neque vero idem est judicium accipere, & judicem accipere: judicem accepit actor adversus reum, *l. 2. hoc tit. l. 1. inf. de in lit. jur. l. 9. §. quem igitur, de tut. & rat. dist.* judicium accipit reus, lite contestata apud judicem, dictat actor, accipit reus, vel ut rhetores loquuntur, actor litem facit, suscipit, & patitur reus: proinde in judicio hæ personæ requiruntur, actor, reus, vel procuratores eorum, & judex, cui etiam Harmenop. adjungit consiliarios, & adsessores, dum ait judicium constare, *ἐκ τῶν προκαθεζομένων καὶ συγκαθεζομένων καὶ δικαζομένων*: unde etiam in *l. 1. hujus tit. judicio recepto*, id est, lite contestata.

Ad L. I. Judicio cœpto, *usurarum stipulatio non est perempta: superest igitur ut debitorem ejus temporis, quod non est in judicium deductum, convenire possis. PP. Kal. April. Antonino II. & Geta 2. Conss.*

QUæstio est elegans: ponit litem contestatam de sorte tantum, & eam contestationem de sorte non perimere stipulationem usurarum, quia alia est stipulatio sortis, certi, alia usurarum, incerti: quia nescimus metam usurarum, id est, quatenus sint cursuræ usuræ, *l. ubi autem, §. pen. de verb. oblig. l. centum, de eo, quod cert. lo.* ergo litis contestatio de sorte non perimit, non consumit litem de usuris. Ratio dubitandi ex eo nascitur, quod litis contestatione res novari videtur: novatione autem facta usuræ non currunt, *l. novatione, de novat.* Sed hoc tantum dicitur illo loco de novatione legitime facta, id est, per solemnem stipulationem: hæc liberat hypothecas & pignora, & accessiones omnes extinguit, stipulationem usurarum, stipulationem pœnariam, privilegium prioris actionis: & si erit actio de dote, quæ est privilegiaria & transfundatur in stipulationem perimitur privilegium, quia actio perimitur, cui soli adhærebat privilegium, *l. si creditor, l. aliam, de novat. l. 4. inf. de fidejuss.* & hoc ideo sicut adsignificavi, quia principalis obligatio omnimodo tollitur. Cur extinguitur hypotheca, &c. quia principalis obligatio omnimodo tollitur .i. tam civili, quam naturali jure: tollitur ergo civilis & naturalis stipulatio novandi animo interposita, tollit civilem, tollit etiam naturalem, cum & pactio tollat naturalem: sic pactio & contractus tollunt naturalem, & civilem. Et hæc de novatione facta legitime: idem non admittimus in litis contestatione, quæ vulgo dicitur novatio necessaria: illa est voluntaria: lite contestata usuræ non desinunt currere, *l. cum stipulati, de verb. oblig. l. lite, de usur.* lite contestata usuræ currunt, & explicatur vulgo male: explicanda est conjuncta *d. l. novatione*, quæ est ex eodem auctore, & libro 57. ad edictum: conjunctio illa demonstrabit constitui à Paulo differentiam inter novationem, & litis contestationem: novatione legitime facta usuræ non currunt, lite contestata currunt: & hæc conjunctio indicat male eam l. accipi de usuris, quæ veniunt officio judicis; nam hæ in judiciis strictis, non veniunt ullo officio judicis, & in judiciis bonæ fidei veniunt citeriori tempore, puta ex mora, & consequenter ex lite contestata: sed loquitur ea l. de usuris, quæ ex stipulatu debentur, eæ, lite contestata, non inhibentur. Videamus etiam an currant re judicata. Stipulatus sum sortem & usuras: duæ sunt stipulationes, ut dixi sup. egi de sorte tantum, non de usuris, & condemnatus es in sortem, de qua tantum egeram, an usuræ currunt? sic videtur: post condemnationem sortis, usuræ, de quibus non egi, current: & superest stipulatio in usuras præsentis temporis non tantum post litis contestationem de sorte, sed etiam post rem judicatam: quia judicato novatur tantum sortis obligatio, non usurarum, quæ non fuerant in judicium deductæ: quo casu rei judicatæ nullæ erunt usuræ, quia ejusdem pecuniæ non possunt simul currere & legitimæ, & conventionales: usuræ currunt conventionales: ergo non est locus legitimis. Videndum est si egerim de sorte, & de quorundam annorum usuris, non de omnibus, quæ mihi debebantur: illæ non desinunt currere: superest petitio earum usurarum, quæ in judicium deductæ non sunt: sed si egissem de utroque, puta de sorte, & de usuris, & tam in sortem, quam in usuras secuta esset condemnatio, tamen utraque obligatio novaretur, videlicet transfusa obligatione ex stipulatu in actionem judicati, & intra tempora judicati non currerent usuræ, quoniam hoc tempus datur humanitatis causa, *l. 3. C. de usur. rei jud.* post tempora judicati non currerent usuræ conventionales, sed graviores usuræ legitimæ, puta, centesimæ usuræ, non quidem usurarum, & sortis, quorum utrunque deductum est in condemnationem, non ut ait *l. 3.* totius consummatæ quantitatis, & usurpat verba illa, ut nos vulgo, consummata quantitas, quæ in unam redacta est. Igitur si sententia judicis & sors & usura sit redacta in unam summam, tamen totius ejus quantitatis non current usuræ centesimæ post tempora judicati, sed separabitur sors, & sortis tantum usuræ centesimæ current. Similiter, re judicata non perimitur hypotheca, sicut re judicata de sorte tantum non perimitur stipulatio usurarum, in *l. grege, §. etiam, de pignor. l. 8. inf. eo. tit.* eodem modo re judicata adversus reum principalem, fidejussor non liberatur, quia videlicet pignoris vel fidejussoris causa non est in judicium deducta. Conclusio hæc sit. Novata priori obligatione per rem judicatam non novari hypothecariam, non fidejussoriam, non usurarum, quæ in judicium non venerunt, quia scilicet hæc novatio est necessaria, non voluntaria: novatio principalis obligationis novat accessiones omnes, novatio necessaria non novat: quia novatio voluntaria perimit tam civilem, quam naturalem obligationem principalem, necessaria non item: judicatum obligationem naturalem non novat, *l. judex, & l. Julianus, de cond. indeb.* alioqui litis contestatio faceret actoris conditionem deteriorem, si ei reo condemnato perirent usuræ, pignora, &c. cum potius debeat litis contestatio actoris meliorem facere conditionem, ut semper facit. Nam litis contestatione actio temporaria perpetuatur .i. producitur, ita ut nec interitu rei debitor liberetur, qui moram traxit: litis contestatione interrumpetur præscriptio, & usucapio Justinianea, non usucapio vetus ex 12. tab. *l. 17. §. ult. cum seq. & l. 20. de rei vind. l. Julianus, §. quantum, ad exhib. l. 2. pro don. l. 2. §. ult. pro empt.* item litis contestatione actiones, quæ nec heredi, nec in heredem competebant, dantur, imo & in patrem, si lis contestata fuerit cum filiofamil. *l. omnes, de reg. jur. l. & si condemnatus, de noxal. action.* Igitur ne fiat deterior conditio actoris, statuimus lite contestata, & secuta condemnatione sortis tantum nomine, non perire obligationem naturalem: ubi autem manet naturalis obli-

gatio, fidejussoe non liberatur, non pignus, *l. ubicunque, de fidejuss. l. debitor, ad Trebell.* dixi judicato fieri novationem, hoc est quod dicitur in *l. si fundus, §. si pluris, de pignor*: eem transire ad condemnationem, & inde pecuniam deberi: vulgo dicunt, rem teansire in rem judicatam, quo modo nostri auctores numquam loquuntur, nec illo loco eodem sensu dicitur causam transire ad condemnationem: sed illis verbis significatur fieri novationem pee condemnationem. Et est elegans species: debitor, qui possidebat hypothecam, cum quo egerat creditor Serviana, cum eestituere jussus à judice non restitueret, lis æstimata est jurejurando in litem, & debitor condemnatus est ob suam contumaciam pluris quam esset sortis, & usurarum quantitas: post condemnationem offert sortem tantum, au exoneratur hypotheca, an judicatu, an obligatione? Lex ait, juris subtilitatem hoc non admittere: & præterea auctoritatem judicati nnn admittere: tanti damnatus est, quanti in litem juratum eeat: ergo tantumdem offerre debet. Humanius tamen esse ait, ut si sortem offerat, exolvat judicatum, modo fidem agnoscat, cujus non agnitæ hanc pœnam tulerat, quod plueis damnatus fuerat. Sed hoc ex humanitate: nam civili jure aliud est, quia res transiit ad eondemnationem: & ideo verum est novationem fieri judicato, ut & nova obligatio actionis causa intercedat: quod inde potissimum elucet; quod si quis egerit cum duobus tutoribus, vel cum correis promittendi, quorum singuli tenentur in solidum, & re judicata nominatim non sunt condemnati in solidum, actione judicati tenebuntur tantum pro vieilibus portionibus, *l. si mandato Titii, §. Paulus respondit, mand. l. 1. & 2. inf. si plur. un. sent. cond. sunt*: & hoc ideo quia actor egit cum duobus, cum potuisset cum uno in solidum experiri, quomodo si egisset habuisset condemnationem in solidum. Judicato ergo fit novatio, judicio non fit novatio: fateor judicio quidem contrahi, *l. 3. §. idem scribit, de pecul.* cum scilicet perorant ambo præsentes, & ordinant judicium superstitibus præsentibus, utraque parte dicente, *testes estote*, ut Festus scribit, unde litis contestationis nomen: hac eatione quodammodo contrahitur, & videntur consentire in judicem, *l. non videntur, de judic.* non si quid soli postulent sine adversario. Sed ex hoc contractu antequam res judicetur, non nascitur obligatio: pendente igitur judiciu non fit novatio, finito fit novatio: ergo judicato, non judicio: quod usque adeo verum est, ut falsum sit, post rem judicatam pristinam actionem remanere: singulis controversiis singulæ sunt actiones, *l. 6. de except. rei jud.* si lite finita eandem litem movere mox liceret, esset infinitus litium numerus. Igitur judicato pristina actio finitur, & existit nova actio judicati, quam judex mox exequitur: ut autem secus sentiret Accue. fecit *l. 9. §. si quis fundum, de exc. rei jud. & l. si fundus, §. creditor, de pignor.* Creditor egit hypothecaria, & hypotheca ei adjudicata fuit. Quæritur, qua ratione eam sit habiturus? debet, inquit, agere hypothecaria, & si opponatur exceptio rei judicatæ, debet replicare hoc modo: si non secundum me judicatum est. Et similiter in alia specie: si quis egerit rei vindicatione adversus te, & tu rem defendens, & putans te rem possidere, cum non possideres, bona fide te liti obtulisti: sed mox ficte eam emisli, & lis data est secundum petitorem. Quæritur an restituere eam debeas: qua ratione? hac nempe, ut ipse iterum rem petat; & si tu punas exceptionem rei judicatæ, replicet, si non secundum me judicatum est. Ex quibus locis colligitue, manere pristinam obligationem: sed si fit judicato novatio, est actio judicati: actio judicati est adversus condemnatum, si nullus condemnetur, non ent actio judicari, ergo novatio nulla: si nulla novatio, ergo pristina actin est: at fit nonnunquam ut reus non condemnetur, ut in specie, quam supra indicavimus, si reus accepit judicium vindicationis, eecognita non condemnabitur, sed pronunciabitur tantum de jure actoris, rem actoris esse videri: in hypotheca potiorem actorem videri .i. res ei adjudicabitur, hypotheca ei adjudicabitur: aliud est rem adjudicari, aliud reum condemnari. Igitur cum his casibus non possit damnari reus, etiamsi mox emerit eam rem, sed res ea adjudicatur actori, cum non sit oova actio, non aliter ad rem suam poterit pervenire actor, quam si eadem re post acquisita eandem rursus actionem moverit: cui si objiciat exceptionem rei judicatæ, ille replicabit, si non secundum me judicatum sit: denique is, secundum quem judicatum est, vel cui hypothecam adjudicata est, adversus eundem potest eandem rem persequi quasi suam, si pronunciatum est suam esse, quia nulla superest actio. Igitur ubi ex judicato actio, novatio fit judicato, non aliter.

Ad L.II. Licet judice accepto *cum tutore tuo egisti: ipso tamen jure actio tutelæ sublata non est: & ideo si rursus eundem judicem petieris: contra utilem exceptionem rei judicatæ, si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris. PP. VI. Kal. Jan. Faustino & Rufiano Conss.*

ACtione judicati, ut heri diximus, novatur prior contractus, prior obligatio, *l. 3. inf. de usur. rei jud.* & ideo priori judicio rursus utiliter agi non potest, potest quidem ipso jure: nam res judicata civilem actionem non tollit nisi remedio exceptionis, naturalem nullo modo tollit: atque ita si rursus quis agat priori actione post rem judicatam, perimetur ea actio per exceptionem rei judicatæ, quæ vulgaris est exceptio, *l. 3. de pop. act.* cujus rationem adfert *l. 6. de excep. rei jud.* singulis causis singulas actiones sufficere, & unum judicati finem, alioquin nullus erit judiciorum exitus, & litium modus multiplicatus summam faciet difficultatem, & ob id parere exceptionem rei judicatæ frequens est .i. solenne, & M. Tullius lib. 5. *de finib. ut in actionibus præscribi solet, de eadem re fecit alio modo*, ubi est legendum, *de eadem re egit*: hæc est *præscriptio rei judicatæ: de eadem re egit alio modo.* Nam hæc exceptio competit adversus eum, qui iterum agit eadem de re, licet agat alio modo, *l. 5. l. 7. §. pen. & ult. de exc. rei jud.* vulgare est igitur sic actionibus præscribere: de eadem re agis, alius est modus, quem modo instituis, sed ea res tantum, de qua jam pronunciatum est. Ex Rhetoribus Suidas cum definit quid sit *παραγραφὴ*, duo exempla point; unum est, præscriptionis maleficii inscripti, id est, lege non comprehenti, *περὶ οὗ οὐδὲν ἀγέγραπται παρὰ τοῖς νόμοις*: nam si me eo accusaris crimine, præscribam inscripti maleficii, licet etiam sit interdum inscripti maleficii actio, quæ dicitur stellionatus: omne enim crimen inscriptum dicitur stellionatus. Aliud genus exceptionis, est exceptio rei judicatæ, quæ litem perimit omnino, & congruit cum legibus, quæ vetant *οἱ νόμοι πλεονάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν οὐ συγχωροῦσι*, sæpius agi, aut pronunciari eadem de re. Ergo re judicata semel prior obligatio perimitur jure exceptionis, & fit novatio .i. peior actio transfunditur in actionem judicati: unum tamen casum exposuimus, quo priori actione agitur utiliter sine metu exceptionis rei judicatæ, si rem meam esse petiero, vel si jus hypothecæ meum esse petiero, & judex pronuntiarit rem meam esse, vel hypothecæ jus meum esse, quod est judicare rem, *l. si fundus, §. creditor, de pigno. & l. creditor, qui prior 12. qui pot. in pig.* his actionibus varie proountiatur: modo rem actoris esse, quo genere pronuntiatur, etiam de jure rei: videlicet ejus eam rem esse modo pronuntiatur: rem actoris non esse: quo genere non ideo pronuntiatur, rem esse adversarii, cum nec actoris esse possit, nec rei: Itaque est diversum genus pronuntiationis: multum interest pronuntiari rem meam esse, vel rem actoris non esse, *l. si inter me & te, de exc. rei jud. l. sed & si possessori, de jurejur.* modo absolvitur ecus simpliciter quod non possideat, in *l. 9. in prin. de exc. rei jud. vel*, inquit,

inquit, *adjudicatur res, vel absolvitur reus*. Notat duo genera pronuntiationis: modo reus condemnatur in æstimationem litis, quod non restituerit arbitratu judicis: sed cum reus nec absolvitur, nec condemnatur, sed simpliciter adjudicatur res actori, non est actio judicati ex judicato ipso: sed si reus possessionem ejus rei nactus sit, rursus eam rem ab eo persequar quasi meam: quia pronuntiatum est meam esse, nec aliter ex judicato possum agere: persequar igitur meam esse, & si excipiat possessor de re judicata, replicabo de re secundum me judicata: atque ita utiliter priorem actionem iterabo, *d. l. 9. §. 1.* Alter casus, quo priori actione agitur utiliter, proponitur in hac l. 2. si eadem actione agatur rursus, sed alia de re, de qua priori judicio tractatum non sit: nam & hoc casu objicietur quidem exceptio rei judicatæ, quia eadem actio reiteratur: sed quia alia de re, quæ omissa est priori judicio, intentionem actoris adjuvabit replicatio doli mali. Sed aut actio est generalis, aut specialis: hæc est divisio, quæ proponitur in *l. pro socio 38. D. pro soc. Judicia*, inquit, *aut sunt specialia*, .i. de specie una, veluti mandati, commodati, depositi: *aut sunt generalia, veluti pro socio*, quod est de communione universa, atque adeo de rebus variis, *actio negot. gestor. & actio tutelæ*, quæ adducit multas species, *l. si quis separatim, §. 1. de appell. l. etiam §. 1. de minor.* & ita in hac *l. species* .i. caput litis unum. Dubium autem non est speciali actione sæpius agi posse ex variis causis non obstante præscriptione rei judicatæ: ut puta, agam adversus te si certum petatur sæpissime ex variis causis: nec obstabit præscriptio rei judicatæ .i. non competet: quæ non competit, nec opposita nocet, *l. si in judicio, de excep. rei jud.* at generali actione sæpius agi potest. Hæc lex est de generali actione .i. tutelæ actione, quam generalem esse ait lex 38. cum & complectatur multas species administrationis. Finge igitur: pupillus egit cum tutore tutelæ actione, qua hoc intenditur, ut tutor tutelæ rationes reddat: tutor igitur condemnatus solvit quod erat in condemnationem deductum, puta, subduxit judex rationes, & subductis rationibus damnavit tutorem, ut cætera tutelæ restitueret pupillo. Quæritur an hæc actio tutelæ possit repeti ob certam speciem, quæ priori judicio omissa est: & videtur posse agi: sed obstabit exceptio rei judicatæ, qua generaliter actio tutelæ in judicium deducta est, & generaliter de restitutione tutelæ pronuntiatum est semel. Actio tutelæ generale judicium est: quid igitur? agit nunc pupillus eadem actione: æquum est ex ea specie, quæ priore judicio est omissa, pupillo actionem non auferri: & ideo adversus exceptionem rei jud. poterit opponere pupillus replicationem doli mali: idemque censendum de qualibet actione generali, ut possit repeti: nam & actio fam. ercisc. potest repeti ex magna causa, non utique temere, non quod una forte res manserit indivisa, cum sufficiat judicium com. divid. *l. si filiæ, §. familiæ, fam. ercis. l. 8. de collat.* Apponenda est omnino species ad hanc legem ex *l. Lucius 2. §. tutelæ, de adm. tut.* Cum tutore egit pupillus tutelæ: finita tutela tutor edidit librum rationum, & secundum librum rationum condemnatus solvit pupillo: postea pupillus egit cum debitoribus paternis, quorum nomina continebantur libro rationum tutoris: debitores protulerunt apochas tutoris, quibus probaverunt se solvisse tutori, quod tamen libro rationum non comprehendebatur: quæritur utrum pupillus habeat actionem eo nomine adversus tutorem, an adversus debitores? Paulus respondit, si debitores paterni solverunt pecuniam tempore administrationis, ipso jure esse liberatos, & ideo superesse tantum actionem adversus tutorem, nec quicquam obesse, quod semel actum sit generali judicio tutelæ: poterit enim pupillus propter eam causam, quæ non est deducta in judicium, idem judicium repetere, & adversus exceptionem rei judicatæ poterit se tueri replicatione doli mali. Ergo ex his colligitur, actionem tutelæ repeti propter aliam causam, quæ priori judicio omissa est, sed non repetetur apud eundem judicem: in *l. de rebus, de rec. qui arb. rec.* si compromissum fuerit generale & plenum, & forte quædam species in petitionem deductæ non sint, & nihil etiam de his arbiter pronunciaverit, earum specierum, quæ omissæ sunt petitio superest, apud judicem scilicet ordinarium, non apud arbitrum, nisi de his speciebus rursus in eum comprumittatur: Ita etiam in hac specie repetitur actio tutelæ non apud eundem judicem, sed dandus erit alius, vel idem ipse: non igitur apud eundem judicem necessario; & ideo: quod ait lex *si rursus eundem judicem petieris* .i. si tutelæ addici judicem petieris, non eandem personam: nam non est necesse iterata eadem actione eandem personam judicem accipi: potest quidem accipi idem, sed & alius: non ergo necessario is, quoniam desiit esse judex, qui semel functus est suo officio, nec potest de hac specie, quæ omissa fuerat, nisi rursus detur, cognoscere, *l. judex, D. de re judic.* & hæc l. 2. est de judice dato: in ordinario nullus est labor: ad ordinarium eundem semper itur: male igitur Accurs. notat ad hanc l. apud eundem judicem, non apud alium. Movetur legibus, quæ non sunt de judicio finito, quale fuit in hac l. sed de judicio incœpto, ut omnes species ejus litis, omnia capita ad eundem judicem mittantur, non uni unus, alteri alter judex addatur, ne continentia causæ dividatur, ut si plures sint tutores, & sumptus sit judex adversus unum, priusquam judicium illud peragatur, cæteri tutores, quibuscum vult etiam experiri pupillus, ad eundem judicem mittendi sunt, *l. 5. inf. arb. tut. l. 2. D. de quib. reb. ad eund. jud. eatur.* Quintilianus 3. cap. 10. *privata*, inquit, *judicia unum plerunque habent judicem multis, & adversis formulis*: nec aliæ species erunt, etiamsi unus à duobus petat, quia quamvis in multis personis, quæstio tamen una est, & ita etiamsi sint plures correi ejusdem pecuniæ, omnes sunt mittendi ad eundem judicem datum, Nov. 99. & potest judex datus eos cogere, ut omnes ad se veniant, non quidem sua apparitione, sed apparitione magistratus, qui dederit eum judicem. Et similiter si inter plures sit actio fam. ercisc. comm. divid. fin. regund. omnes priusquam experiantur ad eundem judicem mittendi sunt, *l. 1. de quib. reb. ad eund. jud. eat.* quia facilius coeunt in eundem judicem, & facilius res dividitur. Et similiter si duo sint, qui vindicent dominium servi, vel si unus vindicet dominium, alter usumfructum, coram eodem judice res agitanda est, *l. si pariter, & l. agnitio, de lib. cau.* & in specie *l. 22. de judic.* qui non est hujus fori, si agat ultro adversus adversarium suum, & reconveniatur mutua petitione, cogitur ibidem recipere reconventionem, & ad eundem judicem debet ire, quod confirmatur *Nov. 66.* & postremo in specie *l. nulli, inf. hoc tit.* si lis sit de proprietate & possessione, una est lis, una causa, quæ habet duo capita, unum caput est de possessione, alterum est de proprietate, sed una causa: an potest quis impetrare à magistratu, ut unus judicet de proprietate, alter de possessione, minime: non est scindenda causa, nec etiam si beneficium principis impetraverit, dividetur causæ continentia .i. συνοχὴ, περιοχὴ .i. non dividetur tenor causæ, qui est unus, & ita in *l. juxta, inf. de lib. cau. juxta edicti nostri continentiam* .i. tenorem. Græci illo loco ἀκολουθίαν, & *l. 3. C. Theo. de testam.* si scripturæ continentia inchoata sit, quod male Alciatus explicavit, sed palam est, quid hoc sit, ne causæ continentia dividatur .i. ne unius causæ tenor distrahatur, idem judex debet de proprietate, & de possessione cognoscere, primum de possessione, deinde de proprietate, vel simul, si res ferat, scilicet ut cumulet utrumque caput, quod permissum Constitutionibus Symmachus scribit 1. Epist. sed omnino opus est, ut apud eundem judicem de possessione, & proprietate agatur. D. Gregorius 7. Epist. cap. 10. *Legati provisione decretum est,*

ut momenti & proprietatis causa in uno eodemque judicio vemiletur. Sed cum judicium finitum est, ut cum finitum est judicium tutelæ, si deinde repetatur ob causam priori judicio omissam, tunc non est eundum ad eundem judicem: desiit enim esse judex re judicata, nisi rursus detur. Sed dari etiam potest alius, cum scilicet actio tutelæ repetitur, de aliis speciebus nullo modo potest repeti, *l. 1. sup. si adv. rem jud.* Et eadem est ratio cautionis generalis, puta apochæ generalis: exempli gratia, si spe futuræ solutionis cum mihi deberentur decem, ego scripsi me accepisse totum, & nihil amplius petiturum: & ita scripsi spe futuræ solutionis, non animo donandi, nec transigendi, nec liberandi debitorem per acceptilationem: si postea solvantur mihi tantum quinque, ego petam reliquum priori actione, quam acceptilatio non sustulit, quamvis apocha sit generalis, & si objiciatur exceptio pacti, quod inducit apocha, replicabo de dolo malo: atque ita ad reliquum perveniam, *l. 7. inf. de except.* & *l. si inter, inf. de solut.* quod si non fuerit apocha generalis facta spe solutionis, non donandi causa, non transigendi causa, sed si fuerit transactio generalis de omnibus speciebus .i. rebus, corporibus, & quot sunt res in una causa, tot sunt etiam capita: de re omissa amplius agi non potest: quod videtur pugnare cum his, quæ diximus, & tamen ita definitur in *l. sub prætextu. a. de transact.* & præcipuum hoc habet transactio, quoniam in transactionibus res non solet ad vivum resecari, ut in judiciis, quibus subtilius & pressius de nostro jure experimur: sed in transactionibus hanc veluti aleam sub incerto adimus, transigentes hoc animo, ut neque nihil, neque tantum, quantum competit præstemus. Itaque si generales fuerint ob rem, de qua non est tractatum, non rescindentur .i. de ea re contra transactionem agi non poterit: repeti tamen poterit generale judicium, si quid in eo oblivione omissum est: cui tamen sententiæ opponitur *l. 4. hujus tit.* cujus hæc est species. Adolescens egit cum curatore negotiorum gestorum, quæ actio est generalis in *d. l. pro socio*: in eo judicio inter cætera curator adolescenti reputavit pretium, quo adolescenti emerat prædia quædam, & ei tradidit instrumenta emptionis, *les tiltres*. Sed cum in emptione eorum prædiorum curator omisisset stipulationem evictionis imprudenter, hujus culpæ habita ratio non est in actione negot. gestor. atque ita res judicata est finitumque judicium illud generale nego. gestor. Quæritur, an propter eam culpam possit adolescens repetere judicium nego. gestor. & rescriptum est, non posse, quod finitam litem restaurari non oporteat: cur non potest ob eam repetere judicium nego. gestorum? quia ea species prædiorum emptorum jam deducta est in judicium nego. gesto. & licet non sit plene tractata propter omissæ evictionis rationem: tamen verum est, caput illud in judicium fuisse deductum: nec quod plene non fuerit deductum, lis restaurabitur, lis enim una est, sed habet varia capita: quælibet species rursus dividitur in alia capita. Igitur satis est caput unum in judicium fuisse deductum, ut non audiatur qui idem judicium volet repetere ob caput non plene tractatum, quæ non est species *l. 2.* nam in ea integrum unum caput omissum fuerat, in specie *l. 4.* nullum caput omissum fuerat.

Ad L. III. Quoties quæstio status *bonorum disceptationi concurrit: nihil probibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. PP. Idib. Febr. Juliano II. & Crispino Conss.*

IN *l. 3. ait Imp. Quoties quæstio est, &c.* Ponit bonorum disceptationem esse principalem causam, & in eam ait incidere quæstionem status, & ait, *nihil probibet, quo magis, &c.* quibus verbis affirmat & status controversiam ab eo definiri posse & disceptari, non aliter, quam si dixisset, nihilominus, sicut idem est sensus sive dixeris, nihil prohibet eum judicare: uterque sermo affirmat, & ita in *l. 1. inf. qui dare tut.* idem Alexander, *nihil oportuit impediri, quo magis tutor curator daretur*, id est, dandum utique fuisse curatorem: & contra, *nihilominus* non adfirmat, & significat, *nihil* οὐδαμῶς in *l. properandum, §. ult. l. Alexandrinis, C. de decurio. lib. 10. l. qui fundum, §. servus, pro emp.* Igitur hæc est sententia: principalis causa est de bonis, sive de hereditate: incidit in eam in modum exceptionis quæstio status: judex de hereditate judicare potest, de statu judicare non potest: sed cum in quæstionem hereditatis incidit quæstio status, nibil prohibet, quo minus cognoscat de statu: & vulgo non male ponunt exemplum in judice dato .i. addicto petitioni hereditatis, qui tamen de status causa non potest cognoscere, aut status causæ addici non potest. Potest etiam poni exemplum in præside provinciæ ex *l. 1. inf. de ord. judic.* si sit quæstio libertatis & servitutis inter fiscum & privatos, cujus rei cognitio pertinet ad procuratorem Cæsaris, non ad præsidem rationalem, vel magistrum rei privatæ, *l. pen. inf. ubi causa stat. agi deb.* Sed si sit aditus præses de hereditate principaliter, poterit etiam de causa status cognoscere. Potest etiam poni exemplum in procuratore Cæsaris, qui regulariter de causa status cognoscere non potest, *l. 2. inf. ubi cau. sta. agi deb.* Sed si in causa bonorum, vel hereditatis mota apud procuratorem Cæsaris incidat quæstio status, de ea cognoscere potest, sicut latrunculator, qui de re pecuniaria principaliter cognoscere non potest, *l. solemus, de judic.* si in causa criminali apud eum mota incidat quæstio pecuniaria, de ea agere poterit: sed in specie hic posita cum concurrit causa hereditatis principalis, & status incidens, priore quidem loco est ordinanda causa status & disceptanda, *l. 8. inf. de pet. her. l. 2. de ord. judic.* sed de ea non est pronunciandum, nisi cum definitione causæ principalis .i. si pronuncietur de re principali, & illa controversia judicio terminabitur. Cæterum non est de ea quicquam diserte pronunciandum: ut si fiscus possideat hereditatem quasi caducam, & quidam eam suam esse petat, quasi filius defuncti, contra fiscus inducat quæstionem libertatis in modum exceptionis, dicens servum eum esse, non filium defuncti: hoc casu quæstio libertatis est priori loco ordinanda, sed de hereditate tantum est pronunciandum, non de libertate, *l. 3. de ord. judic.* in principali quæstione, qui est actor, in incidenti quæstione erit reus .i. qui petit hereditatem, & libertate utitur .i. qui est in possessione libertatis in quæstione incidenti pro reo habebitur: qua quæstione discussa pronunciabit procurator Cæsaris de hereditate tantum. Cæterum si pronuntiarit hereditatem esse actoris, tacite videtur pro actore pronuntiasse. Itaque extrema principalis illius rei definitio tacite & incidenter determinat: igitur de principali pronuntiatur, non de incidenti: & hac ratione is, qui principaliter non potest cognoscere de liberali causa, si aditus sit de hereditate, potest cognoscere, etiam de liberali causa, quæ inducitur per modum exceptionis, quia de ea non pronuntiat, sed tacite tantum eam discutit. Itaque facile patimur, ut in omnibus causis similibus in incidente quæstione cognoscat, etiamsi de ea non possit cognoscere principaliter. Illi autem tituli *de ord. judic. & de ord. cogn.* quid distant inter se? titulus *de ord. cognit.* est tantum de liberalibus causis ordinandis: nam proprie cognitio est de liberali causa, & cognitor, ut Ascon. ait 3. in Verr. cum de alicujus statu quæritur. Titulus *de ord. judic.* est de omnibus causis, ut si concurrat criminalis causa in civili, si quæstio generis, familiæ ercisc. si quæstio status & hereditatis, si quæstio possess. & proprietatis: ordine certo, quæ concurrunt lites sunt discernendæ: si concurrat civilis cum criminali: prius est, ut finiatur criminalis, etiamsi incidat, non principaliter moveatur: quanquam possit judex utramque definire, *l. 3. eo. tit.* Ad summam, quoties civilem incurrit criminalis, vel contra criminalem civilis,

lis, prior est criminali juris ordine: sed potest tamen judex negligere hunc ordinem, & de utraque simul pronuntiare, sicut dicebam ex Symmacho, priorem esse causam possessionis, quam proprietatis: judicem tamen posse utramque simul definire: nam in caussis prophanis utramque litem simul disceptat, non etiam in Ecclesiasticis beneficiis: nam de possessione tantum primum disceptant, quæstionem de proprietate transmittunt ad Ecclesiasticos: si possent judices sæculares de utraque cognoscere, simul de utraque judicarent.

Ad L.V. A judice judex delegatus, *judicis dandi potestatem non habet, cum ipse judiciario munere fungatur, nisi à principe datus fuerit. PP. IV. Non. Septemb. Ulpio, & Pontiano Coss.*

HÆc est definitio: judex delegatus, sive datus, nihil interest, alium judicem dare non potest, & subjicit rationem, *cum ipse judiciario munere fungatur*: hæc ratio videtur petere principium, nisi ita accipiatur: judici dato injungitur munus publicum, munus personale: munerum publicorum hæc est conditio, ut quibus injunguntur, ea necessario obire cogantur, *l.munus, de verb.sign.* Ergo judex datus necessario delegati munere defungi debet: nam si judicandi munus, munus est, non potest delegari alteri, *l.ultim. §.judicandi, de mun. & bonor.* potest & alia ratio adferri: quia judicis dandi facultas aut lege datur, aut propter vim imperii competit: lege non datur judici dato, non potest etiam ei competere vi imperii, quoniam judicis dati nullum est imperium: ergo judici dato non est jus dandi judicis. Et similiter is, cui est mandata jurisdictio, eam non potest alteri mandare, *l.ult. de offic. ejus, cui mand.* quod non eadem ratione observatur in contractu mandati: nam procurator, aut est procurator ad negotia, vel ad litem: procurator ad negotia potest alium procuratorem facere post litem contestatam, potest procurator ad litem procuratorem facere; quia litis contestatæ quodammodo dominus constituitur, ante contestationem non potest alium dare, *l. si procuratorem, §.1. mand. l.nulla, C.de procurat.* at cui mandata est jurisdictio non potest mandare alteri: alioquin res exiret in infinitum: potest tamen judicem dare: judex datus habet tantum cognitionem, non exequitur sententiam, sed qui dedit, *l. à Divo Pio, de re judic. l.cum Prætor, de judic.* nam & mixtum imperium in eum, cui mandatur jurisdictio, transit, *l.1. §.ult. de off. ejus, cui man. est jurisd.* pars mixti imperii est judicis dandi facultas, *l.imperium, de jurisd.* quæ lex definit tantum imperium merum, & mixtum: quid est merum imperium? est gladii potestas: definit merum imperium à majori parte, sed merum imperium est jus gladii, vel cujusvis alterius animadversionis gravioris, lege nominatim concessum: lege, quia non competit jure magistratus: potest jus gladii competere privato, si lex dederit. Mixtum imperium est, quod jurisdictioni cohæret, quod jure magistratus competit. Mixti imperii duo ponit exempla: unum est bonorum possessionem dare: nam hoc habet magistratus, etiamsi non detur lege: alterum est judicem dare. Et notandum est quod ait *dict.l.etiam*, qui articulus hunc sensum facit, mixtum imperium jurisdictioni, vel jurisdictionem mixtam imperio non tantum consistere in danda bonorum possessione, sed etiam in judicum datione: & pertinet ea lex ad magistratus urbanos. Magistratus urbani judicem dant propter vim imperii, *l.cum Prætor, de judic.* magistratus provinciales dant legis auctoritate, ut *dict. l.cum Prætor*. Finge igitur à Prætore jurisdictionem mandari alteri, hunc sequitur & mixtum imperium, ergo judicis dandi facultas: ergo non definitur in ea lege jurisdictio simplex, cujus definitio hæc est. Jurisdictio est notio, quæ jure magistratus competit: uno casu etiam judex datus alium judicem potest dare in eandem speciem, videlicet si à principe judex datus sit, *l. 1. infr. qui pro sua jurisd. jud. da.poss.* quia scilicet huic videtur princeps dare jurisdictionem, licet faciat tantum specialem judicem, id est, in lite certa: & ob id etiam datus à principe sibi adsumit comites, & adsessores, Nov. 63. soli magistratus adsumunt adsessores. Est autem magistratus, qui jurisdictionem habet: judex itaque datus à principe, cum videatur jurisdictionem habere ad eam litem, ad quam datus est, recte eam causam alii delegabit: sed hic, qui ab eo delegatus fuerit, alium rursus non delegabit, quia hic tantum cognitionem habet: & in illa Nov. 60. quoniam ejus sententiam Irnerius adjunxit huic *l.5.* breviter hæc definitio est, ut adsessores soli non præbeant audientiam litigatoribus sine magistratibus: verum distinguitur inter magistratum urbanum, & provincialem, & judicem datum à principe: nam coram urbano magistratu non est lis agenda in integrum, satis est, si lis coram eo contestetur, si ultima cognitio coram eo peragatur: & ultimam cognitionem ibi Julianus vocat ex *l.ultim. C.præs. 30. annor.* novissimam cognitionem, cum litigatores finem controversiis imponunt, *appointement en droict*, satis est, si magistratus interceperit appellationem, cætera posse peragi apud adsessores ejus. Sed si sit magistratus provincialis, vel judex à principe datus, omnia quæ sunt ejus judicii coram eo agitanda, nihil coram adsessoribus inconsulto principe, *l.2. C.de adsess.* cavetur autem *l. 1. infr. qui pro sua jurisd.* ut qui jurisdictionem habet, possit judicem dare, qui jurisdictionem non habet, sed cognitionem habet tanquam judex datus, ut non possit judicem dare, & multo minus is, qui nec jurisdictionem, nec cognitionem habet: & si forte quis temere dederit judicem, cum cognitionem tantum haberet, ait lex, ejus præcepto patientiam non esse accommodandam, sic jampridem emendavi, Cassiodoro usitatum vocabulum, vel si obtemperaverit, & sententiam dixerit, sententia nullius est momenti, nec appellare necesse est. Cæterum à judice, quem dedit princeps, potest aliut judex dari, & ab isto appellabitur ad judicem datum à principe; si princeps dederit judicem Titium, & Titius Cajum, à Cajo appellabitur Titius secundum regulam juris, qua dicitur eum appellari, qui judicem dedit, *l.1. & 3. quis, & à quo app.* unde recte Mosch.opulus appellationem ita definit: appellatio est transitus à judicibus datis ad judices ordinarios, qui dederunt scilicet: unde etiam magnam intelligitur esse differentiam inter judicem datum, & delegatum, & eum, cui mandata est jurisdictio: nam ab eo, cui mandata est jurisdictio, non appellatur is, qui mandavit, *dict. l.1.* ne videatur à se ipso appellari, quia jus dicit vice mandantis, non sua, *l. 5. & 16. de jurisd. l.3. de offic.ejus, cui man. est jur.* & ob id ab eo, cui mandata est jurisdictio, provocatur is, qui provocaretur ab eo, qui mandavit, licet secus sit in legato Proconsulis, cui Proconsul solet mandare jurisdictionem, quoniam ab eo appellatur Proconsul, quia legatus Proconsulis videtur habere propriam jurisdictionem, quamvis eam jurisdictionem non habeat, nisi eam delegaverit Proconsul, *l.2. quis, & à quo appelletur, l.legati, de offic.Proconf.* Interpretes hoc loco nullam faciunt differentiam inter judicem delegatum, & eum, cui mand. est jurisdictio: jurisdictio quidem mandata potest dici delegata, sicut jurisdictio, aut cognitio criminum, quæ lege datur, non etiam competit jure magistratus, dicitur delegata, *l.1. de offic. ejus*, & jurisdictio de fideicommissis dicitur delegata à Suetonio in Claudio: judicis tamen datio jurisdictio dici non potest, quia cognitionem tantum habet: potest delegari universa jurisdictio, vel species tantum.

Ad L.VI. Servus in judicio *interesse non potest, nec si condemnatio aliqua in personam ejus facta sit, quod statutum est.subsistit. Dat.15.Kal.Sept. Gordiano, & Aviola Coss.*

Ad L.VII. Cum debitoris tui *servum tibi pignoris jure obligatum, bona domini sui quondam rebus humanis exempti tenere profitearis, adversus eum dari tibi actiones con-*

tra

tra jus postulas: siquidem inter servum & liberum consistere nullum possit judicium. Ad possessionem itaque pignorum magis officio judicis venire te convenit, quam illicita postulare. S. 14. Cal. Maii, Sirmii CC. Conss.

CUm servo judicium non est, judicium non est sine judice, actore, reo, & testibus, quibus præsentibus lis ordinetur, unde litis contestationis nomen, vel testibus productis rei probandæ causa, & hos omnes liberos esse oportet: servi neque judices, neque actores aut rei, neque testes esse possunt: inter servos & liberos civile judicium non est, nec ex contractu, nec ex maleficio, sed servi nomine dominus agit, vel cum domino agitur de peculio, vel noxali judicio: ipse servus neque dictat, neque suscipit actiones: causam perorare servum hominem leges non sinunt, *l. 1. inf. si per vim, aut alio modo*, & consequenter cœpto judicio inter servos & cum servis, & secuta sententia, ea sententia nulla est ipso jure, nec appellare necesse, nec judicati actio in dominum competit de peculio, *l. 3. §. si servus, de pecul.* quia & ex ea causa servus naturaliter non obligatur: ubi servus jure naturali non obligatur, nec dominus de peculio, *l. 3. §. si servus, de pecul.* quoniam & ex ea causa non obligatur naturaliter: ubi servus non obligatur jure naturali, nec jure prætorio, dominus obligatur de peculio. Idem etiamsi cum quidam litem exerceret cum domino, servus ei, cum quo res erat, domino detulerit jusjurandum: nam ex ea etiam causa nulla est obligatio naturalis, nulla in dominum actio de peculio, quoniam per omnia eorum, quæ sunt judicii expers est servus, *l. depositi, §. 2. de pecul.* licet Proculejani dissenserint, quos intelligit *l. quidam, de jurejur.* illa autem *l. 3. §. si servus, de pecul.* à judicio argumentatur recte ad compromissum. Species hæc est: Servus cum se gereret pro libero, inter liberos compromisit de re aliqua libero homini constituta pœna ni pareret arbitrio. Quæritur, an si sententiam dixerit arbiter, nec paruerit servus, qui compromiserat, possit peti pœna à domino servi ex compromisso actione de peculio, quasi negotio gesto, quæ verba sunt notanda: nam respiciunt ad edictum de peculio, quo Prætor sic pollicetur actionem de peculio, *de eo, quod cum eo, qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur*. Quærit igitur merito, an quasi ex negotio gesto scilicet, pœnæ compromissæ adversus dominum actio sit, ut ex causa trajectitiæ pecuniæ, qua ex causa solebant stipulari contrahentes ni sua die pecunia redderetur, si eam pœnam commiserit servus, tenebitur dominus eo nomine de peculio, an igitur etiamsi commiserit pœnam ex causa compromissi, teneatur dominus de peculio eo nomine? minime: quia etiamsi judicio condemnetur servus, non est contra dominum actio judicati de peculio: irritum est judicium, irritum & judicatum, irritum & compromissum & arbitrium: & ita in *l. non distinguemus, §. si servus, de recep. arb.* Si servus compromiserit non cum servo, ut ibi supplet Accurs. sed cum libero de controversia aliqua, arbiter non cogitur sententiam dicere: vel si dixerit sententiam, nec ei obtemperaverit servus, non erit etiam pœnæ compromissæ executio adversus dominum de peculio: & e contrario si liber homo, cum quo compromisit servus non obtemperaverit arbitrio, non erit executio pœnæ compromissæ adversus liberum hominem, ut jus sit æquabile: nam si non tenetur servus ex compromisso, nec teneri debet liber homo, cum quo compromisit. Recte autem diximus superius inter servum & liberum hominem non esse judicium civile, quod diximus ex *l. ult. inf. de nox. act.* non est, inquam, civile judicium, sive id sit ex contractu, sive ex delicto: est tamen criminale judicium .i. accusatio, *l. 5. de accus.* hæc igitur *l. 6.* est accipienda de civili judicio, & nominatim lex 7. ponit exemplum in actione hypothecaria, quam ait non dari in servum pignori obligatum, etiamsi teneat alia bona debitoris defuncti pignori obligata, quia cum servo nullum est judicium. Sic non potest creditor cum eo experiri. Quid igitur fiet? Finge nondum aditam hereditatem defuncti, servum hereditatem jacentem tenere pro domino, cum quo experietur creditor? extra ordinem venietur ad possessionem pignoris officio judicis ordinarii, puta prætoris, vel præsidis .i. apprehendet pignora nulla dictata actione, & idem erit effectus: nam & actio hypothecaria nudam possessionem avocat, *l. si cum venditor, de evict.* dominium non vindicat, *l. si fundus, §. si creditor, de pignor.* ait *d. l. 7. Quam illicita postulare* .i. judicium, quo non licet experiri cum servo, judicium Servianum puta: & ita etiam officio judicis extraordinario si absens possideat rem suam per servum suum, perturbata possessione servi, puta dejecto de possessione servo absentis, dabitur servo momentum .i. interdictum restituendæ possessionis: Est enim momentaneum interdictum, & appellatur celeris reformatio, atque ita cum lis dividitur in duo capita de possessione, & de proprietate, est primum celeriter expediendum re non exquisita diligentius, sed possessione apud eum locata, cui magis competere videbitur, & diligentiori disquisitione reservata in secundum caput: vel si diligentiorem adhibeas, statim æquum est expedire utrumque caput: primum debet esse momentarium: sed hic servus restituetur in possessionem extra ordinem, *l. 1. inf. si per vim, aut al. mo.* Et similiter officio judicis servo præstantur legata, servo suo nemo legat jure, & servo non potest esse actio ex empto. Sed finge: quidam reliquit servos ad custodiam templi, quales olim erant servi publici, ut Tullius indicat in Verrinis, templi, inquam, quod nondum extruxerat, sed extruere paraverat: & iis servis reliquit annua vestiaria certa, & menstrua cibaria certa. Quæritur cum nondum templum extructum sit, an eis debeantur vestiaria & cibaria ex die mortis, an ex eo tempore, quo explicitum & consummatum fuerit templum? & ait, heredem esse compellendum officio judicis, extraordinario scilicet, ad præstanda alimenta servis ex die mortis. Et similiter à domino servi petent libertates, quæ ei debebantur, extra ordinem, *l. vix certis, de judic.* Additur hic vulgo ab interpretibus unus casus, quo censent jure servum convenire, aut conveniri judicio civili ex *l. ult. inf. ubi cau. fisc.* Lex ait, colonum, vel inquilinum domorum sacrarum, & servum earumdem domorum, debere convenire, aut conveniri apud præpositum sacri cub. nec posse ejus declinare jurisdictionem, sive sit criminale judicium, sive civile. Ergo servus domorum sacrarum potest criminali & civili judicio convenire & conveniri: est pessima collectio: nam quod ait de civili judicio, hoc tantum convenit colonis & inquilinis non servis, cum quibus non est civile judicium. Sed quod ait de criminali judicio, hoc convenit omnibus.

Ad L. VIII. Placuit in omnibus rebus *præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris rationem. Datum Idibus Maii, Volusiano & Anniano Conss.*

ADditur vulgo male, *scriptæ*: *ait, in omnibus rebus*, quæ in judicium veniunt scilicet: & ita etiam Græci vertunt *ἐπὶ παντὸς πράγματος προτιμᾶσθαι τῆς ἀκριβείας τὸ δίκαιον*. Jus strictum est scriptum, æquitas non est scripta: & observandum est Græcis semper scriptum jus vocari *νόμον*, æquitatem vero *δίκαιον*. Et ut æquitas dicitur ab æqualitate, quod jus faciat æquabile: ita etiam *δίκαιον*, quasi *δίχαιον*, quod inter duos æquabilitatem faciat bipartitam: æquitatem cum dicimus, naturalem dicimus: hæc non est scripta, sed nata nobiscum. Et ita definitur, æquitas est jus, quod lex scripta pretermisit. Arist. 1. Rhetor. *ἔστι δὲ ἐπιεικὲς παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον*, est æquitas, quod lege scripta non est comprehensum: non possunt omnia comprehendi scripto, *l. non possunt, de legib.* quam æquitatem judicem spectare oportet potius semper, quam jus strictum, quod etiam scriptum dicitur, *l. in his, de cond. & demon.* & debet inspicere non verba & literas, sed

vim,

vim ac potestatem; non factum, sed facientis voluntatem, non partem, sed totum: non quod nunc fuerit, sed quod fuerit fere semper. Recte autem conjungit hoc loco justitiam cum æquitate, & ita Tryphoninus in *l. bona fides, depos.* loquens de æquitate, *& hanc probo esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuat, ut non distrabatur, &c.* Arist. 6. Eth. ἐπιείκεια δικαίου τ' ἐστὶ ἴσα, *&c.* *& M. Tullius, difficile est*, inquit, *cum pluribus præstare concupieris æquitatem, quæ justitiæ proxima est.* Accur. definit æquitatem, rerum convenientiam, quæ in paribus causis paria jura desiderat, quam conflavit ex verbis Ciceronis in *Topic.* Illa etiam verba rerum convenientiam deputo Ciceroni, propterea quod æquitatem vocat conveniens, quod proprie exprimit verbum ἐπιεικὲς: nam facit tres partes juris, legitimum, conveniens, moris vetustate comprobatum. Legitimum est jus scriptum, mos est jus non scriptum, conveniens est etiam jus non scriptum. Sed commune omnium gentium, non quod conficiunt pacta conventa, sed æquitas naturalis. Non desunt exempla, quibus possit comprobari definitio hujus legis: prætermittam quæ ponit Accur. Græci unum ponunt ex *l. quidam, de reb. cred.* Creditor petit à debitore 10. debitor offert 5. quæritur, an creditor cogatur ea quinque accipere, & reliqua persequi? minime: jus hoc non patitur, cum sit ei actio in 10. verum æquius erit si Prætor compulerit eum ad accipiendam partem, quæ offertur, *cum ad officium Prætoris pertineat lites diminuere*: sic recte Flor. non, *dirimere*: minuitur lis, cum quæ erat in 10. redigitur ad 5. Et ita Seneca *Controv.* 23. declamatorem tanquam prætorem quædam facere debere litis minuendæ causa. Ponunt & aliud ex *l. 8. de nox. act.* Servus plurium noxam nocuit: is, cui injuria facta est, damnumve datum, egit cum uno ex dominis noxali actione in solidum, tenentur enim in solidum, ut scilicet vel solvant æstimationem litis solidam, vel servum dedant noxæ in solidum: hic igitur, cum quo solo actum est noxali judicio, non evitabit litis æstimationem, nisi servum dederit noxæ in solidum: nec ferendus erit, si velit partem suam reddere, id est, pro parte sua noxæ dedere. Quod utique ita procedit post litem contestatam: nam ante litem contestatam partem suam reddendo potest consequi securitatem, sed quid inde accidet videamus. Ponendum est cessisse partem suam ante litem contestatam actori: Est igitur factus dominus servi actor pro ea parte, qua de causa amisit actionem noxalem: quia dominus servi nomine non habet actionem noxalem: qua ratione igitur suum consequetur? an dabitur ei actio commu. divid. adversus alios? minime: nam in actionem communi dividundo non venit quod ante communionem admissum est, antequam acquisierit partem ejus servi, qui noxam nocuerat. Igitur evidenti injuria afficietur dominus, quia non erit via, qua suum possit sibi servare: & ubi est evidens injuria, evidens æquitas est, quæ poscit ut subveniatur læso, *l. 8. de restit. in integ.* quapropter melius erit Prætorem ei accomodare adversus socios utilem actionem comm. divid. ne ei partis acquisitio fraudi sit, ne evidenti injuria afficiatur propter rigorem juris scripti. Et aliud ponunt exemplum ex *l. si ex duobus, de pecul.* Sed his, quæ sunt certissima duo obstant valde: unum est *l. 1. sup. de legib.* ubi Imp. ait, *inter jus & æquitatem interpositam interpretationem nobis solis oportet, & licet inspicere.* Ergo Imp. ait, se solum esse æquitatis interpretem, & sequestrum inter jus scriptum & æquitatem, quod tamen hæc l. tribuit judici, & vindicat sibi quisque jurisperitus. Alterum ex *l. prospexit, qui & a quib. ma. lib.* si sit quæstio de adulterio mulieris, lege Julia cavetur, ut servi ejus familiæ intra 60. dies non manumittantur, ne scilicet quæstioni subducantur, quoniam liberi non torquentur, soli servi torquentur. Sed finge: eo tempore, quo admissum dicitur adulterium, quidam servi erant extra ministerium, an hi etiam non possunt manumitti, à quibus fides rei gestæ elici non potest? Lex ait, eos etiam non esse manumittendos, quia lex Julia omnes omnino vetat manumitti, & alienari intra 60. dies: quod quidem, inquit Ulp. *est perquam durum, sed lex ita scripta est.* Ergo censet duro scripto hærendum potius, quam justitiæ, & æquitati. His duobus argumentis eodem modo est respondendum: æquitas prævalet scripto, & sequenda est à judice potius, quam jus scriptum, quoniam vis scripti est in æquitate, non in verbis: vis scripti est in mente scriptoris, non in literis: alioquin admitterentur calumniæ sæpe: sed ubi non est metus calumniæ ullus .i. ubi evidens est scriptum, sicut in ea lege Julia, quæ vetat omnes omnino ubicumq; fuerint manumitti, id sequi oportet, quamvis sit prædurum: & ita etiam scripturam testamenti, cum est obscurissima, sequi oportet potius, quam conjecturas voluntatis, *l. in his, de condit. & demonst.* In his, quæ sunt extra testamentum .i. ut Rhetores loquuntur ἐν τοῖς ἔξω, quæ extrinsecus adveniunt, esse faciendam interpretationem ex bono, & æquo: in his, quæ ex testamento oriuntur ἐν τοῖς ἐντός, omnino esse sequendum jus scriptum: nam si verba testatoris sunt clara, quid argumentamur? sequendum est jus scriptum omnino: & ita in legibus quoties est scriptum evidens, id omnino sequimur, quamvis sit prædurum: & solus princeps potest moderari interpretationem: hæc est sententia *l.* 1. ut cum scripto repugnat æquitas, interpretationem non apponat judex, sed princeps: atque ita duritiem legis Juliæ, de qua in *d. l. prospexit*, Imperator est moderatus postea *l. adulterii, C. ad leg. Jul. de adulter.* opus fuit Constit. Imp. & ita plerunque Jurisconsulti non audent adhibere interpretationem æquitatis adversus evidens scriptum, sed dicunt opus esse rescripto, & super his constituendum esse, *l. 2. de reb. eor. qui sub tut. l. pen. §. pen. C. ad Trebell.*

Ad L. IX. Judices oportet in primis *rei qualitatem plena disquisitione discutere, & tunc utramque partem sæpius interrogare num quid novi addere desideret: cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive defendenda causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit. Datum 2. Id. Janua. Sirmii, Licinio V. & Crispo Coss.*

VUlt ut plena sit inquisitio ejus rei, quæ in judicium venit: & similiter plenam esse sententiam oportet, vel plenam relationem: aut enim judex post inquisitionem sententiam fert, aut rem omnino ad principem refert, si in ea re forte judex pendeat animi: inquisitio utrique rei sufficit, sententiæ, vel relationi: nam si plena inquisitio fuerit, erit & plena sententia vel relatio, quod nominatim etiam Constitutiones exigunt, *l. 2. & 3. C. Th. de sentent. ex per. rec.* ubi, *ex periculo* .i. ex libello, ex scripto: nam hoc periculum significat. M. Tull. *sententia promatur plena, ut non dicatur memoriter, sed ex scripto*: qua, ut ait alia Constit: *ad plenum possit recensere quicquid negotii fuerit.* Præcedit sententiam, vel relationem inquisitio plena: nam debet judex perfecte inquirere rei qualitatem & ordinem, & omni ex parte percontari ac inquirere, & facere potestatem litigatoribus adjicere quicquid ut voluerint, ita finem controversiæ afferat potius litigatorum satietas, quam voluntas judicis, ac tum deinde debet pronuntiare ad plenum, aut referre, nihil non instructum aut indefinitum relinquens. Ultimam cognitionem sequitur sententia, vel relatio: ultima cognitio Juliano *Nov. 60. & 115. & Impe. in l. ult. inf. de præs. 30. annor.* est cum litigatores finem allegationibus suis imposuerunt, cum ita pronunciat judex se iturum in consilium ea de re, *appointement en droict.* nec post eam audiendus est litigator, qui quid vult proferre novi, sed mox eam ultimam cognitionem sequitur sententia, vel relatio ad principem in re perplexa.

L. X. Exposui in l. 2. sup.

Ad L. XI. Subtilitatem legum *judex curæ habeat: non autem his, quæ præter jus dicta, vel prolata sunt ab Imperatore attendere.*

Ad

Ad L.XII. Omnes magistratus, *& divini judices compendiose lites decidant, &c.*

DEsiderantur Constitutiones 11. & 12. quæ fuerunt Græcæ, Zenonis quantum suspicor, ductæ ex ampliore Constitutione de judicibus, cujus meminit Justinianus sæpe in Novellis, & qui his duabus Constitutionibus hactenus caruerunt damni parvum fecerunt: sunt enim parvi momenti. Constit. 11. jubet judicare secundum leges, non ex præcepto, aut voluntate principis, non ex ambitiosis scriptis emissis lite pendente, quæ plerunque extorquent aulicorum gratia bono, & facili principi: in lite non sunt spectanda ambitiosa rescripta, spectandæ leges, spectandi mores: non invidebo verba Constitutionis: *τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων ὁ δικαστὴς φροντιζέτω, μηδὲ τοῖς παρεγγράμμασι ἐνθάδε παρὰ βασιλέως προσέχων* .i. Judici sint curæ leges scriptæ, & non animum advertat ad ea, quæ contra leges princeps interloquitur: habeat curam *τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων* .i. juris, quod videtur pugnare cum *l. placuit, sup.* sed id jam eo loci expeditum est, nec dignum repetitu. Idem statuendum est de æquitate, quod de consuetudine. Est frequens quæstio, utrum sit potior consuetudo legibus: in his, quæ lege nominatim comprehensa sunt, plus valet lex, quam consuetudo: in his, quæ nominatim comprehensa non sunt, plus valet consuetudo, quam lex. Idem statuendum de æquitate: in his, quæ nominatim lege scripta sunt, non spectamus æquitatem, solius principis est eam interpretari, non judicis, *l. 1. sup. de legib.* at in his, quæ nominatim lege comprehensa non sunt, non tam spectamus legem obscurius scriptam, aut argumentum, quod ex lege duci potest, quam æquitatem: ad hanc l. Theodorus Hermopolites hanc interposuit interpretationem: *ἡ παροῦσα διάταξις κελεύει μηδέποτε τὸν δικαστὴν παρὰ τὸ δίκαιον καὶ τὸ νόμιμον κρίνειν, κἂν πρόσταξιν δέξηται βασιλικὴν διοριζομένην αὐτῷ δικάσαι παρὰ τὸ δίκαιον, ἀλλὰ τὴν μὲν πρόσταξιν παραβλέψασθαι, τὴν δὲ ἀπόφασιν αὐτῷ δικαίαν ποιῆσαι καὶ νόμιμον*: hæc *Constit.* inquit, *jubet ut nullatenus judex contra leges judicet: & si forte acceperit præceptum à principe, quo jubeatur contra leges judicare, ut præceptum illud insuperhabeat* (hoc est enim *παραβλέψασθαι*) *& sententiam proferat legibus congruam.* Constit. autem 12. vult, ut magistratus, & majores judices breviter causas terminent: Et ut si quis eorum forte interpellatus à litigatoribus rem protulerit, liceat litigatori adire principem, & de recrastinata cognitione conqueri. A majori judice dicta sententia appellabatur ad principem, & semel tantum licebat appellare, quod hodie audio renovari, ut semel appelletur. Et inde in *l. 1. D. à quib. app. non lic. stultum est admonere principem non posse appellari.* Deinde constitutum fuit, ut liceret iterum appellare à minore ad majorem, deinde ad principem, & ne liceret tertium appellare, *l. 1. infr. Ne lic. in una cau. ter. app.* ante sententiam quamvis non possit appellari princeps, tamen potest apud eum institui querela recrastinatæ cognitionis si rem proferat judex nulla necessitate coactus: additur in const. 12. ne recusatio judicum fiat post litem contestatam. Verba earum constitutionum protuli observatione IX. cap. XX.

Ad L.XIII. Properandum nobis *visum est, ne lites fiant pene immortales, & vitæ hominum modum excedant (cum criminales quidem causas jam nostra lex biennio concluserit, & pecuniariæ causæ frequentiores sunt, & sæpe ipsæ materiam criminibus creare noscuntur) præsentem legem super his per orbem terrarum, nullis locorum, vel temporum angustiis coarctandam ponere, &c.*

COnstit. 1. indefinite statuit, ut magistratus, & majores judices lites terminent celerrime: non definit, certum tempus: ob id subnectitur à Justiniano Constit. 13. quæ certo tempore circumscribit actiones civiles, nempe triennio: vult ut à lite contestata lis civilis omnino finiatur intra triennium; quod ait esse in potestate potissimum judicis: ideoque potestatem dat judicibus, ut intra triennium lites dirimant, ne eis liceat protelare ultra triennium .i. protrahere, & proferre: qua significatione dicunt Plinius, & Lucilius *protela boum* juga boum, quæ quid protrahunt. Justinianus ante hanc Constit. circumscripserat certo tempore lites criminales, *l. ult. inf. ut in. cer. tem. crim. qu. term.* qua statuit, ut causa criminalis à litis contestatione finiatur intra biennium, biennio terminari criminalem instantiam, & reum absolvi observatione judicii, non utique semper crimine: nam crimina durant annis 20. .i. criminum persecutio: sed ipsa criminis instantia perimitur biennio: & si judex forte, aut officium ejus moram judicio attulerit: mulctatur ea constitutione: Dixi biennio non semper finiri criminale judicium, sed observationem tantum judicii. Idemque statuendum de civili judicio: triennio non finiri civile judicium, sed observationem tantum judicii: si diceres triennio à lite contestata finiri actionem civilem, obstaret quod dicitur, litis contestatione perpetuari actionem .i. prorogari usque ad annos 30. si fuerit temporaria, puta annalis, aut quinquennalis, qualis est actio inofficiosi testamenti, *l. aliam de novat. l. ult. de fidejussoribus tutor.* pugnaret etiam id cum eo, quod constitutum est, actionem omnem finiri annis triginta, nisi si qua breviori tempore coerceatur: hæc igitur res utique distinguenda est hoc modo: aut per judicem, aut per advocatos stat quominus causa expediatur intra triennium: & finito triennio reus absolvetur observatione ejus judicis, judiciique, sed actione non absolvetur: nam licebit ex integro agere apud alium judicem: judex & advocati mutabuntur. Si per actorem stat, quominus causa finiatur intra triennium, plerunque reus absolvetur observatione judicii. Galli *congé*. Interdum tamen, si omnia sint in præsenti, debet judex sententiam definitivam proferre absente actore, & trahente moram: si sententiam dicat de re omni, perimitur actio: nam judicato perimitur actio, fit enim novatio, *l. 3. C. de usur. rei jud.* Sin autem per reum mora fiat, etiam plerunque judex reo absente discutit qualitatem, & ordinem rei, & sententiam fert, quo genere extinguetur etiam actio principalis, quæ in judicium deducta est. Quæsieris forsitan actionibus civilibus, vel criminalibus quæ olim fuerint præstituta tempora? Olim & civilibus, & criminalibus videtur fuisse præstitutus annus, & hic esse annus litium Juvenali, & Servio in 2. Æneid. de causis criminalibus constat eis præscriptum fuisse annum, *tit. ut int. ann. quæst. crim. term. C. Th. & l. 2. C. Th. ad leg. Cor. de fal. & l. reus, de mun. & honor.* proponitur initio ejus l. ut reus delatus ante sententiam non possit honores petere, sed subjicit, cum non prohiberi post annum honores petere, nisi per eum steterit, quominus intra annum terminaretur causa, cur non prohibetur honores petere? quia finitus est reatus, hodie non poterit petere honores, nisi post biennium, quandiu durat reatus, non licet cuiquam reo esse candidatum: ut Catilina repetundarum reus prohibitus est consulatum petere: & hoc nomine culpat Tullius 2. contra Rullum legem agrariam, quod non excipiat reum, quominus fiat decemvir agris dividundis. Est etiam alius locus in *l. in SC. §. pen. ad Turpill.* incidit in Senatusconsult. Turpil. qui desistit ab accusatione, & hoc est certum si desistat ab accusatione cum fuerit in potestate peragere .i. si reum non peragat intra annum, vel hodie intra biennium: quid si desistat post inscriptionem ante litem contestatam? de his loquitur d. §. pen. & ait, *hi, qui post inscriptionem ante litem contestatam anno, vel biennio agere non potuerint, variis præsidum occupationibus, & civilium officiorum necessitatibus, districti, non incidunt in Senatusconsult. Turpillianum*: cur ait, *anno*? quia hic erat finis judicii criminalis: cur adjicit *biennio*? hoc adjicit Tribonia-

bonianus ex Conſtitutione Juſtiniani. Sed idem §. probat etiam eum, incidere io Turpillianum, qui non peragit litem intra præſtituta tempora non conteſtata lite, ſi modo inſcripſerit ſe. Ergo etiam qui deſiſtit poſt inſcriptionem tenetur Senatuſconſult. Turp. .i. niſi litem peragat intra annum, hodie intra bienoium. In civilibus autem hac Conſtit. definitur generaliter triennium: ait civiles actiones, vel in rem, vel in perſonam, vel præjudiciales dirimeodas eſſe, intra triennium, & non tantum eas, quæ inter privatos, ſed etiam quæ inter civitates, vel cum civitatibus agitaotur, quarum omnium idem eſt terminus: & actiones præjudiciales ſignificat, cum ait, ſuper conditionibus .i. ſuper ſtatu perſonarum, quæ dicuntur eſſe judicia præjudicialia: ut cum illum dico eſſe meum filium, vel libertum, vel colonum, vel adſcriptitium, quæ actiones videntur eſſe in rem, *§. præjudiciales, Inſtit. de actio. videntur*, inquit, nam eſt verbum *πλαστικὸν*: præjudicia proprie non ſunt actiones, non ſunt in perſonam: nec enim in his intenditnr dari fieri nportere: neo vero ſunt in rem, qoia liber homo non vindicatur, quem aſſero eſſe filium meum, vel libertum, vel colonum, hi ſuot liberi homines: non ergo proprie vindicantur: actinnum autem in rem notantur varia genera hac *l. his verbis*, *ſuper poſſeſſione*, quod præcedit, *ſive*, eſt delendum. Sunt quatuor genera vindicationum, nec plura, vindicatin dominii .i. proprietatis, eſt vindicatin hypothecæ per actionem Servianam, eſt vindicatio ſervitutis per confeſſoriam, *Ajo jus mihi eſſe utendi fruendi*: his verbis vindicatur ſervitus. Et eſt quarta vindicatio poſſeſſionis in *l. 3. §. Pomponius*, *ad exhib.* Sed proprietas, hypotheca, & ſervitus vindicantur per actionem, poſſeſſio non vindicatur per actionem, ſed per interdictum uti poſſid. ſi ſit res immobilis. Igitur viodicatur alia formula: nam inter interdictum & actionem in formula tantum agendi diſcrimen eſt: & ita evicta emptori ſola poſſeſſione rei venditæ, eſt adverſus venditorem actio de evictione, quod tamen in aliis non eſt, niſi quod evictum eſt, evictum ſit vindicationis genere, *l. 38. §. ſi quis forte*, *de verb. obl.* denique non eſt actio de evictione, niſi evicta proprietate, vel poſſeſſione per interdictum, vel Servianam: nam Serviana avocat poſſeſſionem ſolam, vel evicta ſervitute. Et in ſumma, hæc omnia genera vindicationum, & generaliter omnes actiones, vult intra triennium definiri. Sunt tamen quædam cauſæ, quæ celeritatem deſiderant, quæ quales ſint, & quatenus huic conſliturioni novellis conſtitutiooibus derogatum ſit, die craſtina explicabitur. Cauſæ criminales intra biennium, cauſæ civiles intra triennium ex cooſtitutione Julliniani finiendæ ſunt. Numeratur autem triennium, vel biennium à litis conteſtatione, imo ab inſcriptione, etiam incipit annus in cauſis criminalibus, *l. 1. infra, ut intra cert. temp. l. in SC. §. penult. D. ad Turpil.* nam & accuſator, qui ſubſcribit in crimen, profitetur ſe perſeveratorum in crimine uſque ad ſententiam, & ſatiſdat eo nomioe, *l. ſi cui crimen*, *de accuſa. l. 1. & 2. ad Turpil. l. 5. §. ſunt qui putant*, *de his, qu. ut ind. auſ.* & numerari tempora perorandæ cauſæ criminalis ab inſcriptione palam definitur, *l. 2. C. Th. ut int. an. crim. quæ. ter. à die*, inquit, *inſcriptionis intra anni curricula*, *&c.* Sed poſtea magis placuiſſe videtur Juſtiniano, ut biennium tantum numeraretur à die litis conteſtatæ, *l. ult. inf. ut int. cert. temp.* & ob id in *l. 2. ejuſdem tit.* Tribon. mutavit verba C. Th. nec enim ſcripſit, ut tempus numeraretur à die inſcriptionis, ſed ut numerarentur tempora legitima præcedentibus inſcriptionibus, & *l. 1. ejuſdem tit.* etiam poteſt accommodari ad mentem Juſtiniani, itaut interpretemur, non ſatis eſſe, ſi quis hominem detulerit in inſcriptione, niſi & litem cum eo conteſtatus fuerit: à litis conteſtatione demum numerari biennium: præcedit inſcriptio in crimen, ſequitur litis conteſtatio:

A quia proprie reus fieri dicitur, cum ſcilicet legibus interrogatur, ut Aſcon Ped. ait, in litis conteſtatione ſunt tantum interrogationes & reſponſiones, & ut accuſator inſcribit, ita actor in civili dicitur proprie conteſtari litem cum reo: nec enim recte dixeris reum conteſtari litem cum actore, niſi ſit petitio mutua: & ita in *l. ſi à me, de judic. ſi à me*, inquit, *fueris adrogatus, qui mecum litem conteſtatus eſt, vel cum quo ago, ſolvi judicium Marcellus ſcribit*: quia inter patrem & filium non poteſt eſſe lis ulla: ſi reus fiat mihi filius, vel actor, neceſſe eſt judicium perimi: quia res recidit in eam cauſam, à qua incipere non poteſt. Sed ait, *ſi mecum litem conteſtatus eſt*, *vel cum quo ego*. Quibus verbis ſignificat litem conteſtari actorem ſolum, litem accipere reum, litem facere actorem.

B Ergo ut ad me redeam, ſecundum mentem Juſtin. & in cauſis criminalibus biennium, & in cauſis civilibus triennium numerari jubet à litis conteſtatione, non à citeriori tempore, puta ab inſcriptione, vel libelli datione, vel admonitione executoris, vel editione actionis: quæ omnia præcedunt litis conteſtationem. His ita poſitis cætera videamus. Juſtin. hac Conſt. excipiendas ait tantum eſſe cauſas fiſcales, & eas, quæ ſunt de muneribus publicis, vel honoribus: excipit primum cauſas fiſcales: nec tamen declarat intra quæ tempora peragendæ ſint, & neſcietunt interpretes, quoad produt Conſtit. Græca .i. *l. ult. inf. de jure fiſc.* quæ conſtituit, ut cauſa fiſcalis peragatur intra menſes ſex, niſi inſtrumentorum, vel perſonarum cauſa litem produci neceſſe ſit: quid enim ſi

C inſtrumenta longius petenda ſint? quid ſi teſtes longius evocandi? neceſſitatis ratio excipienda eſt ſemper in omni re, neceſſitati jus ſuccumbit, *l. ult. de excuſ.* vel etiam niſi ipſe reus .i. cum quo fiſco res eſt, quaſi imparatus moram judicio attulerit: tunc enim licebit procuratori Cæſaris rem proferre ultra menſes ſex. Eſt igitur hac in re melior conditio fiſci, quam Reip. quia non tantum privatorum, ſed etiam rerumpubl. lites civiles terminandæ ſunt intra triennium, fiſcales intra menſes ſex: neque novum eſt, ut melior ſit cauſa fiſci, quam Reip. ut non debeat confundi Reſp. cum fiſco: nam primum poſt addictionem, quæ fit auctione publica, cum ſcilicet ei, qui pluris licitatus eſt res addicitur, poſt eam addictionem, Galli (*eſtrouſſe*) factam à Rep. amplius liceri non licet, *l. Lucius*, *§. ult. ad municip.*

D poſt addictionem tamen factam à fiſco intra certa tempora admittitur adjectio, propter utilitatem fiſci, *l. ſi tempora*, *inf. de fide & jure haſtæ fiſcalis, lib. 10.* & pariter in eadem venditionum, ſive auctionum cauſa, fiſcus, qui quid vendidit, non tenetur ædilitiis actionibus. Reſpublica, quæ vendidit, tenetur redhibitoria, & æſtimatoria, *l. 1. §. illud*, *de ædil. ed.* ac poſtremo fiſcus habet ſemper tacitam hypothecam in bonis debitoris, habet privilegium, quo anteponitur creditoribus chirographariis, etiam antiquioribus, & hypothecariis poſterioribus, ut *tit. de privileg. fiſc. l. auferitur*, *§. fiſcus, de jur. fiſc.* Reſpu. non habet tacitam hypothecam, non habet privilegium, niſi commune tempus ſit, niſi ſcilicet ex beneficio principis, vel niſi lege propria hoc ſibi vindicet .i. lege municipali & inveterata conſue-

E tudine: ſicut etiam dicitur de adjectione non admittenda poſt addictionem factam à Rep. niſi ea in re propria lege ſemper uſa ſit, *d. l. Lucius*, *§. ult. ad municip. l. 2. de ju. reipub. lib. 11.* unde elicienda eſt interpretatio *l. Antiochenſium*, *de reb. auct. jud. poſſ. alias de privileg. cred. verba hæc ſunt*: *Antiochenſium Celæſyriæ*, *&c.* videtur res repetenda ex hiſtoria. Fuit Antiochia celeberrima civitas, quæ multa habuit privilegia à principibus. Legitur primum Severum Antiochenſibus ademiſſe multa, quod ſe adminiſtraote in Oriente deriſiſſent, ut ſcribit Spartianus: idem ſcribit Vulcatius de Antonino, eum Antiochenſibus, quod Avidio Caſſio tyranno conſenſiſſent, ſuſtuliſſe ſpectacula, & multa alia civitatis ornamenta. Pone igitur: Severus, vel Antoni-

nut ademit beneſiaia quæcunque conceſſa erant Antiochenſibus: quærunt modo Antiochenſes, an etiam ſi ſint adempta beneficia principum, poſſint uti adverſus debitores ſuos jure tacitæ hypothecæ, an etiam privilegio adverſus creditores priores hypothecariot, & contendunt hoc non eſſe ademptum, qoia habent hoc non beneficio principum, ſed ſua lege, more ducto à majoribus ſuis, ſemper jure tacitæ hypothecæ uſum Rempub. Antiochenſium: & Papin. reſpondet, ei civitati jus pignoris durare .i. non videri ademptum à Severo, qui ademit beneficia omnia, quia ſcilicet ſua lege .i. lege propria, vel more inveterato hoc privilegium in bonis defuncti habuit, & exercuit Reſp. Cæterum Reſp. privilegium illud non habet, quod fiſcus habet ſemper: proinde hac Cooſtit. Juſtin. excipit cauſas, quibus agitur de muoeribus, & honoribos publicis: eſt quædam propria, & ſpecialis lis de muneribut, & honoribut. In *l. pen. de var. & ext. cog.* proponuntur quatoor ſumma genera cognitionum: primum hoc eſt, cum agitur de muneribus, & honoribus: ſecundum cum de re pecuniaria: tertiom eum de exiſtimatione alicujus, quod poteſt eſſe criminale, vel civile judicium, ut actio tutelæ, vel cum agitur de capitali crimine. Eſt igitur proprium litis genus de muneribut, & honoribus, cum conſideratur perſona ejus, cui honor defertur, an ſit idonea, cum ſpectatur origo natalium, eum excutiuntur ſacultates, an ſint muneri ſolvendo pares; conſideratur etiam lex municipalis, ſecundum quam honoribus fungi oportet, *l. hon. §. de honorib. de mun. & hon.* Sed intra quæ tempora peragendæ hæ cauſæ ſunt? intra tres menſes, *l. generali, de decurion. lib.* 10. ſi quæratur, an quis ſit decurialis, ac proinde non poſſit invitus vocari ad munera civilia, & contendat quis forte non eſſe curialem: hojus rei diſceptatio finienda eſt intra tres menſes: nonnunqoam intra quatuor: ut ſi quis vocetur ad munos tutelæ, quod eſt publicum, & excuſet ſe: nam cauſa excuſatiouit eſt peragenda intra menſes quatuor, *l. quinquaginta, de excuſat.* Excipiamus igitur ab hac Conſtit. cauſat fiſcales, & cauſat, quibus agitur de muneribus, & honoribus, ſed has tantummodo excipiemus? Juſtinianus ait, *tantummodo*. Sed in Novellis adjecit alias: primum actionem ex teſtamento, quam vult omnino intra annum terminari, ſi petatur legatum, ſi fideicommiſſum, ſi libertus ex aſſignatione, ſi libertas, ut heres voluntatem defuncti exequatur iotra annum, vel ſi malit litigare, ut lis ea finiatur intra annum, ne mora fiat volontati teſtatoris, Novel. 1. de Eccleſiarum favore, aut miniſtrorum, qui Eccleſiis deſerviunt, vel præfuerint etiam: ut ſi quis forte electus Epiſcopus crimioi inſimuletur, ut accuſator, qui ſtatim ab electione prodiit conſecrationis impediendæ cauſa, eam accuſationem intra menſes tres peragat, *Nov. 123. §. cæterum, ſi quis:* & ut ſi clericus, qoi ſerviat cultui divino reus deferatur ad præſidem provinciæ, terminetur hæc cauſa intra doos menſes, Nov. 83. Sed licebit etiam hoc amplius excipere generaliter eas, quæ celeritatem deſiderant, quæ ſummatim expediuntur, & de plano: has enim noluit in hanc quæſtionem iocludere: ut ſi ſit quæſtio de naufragio, de rebus, quæ ex naufragio perierunt recognoſcendis: hæc cauſa meretor celeritatem aliquam, & tamen annus præſtitutus eſt, vel biennium pro locorum intervallo, *l. 2. & pen. inf. de naufrag. lib.* 12. & nuntiationi novi operis tres menſes: hoc etiam meretur celeritatem, ne inchoatum opus imperfectum maneat, ut cito definiat judex, abſtinere debeat ædificio, an exequi, *l. ult. de ædif. privat.* Et ſimiliter ſi magiſtratus depoſita adminiſtratione miſſo ſucceſſore conveniatur civiliter, vel criminaliter eorum nomine, quæ geſſerit in magiſtratu, non ante poteſt excedere provincia, quam ſe purgaverit: ſed tameo ne diutios morari cogatur, curare debet judex hujus rei, ut rem finiat intra 20. dies, *ex l. 1. §. ult. fup. ut om. jud. tam civ. quam crim.* Sed generaliter poteſt tentari, poſſe adjici omnes cauſas, quæ celeritatem deſiderant; ne ſcilicet liceat eat prorogare in triennium hoc argumento: Olim cum lis inſtituebatur ex reſcripto aliquo principis, qood extraordinariom judicium dicitur in *tit. de dilation. l. 2. inf.* debebat intervenire ſolemnis denuntiatio, & editio reſcripti, dabanturque certa tempora ad denuntiandum, ex quo quis ſaciebat litem: & illis temporibut finitis ex cauſa dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temp. cur. & repa. denunt. C. Th.* quæ omnia ſont abolita, Sed tamen cum obtinerent, excipiebantur cauſæ quædam, quæ celeritatem deſiderant, ut momenti cauſa, quæ vocatur celeris reformatio, *l. momentaria, inf. unde vi*, & in ea non obſervabantur ea tempora: pari ratione videntur non eſſe obſervanda tempora biennii, vel triennii. Sic & *l. 6. & 7. C. Th. de denun. & edit. reſ.* cauſa Eccleſiaſtica, & actio ſi certum petatur, cum quis repetit, quod mutuum dedit, & actio ex teſtamento, & actio tutelæ, vel curationis propter utilitatem pupillorum. Ad hæc interpretes quærunt, an aliquid huic Conſtit. Juſtiniani, qua præſcribitur triennium, derogaverint Novellæ: moti ſunt Nov. de litigioſis, quæ videtur aliqoa ex parte huic Conſtit. derogare. Et verior eſt Placentini ſententia, per Nov. 112. *de litigioſis*, huic Conſtit. derogari: Nam ſi poſt contumaciam, vel actor, vel reus vocandus ſit edictis tribus, intermiſſo ſpatio ſingulis edictit dierum 30. ex ea Nov. unde fiunt menſes tres, & poſt tria edicta expectandut ſit annos tantum, ad finem anni ferenda extrema ſententia, cum tamen ex hac *l.* poſt tria edicta ſit expectandus, vel reus, vel contumax oſque ad finem triennii, ut hic definitur aperte: conſequens eſt, huic conſtitutioni derogari. Novella non dicit uſque ad finem triennii, ſed ad annum, quæ derogatio eſt apertiſſima: nulla tamen in re alia huic Conſtit. aperte derogatur: Deinde quærunt an triennii præſcriptio valeat in cauſis appellationum: dic non valere: nam cauſis appellationum alia tempora præſtituta ſunt, ut peragantur intra annum, vel ſi qua juſta cauſa exigat tempora proferri intra biennium, *l. ult. §. illud, de temp. & repar. appell. Novell. 49. & 50. & 116.* Tertia quæſtio eſt an triennium poſſit prorogari conſenſu partium, an conſenſut partium poſſit efficere, ut liceat judici rem proferre ultra triennium: reſpondetur non licere, non plus valere pactionem privatorum, quam jus publicum, conſtitutionem hanc legem dixiſſe judici non litigatores, & hoc ut veriſſimum exiſtimem, facit *l. 1. C. Th. ut int. an. qu. crim. term.* Eſt jus antiquum, ſed ubique manet, ſuntque ex eo ducenda argumenta, niſi cum palam huic derogatum eſt: præſcribitur hac Conſtit. annus: ſed ſi non ſit cauſa proferendæ cauſæ criminalis in annum, ſi poſſit judex eam dirimere citius, & nulla ſit cauſa dandæ dilationis, debet eam mox finire non expectatis anni moris, niſi actor, & reus voluerint communi conſenſu annum à judice obſervari, dum ſperant interim ſe habituros complura documenta litis ſuæ: nam volentibut litigatoribus aſſentiri debet judex. Voluntas itaque litigatorum aliquid poteſt, ſed intra legitima tempora: nihil poteſt ultra legitima tempora: Itaqoe ſi voluerint rem proferri, id poſſunt, tamen uſque ad legitima tempora. Ultima quæſtio eſt hæc, an ſi forte Judex ſententiam dixerit poſt triennium, valeat ſent. non poteſt valere ſent. dicta poſt triennium, quia perempta eſt lis, contigit mors liti: ubi lis mortua eſt, nulla res eſt, *l. 2. judic. ſol.* Plauto dicitur res mortua, occiſa, animam efflaſſe: lis mortua eſt, cujut inſtantia amiſſa eſt, non etiam actio: & ita *l. 3. quæ in fr. cred.* lite mortua nulla res, ac proinde fidejuſſores judicatum ſolvi liberantur: ſi lis mortua eſt, nulla poteſt conſequi ſententia: nam ſententia eſt litis definitio, & poſt triennium finita ſententia deſiit judex eſſe: quid igitur? redintegranda eſt actio refuſis ſumptibus litis ab eo, qui produxit litem ultra triennium: vel ſi judex moræ fuerit, judice mulctato, & mutato: lis

igitur

igitur ex integro movenda apud alium judicem. Nec putem huic definitioni triennii jure pontificio derogari, *ca. pen. de judic.* ex quo vulgo definiunt triennio non terminari instantiam: perperam: nam hæc est species. Archiepiscopus Ravennas dicebat se jurisdictionem habere in civitatem Serviam: negabant cives civitatis ejus, & lite mota apud judicem delegatum cives, quod causæ suæ diffiderent rem protraxerunt moris & cavillationibus ultra triennium: post triennium tracta, dicunt peremptam esse instantiam, & nolunt respondere coram judice delegato, quia perempta instantia litigatores obtemperare non coguntur judici: constituitur, ut judici delegato liceat rem finire ultra triennium, & cogere cives illos, ut litem exequantur, quia per eos stetit, quo minus causa intra triennium expediretur: illi moram attulerunt judicio, & volunt moram sibi opitulari: non æquum est, non patitur, *l. reus, de muner. & honor.* Reus post annum potest honores petere, quo anno finitur reatus, nisi per eum steterit, quo minus causa intra annum finiretur, quia tuoc anno non finitur reatus. Cum Justinianus causis civilibus finiendis earumve instantia perimenda præscripsisset triennium: si tamen ultra triennium res proferatur, aut ita adducatur, ut sit ultra triennium producenda, judex prospiciet. Et ita distinguit, aut moram judicio adfert actor, aut reus, aut judex, aut advocati:

Ad §. Et si quidem pars actoris *cessaverit, quatenus multiplici dilatione reus fatigetur, & triennii metæ post litem contestatam jam prope finem veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit, licentia erit judici per executores negotii actorem requirere parte fugiente ex una parte actoris absentiam incusante, & judicibus omnimodo suas aures hujusmodi quæstionibus reserantibus, & si per tres vices hoc fuerit subsecutum, decem dierum spatio per unumquemque introitum destinato, & nec ita pars actoris fuerit inventa, & neque per se, neque per procuratorem instructum pervenerit, tunc judicem negotii acta apud se confecta conspicere censemus.*

De actore agitur in *§. & si quidem*: si post litem contestatam: actor absit, nec cœptam litem exequatur, constituit Justinia. ut reus ex una parte .i. etiam absente adversario possit queri de absentia actoris, & ut audito reo judex evocet actorem per apparitorem, vel tribus edictis, vel tribus literis, ut Paulus ait 5. *Sent. tit. 5. & l. absentem, §. adversus, de pœn.* Videtur hic Justinia. loqui de tribus denunciationibus tantum. Sed nihil refert tres fuerint denuntiationes, vel tria edicta, vel tres literæ. Edicta publico loco affiguntur, literæ mittuntur à judice: denuntiationes fiunt per officium, sive executorem litis, & ideo male in *l. contumacia, de re jud. Contumax, inquit, est qui tribus edictis evocatus, vel uno pro tribus literis evocatus*, legendum, *vel literis evocatus, præsentiam sui facere contemnit*, ut in Senten. Pauli: Additur & post tria edicta quartum, quod peremptorium dicitur, ut *l. & tertium de judic.* & hæ omnes dicuntur legitimæ induciæ, quæ dantur absentibus ut veniant & liti subsistant. Rodericus 3. de gestis Friderici, cap. 17. *legitimas inducias jurisperiti vocant judicis edictum unum, mox alterum, & tertium.* Quarto edicto judex comminatur, se absente adversario cogniturum & pronuntiaturum: sed non necessario datur etiam quartum edictum: sufficiunt enim tria edicta si ita judici videatur, *l. 2. & l. tres, C. quomodo & quan. jud.* non dantur etiam necessario tria edicta: nonnumquam enim dator statim unum pro tribus, quod dicitur peremptorium, *d. l. contumacia, l. nonnumquam, de judic.* hoc totum positum est in arbitrio judicantis, ut pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis edictorum ordinem moderetur, modo utetur uno pro omnibus, modo tribus, modo quatuor. Cum autem dantur edicta tria, necesse est intermitti aliquod intervallum: ex hac l. spatium 10. dierum, quod

A congruit cum jure veteri, *l. ad peremptorium, §. pen. de judic. l. ult. inf. de delatoribus lib.* 10. & interponuntur hæc edicta, ut hæc Constit. declarat prope finem triennii, & finem triennii ita definit Justinia. si semestre tantum tempus supersit ad explendum triennium: qua in re imitatus videtur esse quod est in *l. non tantum, in prin. de excus. tut.* proximum pubertati cum videri, cui reliqui sex menses sunt ad complendam pubertatem, & utitur iisdem verbis, quibus hic Justinianus, quod potest plerisq; rebus usui esse, cum quæritur, quid sit prope finem certi temporis rem pervenisse, quid sit proximum esse pubertati adolescentiæve, si videlicet sex menses modo supersunt: nam & hujus articuli temporis aliquam definitionem tradi par erat: ex Nov. *de litigiosis* 112. *in §. si vero causam* intermittuntur dies
B 30. & adversarius quocunque tempore citari potest statim atque abesse cœperit, citari potest edictis tribus, & post tres citationes expectatur annus: igitur ex ea Nov. 112. ea edicta non interponuntur prope finem triennii, sed cum primum abesse cœperit adversarius, & præsens adversarius hoc desideraverit. Et ita si maturius data sint tria edicta, absens expectabitur, & deinde sive venerit, sive non, res definietur à judice: hic est igitur ordo edictorum. Modo videamus quid fiat si absens edictis non paruerit, si non obtemperavit: incidit in contumaciam, & contrahitur eremodicium, ut ait in hac Constit. Est constit. hæc tota tracta ex sermone Græco, tota Græca phrasi conscripta: nam & reos hæc Const. vocat fugientes, sicut Græcis φεύγοντες, & διωκόμενοι actores. Græcis dicitur actor διώκειν,
C quod est fugare, reus φεύγειν, id est, fugere. Et in hac constit. quod dicit ex una parte Græcis est ἐκ τοῦ ἑνὸς μέρους, & μονομερῶς. Ac proinde ait post tria edicta si illis uon obtemperavit absens, actor contrahit eromodicium. Eromodicii pœnæ hæ sunt, primum, ut possit judex disceptare μονομερῶς .i. non præsente altera parte: lis contestatur utraque parte præsente, cum perorant ambo præsentes, ut est in 12. tab. nec potest esse contestatio litis, quin utraque pars præsens suæ causæ merita enarraverit coram judice, testibus præsentibus: sed lis, quæ semel contestata est, etiam agenda est utraque parte præsente: regulariter nullum est judicium, si causa agatur absente parte altera, si absens condemnetur non contumax, non denuntiatus solenni edictorum ordine, etiam si presens absenti
D condemnetur, nulla est sententia, *l. ea, quæ inf. quom. & quan. jud. l. certum, §. si quis, de confess.* sed adversus contumaces pronuntiari potest, vel etiam pro eis, ut inferius dicetur, & causa agi potest illis absentibus, etiam si fuerit criminalis: modo tamen non damnetur absens capitali crimine: nam etiamsi absit per contumaciam, non potest damnari capitali crimine, damnari tamen potest crimine non capitali, quæ est distinctio *legis absentem, de pœn.* hæc est igitur pœna contumacis, ut postcaquam incidit in contumaciam, quod fit si tribus edictis non paruerit, si tria edicta contempserit, causa agi, & definiri possit μονομερῶς, contra regulam juris ex una parte, quod etiam singulariter receptum est in causa appellationis, *l. ult. ad Trebell. l. ult. §. illud, de temp. appellat.* & ut in causa ap-
E pellationis potest etiam pro absente pronuntiari, si ab eo magis stare videatur æquitas, Nov. 49. ita etiam si quis absit per contumaciam, nonnunquam potest pro eo pronuntiari, *l. & post edictum, de judic.* & hac Constit. judex enim cum absens incidit in contumaciam, perinde rem disceptat, quasi utraque pars præsens esset. Itaque si æquitas ab absente stare videatur, pronuntiabitur etiam pro contumace: sed sicut in causa appellationis si vicerit forte absens, reddit sumptus totius litis ei, qui victus est, Nov. 49. ita priori judicio si vicerit absens, & contumax, reddit omnes sumptus litis victo, ut hac constit. aperte definitur, quæ est altera pœna contumaciæ: prima hæc fuit ut causa agatur & definiatur μονομερῶς. Secunda hæc est, ut etiamsi vi-

cerit contumax, non observetur regula juris, quæ vult victum victori condemnari impensarum nomine. Nam ex diverso victor condemnabitur expensarum nomine: atque ita victoris pervicacia plectetur. Hæ igitur sunt duæ pœnæ ejus, qui absens est per contumaciam: quid est eremodicium? est ἐρήμην δίκην, cum abest adversarius, id est, lis deserta; & si quæris definitionem, Eremodicium est desertio litis contestatæ, sive causæ dictio ex una parte tantum: male vulgo innumeri confundunt vadimonium, & eremodicium, & litem contestatam: dicunt enim eremodicium esse desertionem vadimonii: nos, esse desertionem litis contestatæ, & aliud esse vadimonium, aliud litem contestatam. desertio vadimonii est desertio promissionis judicio sistendi causa factæ ante litem contestatam, *l.4. §.quæsitum*, *& l.5. §.1. si quis caut.* longe aliud est desertio litis contestatæ, quæ desertio magis punitur: nam desertio vadimonii si is, cui dies datus est, non venerit, non coercetur damno litis, desertio litis contestatæ coercetur damno litis: & hæc est tertia pœna contumaciæ: nam si absens per contumaciam damnatus fuerit, & postea supervenerit, non poterit ex integro causam agere, vel etiam si absens per contumaciam vicerit, quod aliquando accidit, & reversus dicat nondum plene sibi satisfactum esse, non poterit ex integro litem inchoare: quod hac constitut. est expressum. Igitur sive condemnatus fuerit, sive vicerit, non potest ex integro causam agere, quam dicit non plene discussam: quin etiam non poterit appellare, *l.ex consensu*, *§.ult. de ap. l.& post edictum*, *§.ult. de judic. l.1. inf. qu. app. non recip.* & hoc est quod dicitur in *l. contumacia*, *de re judic.* contumaciam coerceri damno litis, quia scilicet lis non potest ex integro agi, nec appellare licet à sententia. Perit igitur lis, moritur lis, moritur & actio, nec infirmari provocatione judicatum potest: quod non ita evenit in desertione vadimonii: nam & cum quis deseruit litem contestatam, judex ad finem triennii fert sententiam definitivam: Cum verò quis ad diem dictum liti contestandæ non adest, judex non fert sententiam definitivam: sed si abesse perseveret adversarius, cum quo res est alteri, judex de re cognoscit summatim, & actorem præsentem mittit in possessionem ejus rei, de qua agitur, non ei rem addicit, quia non fert definitivam sententiam, vel reum præsentem relaxat observatione judicii. Igitur non fert sententiam definitivam, Novell.53. & l.2. *inf. ubi in rem act. exe. deb.* sed tantum non inficior *Nov. de litigiosis* hæc esse commutata: nam ex ea etiam ante litis contestationem contrahitur contumacia, non eremodicium, quia nondum fuit lis, nondum δίκη, lis non dicitur, nisi sit contestata. Sed dixerit aliquis non male ex ea Novel. ante litem contestatam contrahi contumaciam, cujus plectendæ ratione possit judex una tantum parte præsente litem disceptare, peragere, definire: atque ita si quis contumax fuerit ante litis contestationem, si denuntiationibus non paruerit, sive post litem contestatam, lis extinguetur postrema sententia judicis, nec licebit eam restaurare absenti, nec appellare. Potest & alia differentia tradi inter desertionem vadimonii, & desertionem litis contestatæ, quod deserat vadimonium reus, contrahat eremodicium & actor, & reus, id est, quilibet adversarius absens, *l.cum quærebatur*, *jud. sol.* Attulimus aliam in *l.ait prætor*, *§.ult. de minor. 25. an.* Sed ad rem. Liquet ex his, quæ diximus, contumaciam plecti damno litis: litem ergo extingui, & actionem interire, non tantum instantiam interire, sed etiam actionem: quod tamen non est perpetuo verum: nam accurate Justinian. distinguit hac Constitut. nam cum actor abest post litem contestatam, evocandus est prope finem triennii, si non paruerit edictis, atque ita inciderit res in eremodicium, ita distinguendum est: aut non liquet judici de re tota, aut liquet: si non liquet judici ex actis, ita ut non possit liquido pronuntiare de re, quæ in judicium venit, absolvet tantum reum ab observatione judicii, quo genere perimitur instantia tantum; non lis, ne cogatur amplius eo judicio interesse: lis manebit, poteritque redintegrari: actio manebit, eaque licebit rursus agere vel apud eundem, vel apud alium judicem: & præterea absens damnatur expensarum nomine, quæ æstimantur jurejurando rei: fidejussores etiam dati à reo judicio sistendi causa, vel judicatum solvi, liberantur ipso jure, quia instantia perimitur. Cum autem judici liquet, tum debet etiam in absentem, vel etiam in præsentem sententiam definitivam pronunciare, quæ non tantum instantiam perimit, sed etiam litem translata principali actione in actionem judicati: nam remedio appellationis eadem lis rursus introduci non poterit: & similiter cum adversarius evocatus est edictis tribus, quibus singulis dicitur dies illi, ut adsit decimo die, bodie tricesimo, postremo die, quo adesse jussus est, edicto postremo: solet etiam absens adversarius in foro voce præconis citari, *l.& post edictum*, *de judic.* ex qua sumptum est, quod hodie videmus fieri, in foro citari absentem ad ostium tribunalis. Igitur non satis est proponi tria edicta: sed adhibenda est etiam vox præconis, quæ die cognitionis evocabit absentem, & si non comparuerit, res peragetur. Sed si venerit, si præconi responderit, vis edictorum circumducetur, quia non faciet judex quod se facturum edixit: nam etsi forte adfuerit is, qui edictis evocatus est, abfuerit autem qui edicta illa impetraverit, adversus absentem lis non definietur, non pronuntiabitur secundum absentem: sed instantia perimetur, id est is, qui venit, & vocationi paruit, absolvetur observatione judicii circumscriptis edictis, quod Græcis est ἐρήμην λύειν, *casser le defaut*, *donner congè*. Lis tamen non perimitur: nam licebit ex integro causam agere cum alter redierit, qui cœpit abesse adversario veniente: & hæc est sententia *l.& post edict. de judic.*

Ad §.Sin autem reus *absfuerit*, *& similiter ejus processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris diximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur*, *& judex*, *secundum quod veteribus legibus cautum est*, *ex una parte cum omni subtilitate causam requirat*, *&c.*

Diximus de actore, qui per contumaciam abest: hodie dicemus de reo ad *§.sin autem reus*. Reus incidit in contumaciam si tribus edictis, vel denuntiationibus evocatus sui præsentiam facere contempserit: post tria edicta habetur pro contumace, non ante: & sicut dictum est de actore, per singula edicta, quæ publice proponuntur, vel per singulas denuntiationes, quæ fiunt per apparitorem, intermitti etiam debet spatium decem dierum: supra dixit per unumqoemque introitum, introitum ad judicem scilicet: nam absenti evocato edicto, sive denuntiatione prima dicitur dies decimus, ut eo adsit in judicio: quo sive venerit, sive non venerit altera pars, quæ præsens fuit judicium ingreditur, & rursus incusat absentiam adversarii, *il demande defaut*, *ou congè*, edicto si non paruerit adversarius ingreditur judicium, & postulat alterum, & tertium postea, cujus tertii edicti die rursus judicium ingreditur, & postulat ut babeatur pro contumace, habita pro unoquoque introitu semper expensarum ratione. Contumaciæ autem rei eadem est pœna, quæ actoris, ut absente reo per contumaciam eremodicium contrahatur. Et ait Justinianus in hoc §. *etiam absente eo*, id est. reo, *eremodicium contrahatur*: quo articulo, *etiam*, hoc significatur: non tantum absente actore, sed etiam absente reo per contumaciam eremodicium contrahi, id est, litem haberi pro deserta, & agi, disceptari, definiri μονομερῶς, non conflictu partium mutuo. Igitur in eremodicium incidunt non tantum rei, sed etiam actores: alii solos actores, alii solos reos: utrique decipiuntur: & actores & rei, si absint per contumaciam, contrahunt eremodicium, quod apertius significatur in *§. cum autem*, quod in Codice Gallico est his verbis expressum: *quan la cause est ainsi menèequ' il n'y a qu'une des parties*, *& celle du demandeur*

deur ou celle du deffendeur, utrique contrahit eremodicium, & omnino ἐρήμη δίκη, & μοναμερὴς δίκη idem est, cum scilicet causa agitur una tantum parte præsente, & fit condemnatio, vel absolutio sententia definitiva contra regulam juris, quæ vult causam contestari, agi, definiri utraque parte præsente, & ita in Nov. 69. κατακρινέσθω καὶ ἀπὼν κατὰ τὸ καλούμενον τῶν ἐρημοδικίων σχῆμα. i. *condemnetur etiam absens secundum formam eremodicii*: quasi licet causa redierit ad eremodicium, ut jam judex cogatur eam expedire μονομερῶς: & ita Hesychius recte ἐρήμη μονομερὴς δίκη. Idem est cum scilicet causa agitur una parte tantum præsente, & fit condemnatio, vel absolutio sententia definitiva, contra regulam juris, quæ vult, causas contestari, agi, peragi, definiri utraque parte præsente, sed quid ageres adversus contumaces, nisi liceret μοναμερῶς causam expedire: & ita in *Novel.* 69. *condemnetur etiam absens secundum formam eremodicii*, scilicet si causa reciderit ad eremodicium: ut jam cogatur judex eam expedire μονομερῶς. Et ita Hesychius rectissime, ἐρήμη μοναμερὴς δίκη ὅταν μὴ ἀπαντήσας, lis, quæ agitur una tantum parte præsente, cum scilicet reus, quod non concurrat ad judicium, condemnatur: Sed restringit Hesychius, ἐρήμην δίκην, ad reum non occurrentem ad judicium, cum tamen nos extendamus etiam ad actorem litem inchoatam deferentem: absens reus, de quo hic agitur ex contumacia condemnatur si obnoxius reperiatur; & quod ait *obnoxius*, est ex Græco, ὑπεύθυνος, videtur tota hac lege Justinianus Græce loqui. Igitur condemnabitur, vel etiam absolvetur: nam & pro contumace dicenda est sententia, si id bonitas causæ illius exigat: condrmnatus autem si fuerit reus absens, sententia erit perducenda ad effectum auctoritate judicis, qui condemnavit si jurisdictionem habuerit, vel si jurisdictionem non habuerit: veluti judex datus auctoritate ejus, qui eum judicem dedit: nam qui judicem dedit, exequitur judicis dati sententiam, non ipse judex datus: dicta enim sententia definit esse judex, & judex datus cognitionem tantum habet, ac perinde sententiæ executionem non habet, sed quod pronunciavit, exequitur idem, qui dedit captis pignoribus, *l. à Divo Pio, de re jud.* Et hoc est, quod ait hoc loco, *per rei facultates fugientes victori satisfiat*: & præterea reo condemnato ac post comdemnationem reverso non licebit litem redintegrare, non licebit datis fidejussoribus possessionem captorum pignorum recipere: hæc est pœna contumacis, ut plectatur damno litis: nam numquam potest litem restaurare, nec si offerat fidejussores, nec si appellet: nam damnato etiam ex contumacia non licet appellare, *l. ex consensu, §. ult. de appell. & l. post edictum, §. ult. de judic. l. 1. inf. quo. app. & Nov.* 82. & ex eo petenda est ratio, quam vulgo ignorant, *l. liberto, §. litem, de neg. gest.* species hæc est, reus litem contestatam deseruit, & evocatus edictis judicis non rediit, frustrator est, qui litem, & judicem, & adversarium frustratur, & moratur: cum ita reus abesset ex contumacia, quidam ultro ex suis amicis obtulit se non defensioni quidem litis, igitur non suscepit defensionem litis, hoc enim si fecisset purgasset frustrationem rei, sed allegavit tantum causas absentiæ: quod etiam in criminalibus est permissum. Nam licet reus criminis accusatus non possit per procuratorem, vel gestorem defendi, *l. pen. de pub. jud.* potest tamen causas absentiæ allegare per procuratorem, vel per gestorem: & ubicumque absens potest damnari, ibi quilibet pro eo verba faciens, & absentiam ejus excusans, ut audiatur *æquum est, & ordinarium*, ait, *l. servum, §. publice, de procur. æquum & ordinarium est*, pro usitatum, & rectum, unde illud, *ordine & recte factum*, & citat rescriptum Imp. quod est in *l. 3. inf. de accus.* Igitur in specie *§. litem* cum reus litem deseruisset, amicus ejus ultro egit excusans absentiam rei, defensionem rei non suscepit, sed tantum absentiam excusavit ne damnaretur eremodicio. Quæritur an dicta sententia contra absentem, videatur negotiorum gestor ille contraxisse culpam, quod a sententia dicta contra absentem non appellaverit, & an eo nomine teneatur actione negotiorum gestorum? minime, *quia inquit, frustrator condemnatus est*: quod sic explicant: quia amicus non est condemnatus: sed ratio hæc est, quia ex contumacia condemnatus est, & ejus nomine appellare non licet, & ob id culpam non contraxit si non appellavit, cum nec possit appellare: alioqui sententia dicta in absentem pro præsente, vel in præsentem pro absente, nullius momenti est, si non abfuerit per contumaciam .i. si non fuerit edictis solemnibus citatus prius in *l. 2. quæ, inf. quom. & qua. jud.* Et male distinguit inter actorem & reum Accurs. quem hic reprehendit Bartolus; nam sive absit actor, sive reus, modo non absit per contumaciam, sententia in eum dicta nulla est, *l. 1. §. item cum ex edicto, quæ sent. sin. app. resc. l. certum, §. si quis, de confessis.* His explicatis repetitur in hac Constit. illud, quod jam attigerat supra, nihil obstare quo minus causa agatur μοναμερῶς sive absit reus, sive actor per contumaciam: *quia*, inquit, *absentia unius litigatoris Dei præsentia suppletur*: propterea quod tum judicabant judices sacrosanctis propositis Evangeliis, quæ Dei præsentia simulachrum erant judicibus, aut esse debebant: & ideo nihil est damni, nihil periculi, & si absit pars alterutra, cum ejus absentia Dei præsentia suppleatur, nihil obstare debet metus appellationis: quia non licet appellare a sententia dicta in contumacem: Et adjicitur præterea, ut sententia non dicatur in absentem ex eremodicio, nisi prope finem triennii, cui tamen rei derogavit *Nov. de litigios. §. sin autem*. Ergo ante hujus triennii finem non contrahitur eremodicium, non potest lis definiri, non potest perimi aut mori: moritur lis: an dicta sententia? minime, nisi dicta sit ab eo, à quo appellare non licet: Sed si appellationis remedium supersit, quo extinguitur judicatum, judicato non moritur lis, nec srntrntia definitiva perimit litem. Sed cum dicitur sententia in contumacem, plane lis moritur, quia non licet appellare: non potest igitur interimi lis, nisi prope finem triennii, ante interimi lis non potest: sed potest tantum condemnatio fieri expensarum nomine, primo vel secundo, vel tertio introitu, vel absolutio: nam hoc loco, *§. hujusmodi autem*, hæc verba, *in sola expensarum datione vel absolutione*, illud *absolutione*, vulgo male interpretantur ab observatione judicii: falsa est interpretatio: nam sicut in absentem sententia definitiva non potest ferri nisi prope finem triennii, ita nec dari relaxatio ab observatione judicii. Non ergo loquitur de interitu instantiæ, sed de absolutione tantum expensarum: nam plerunque judex absenti, qui primo edicto non paruit, si forte amicus ejus causam absentiæ justam allegaverit, remittit ei sumptus litis, in quos tamen condemnandus videbatur unoquoque introitu: nam primum præsens adversarius postulat edictum primum in absentem, quo impetrato, evocat absentem die dicta decima: ea die si non venerit, queritur rursus de absentia, & postulat eum condemnari in expensas. Dat & alterum edictum: sed judex non semper absentem in expensas contemnat: dat alterum edictum, hoc addito, ut quod primo edicto non paruerit, nullæ ei restituantur impensæ. Igitur ante proximum finem triennii tantum potest fieri condemnatio expensarum, vel etiam absolutio expensarum, si ita judici videatur, ut in Nov. 82. At prope finem triennii post illa tria edicta totius rei condemnationem faciet judex extremam, vel etiam absolutionem, atque ita perimet & instantiam, & litem.

Ad §. Sive autem alterutra *parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa, omnes judices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit: non ignorantes quod si hoc prætermiserint, ipsi*

de

de proprio hujusmodi pœnæ subjacebunt, & reddere eam parti læsæ coartabuntur.

AD extremum hac parte Justinianus constituit, ut sive causa agatur cognitionaliter, & συντάδην, id est utraque parte præsente, sive μονομερῶς, & secuta sit sententia definitiva secundum ordinem hac Constitut. præscriptum, semper victus victori condemnetur expensarum nomine; alioqui ut judex, vel officium ejus ex sua substantia hujusmodi detrimentum læsis resarcire compelletur, ut in *l.sancimus*, *inf.* id est, ut ipse judex victori reddat expensas omnes, in quas non condemnavit victum, vel officium ejus, qui non exegit eos sumptus ex sententia judicis. Igitur victor recipiet sumptus litium vel à victo, vel à judice, vel ab officio judicis: à judice, cum judex non habuit justam causam remittendorum sumptuum: nam excipitur hic casus, si uterque habuit justam causam litigandi: sed necesse est, id adjiciat nominatim in sententia judex, ut Novell.82. & excipitur etiam alius casus ex *§.sin autem ex gestis*, *sup.* si pronuntietur pro contumace, & condemnetur præsens: nam hoc casu non victus victori condemnatur in expensas, sed victor victo, si est contumax victor: quia non potuit ei jus suum auferri: non auferetur ergo suum jus, sed auferetur expensarum lucrum, quæ est sententia ejus *§. sin autem ex gestis*, male explicata ab Accursio, explicata ita recte ex Novell.49. & declaratur hic etiam, expensas litis esse æstimandas jurejurando victoris, qui jurare potest in infinitum, *l.videamus*, *§.jurare*, *de in litem jur.* Itaque huic jurijurando adjicit judicem jusjurandum moderaturum, si in immensum juraverit, *l.sancimus*, *hoc tit.* & sumptus litis sumpto prius jurejurando judicem æstimaturum, ac taxaturum prius: quod tamen pugnare videtur cum Nov.82. quæ vult, ut judex omnino sequatur jusjurandum victoris non habenda ratione impensarum: sed ita id intelligi debet, si prius judex jussit jurari ad certum modum, tunc idem debet sequi jusjurandum, *l. si quando*, *inf. unde vi*. Sed si victor suo arbitratu modum expensarum edixerit, sine ulla præscriptione judicis, judici licet hoc jusjurandum moderari, *l. videamus*, *& seq. de in lit.jur.* hæc condemnatio expensarum non infligitur tantum victori, sed etiam ei, qui nondum vicit, quique victurus forsitan non est, puta præsenti adversus absentem etiam ante litem contestatam, ut si reus vocatus non venerit ante litem contestatam, vel etiamsi post litem contestatam non venerit actor, vel reus, ac postea venerit nondum lite finita, non prius recipientur, quam refuderint impensas, *dict.l.sancimus*. Et adjicit ea l. hoc esse observandum sive citati litigatores, sive requisiti mala conscientia abfuerint, quod vulgo explicant male. Citantur solennibus tribus edictis, & eo genere constituuntur contumaces, requiruntur sine literis, sine denunciationibus, ut *Nov.53. cap.3.* si reus in judicium vocatus juraverit judicio sisti, non satisdederit, nec tamen venerit in judicium litis contestandæ causa, sed latitaverit contra fidem, quam fecit, requiri debet ab apparitoribus, & duci manu injecta, etiam in causa civili jussu judicis, cujus jurisdictio est: & si forte non inveniatur, à judice ei debet præstitui dies certus intra quem veniat, & si intra illum diem non venerit actor, nisi sit ejus evidens calumnia, mittitur in possess. bonor. rei debiti servandi causa, *l. pen. inf. de dignit. lib.* 12. quo genere constituitur pignus prætorium, *l.misso*, *pro empt.* & ita captis pignoribus constituto pignore prætorio, nondum tamen vendito, si venerit reus in jodicium, non ante admittendus est ex ea Novell. *cap.* 3. *& ex dict. l.sancimus*: quam refuderit impensas litis, quas interim fecit actor, dum eum expectat: & nisi satisdederit judicio sisti, pro jurejurando nunc ab eo exigetur satisdatio: & hæc pignorum captio fit caosa rognita summatim, non plene. Igitur res non potest definiri ultima sententia: sed cum venerit, & restituerit impensas, ac satisdederit judicio sisti, tum judex sententiam plenam pronuntiabit: summaria cognitio litem non definit: est autem hoc casu pœna perjurii, ut absens non citetur edictis solemnibus, sed ut requiratur, & ducatur, & hoc est, quod ait *l. sancimus*, non tantum citatos, sed etiam requisitos, si venerint in judicium, cum ante abfuissent mala conscientia, non esse prius audiendos, quam ante adversario refuderint sumptus litis, & viatica, id est, itineris sumptus.

Ad §.Sin autem utraque parte *imminente, & litem peragere cupiente, judex eam accipere non maluerit, vel propter amicitias, vel inimicitias, vel turpissimi lucri gratia, vel propter aliud quodpiam vitium, quod miserrimis animis hujusmodi judicium innasci potest, litem ipse ausus fuerit protelare, & propter hoc triennium fuerit transactum: judex si quidem in magistratu positus est, vel in majore dignitate usque ad illustratus gradum, decem libras auri privatis nostris largitionibus inferre per scholam Palatinam compelletur, &c.*

DIximus hactenus de actore, & de reo, qui moram judicio adfert: deinceps dicetur de judice, & advocatis, qui moram judiciis adferunt, per quos fit, ut causa civiliter intra triennium non expediatur, ac primum, ut proponit in *§. sin autem utraque parte*, si judex rem civilem protulerit ultra triennium, minor multatur tribus libris auri, major decem, inferendis in ærario privato privatis largitionibus, & quod idem est, publicis rationibus: exigitur ea multa per scholam palatinorum. Palatini sunt apparitores Comitis sacrarum, vel privatarum largitionum sacri, vel privati ærarii, qui & dicuntur privatiani, & largitionales, qui multas inferendas ærario privato exigunt, ut in Nov.117. Multatur ergo ita judex sive major, sive minor, qui rem protraxit ultra triennium, res, & lis salva manet, sed alius judex sumendus est, non frustrator ille temporis legitimi: quid tum fiet, si forte intra triennium mutetur judex? puta morte, vel qua alia ratione, incidente infirmitate, vel necessaria profectione, veluti rei suæ familiaris periculo: his omnibus casibus necesse est alium sumi judicem, *l. Julianus*, *& seq. de judic.* Quæritur vero quantum temporis dederis novo judici ad litem definiendam? quod deerit triennio, si non minus anno sit, vel si minus sit annus, annus replebitur subdito judici. Nec quicquam refragatur *l.si judex*, *D.de judic.* primum enim hæc Constitut. loquitur de omnibus judicibus delegatis: ergo etiam de judicibus datis, de qoibus est *l. si judex*, & ita loquitur de judicibus datis, quibus is, qui dedit, nullum certum tempus præscripsit ad judicandum: illa *l.si judex* loquitur de jodice dato, cui magistratus præscripsit certum tempus ad judicandum: sed & omnino congruit ea *l.si judex* cum definitione Justiniani: vult enim, ut si judex judicare jussus intra certum tempus non judicaverit, ut alius judex detur, & si subdito judici non sit præscriptum certum tempus ad judicandum, ut fuerat priori, intelligantur ei tanta tempora præstituta, quanta priori, proinde si, verbi gratia, primus judex jussus sit judicare intra sex menses, nec judicaverit, subditus in ejus locum judex simpliciter judicare jussos, intelligitur judicare jussus intra sex menses: redintegrantur ergo tempore quot fuerant priori præstituta. Sed adjicit l. hunc modum, *ita tamen ut legitimum tempus non excedat:* quem modum Accur. ibi recte conjicit esse triennium ex hac Constit. nam verbi gratia, si prior sit judicare jussus intra biennium, nec judicaverit, an sequenti judici dabitur biennium? minime: dabitur tantum annus, ne qua lis excedat triennium: hæc est sententia *d. l. si judex*. Cum igitur moras liti attulit judex, ita ut eam trieonium sit elapsum, alius judex assumitor, qui judicet intra annum: ex quo apparet litem salvam manere, nec extingui triennio, maxime quia non per litigatorem, sed judicem causa labitur, ut in *Nov. 119. & 23.*

& 23. triennio ergo actio non perimitur cum alius judex accipitur, & male Accurs. in hanc rem adfert *l. sed & si, §. ait Prætor, ex quib. cau. major.* quæ ait, dandam esse restitutionem in integrum, si per judicem, aut dilationem Judicis effectum sit ne res judicaretur: dilatio ergo judicii extinguit actionem, cum sit necessaria distinctio: non loquitur hic IC. de tempore finiendæ litis, sed de tempore finiendæ actionis. Sunt quædam actionibus præstituta tempora: si magistratus, dum moratur actionem dare, ita tempus actionis frustratus sit, ut exciderit actio actori, actio perempta est suo tempore mora, aut dilatione magistratus, quia distulit actionem dare: Sed æquum est restitutionem ex ea causa fieri: perimitur sane actio suo tempore. Aliud est lis, aliud actio: lis non tantum actionem significat, sed institutum cœptumque judicium, Novella 10. Mora igitur, sive cunctatio judicis, apud quem lis contestata est, non perimit actionem: longe aliter fit, si reus, vel actor post litem contesta. frustrentur, & qualibet tergiversatione efficiant ne lis peragatur: hoc enim casu licet solo triennii lapsu lis non perimatur, tamen perimitur sententia judicis, qui ex hac Constit. prope finem triennii, id est, jam imminente triennii fine debet sententiam definitivam ferre. Atque ita non triennii lapsus necem liti adfert; sed sententia judicis, quæ est hujusmodi, ut neque ex ætate, neque restitutionis beneficio, neque appellationis lis possit redintegrari: itaque plane lis moritur, quia resuscitari non potest ulla ratione. Iterum dico, non perimi litem solo triennii lapsu, sed pronuntiatione judicis, si liqueat: si non liqueat, perimitur tantum instantia. Idemque sequemur omnino secundum Novellas: nam hæc Constit. loquitur tantum de his, qui frustrantur post litem contesta. sed ex Novellis si ante litem contestatam litigatores frustrentur, si citationi judicis non obtemperaverint, idem dicendum est Nov. 112. & Leonis 108. atque ita in eum, qui ad vadimonium non occurrit, veluti ex eremodicio condemnatio fieri potest, quanquam non proprie contrahatur eremodicium, nisi post litem contestatam: sed ex his Novellis quodammodo contrahitur eremodicium etiam ante litem contestatam: cum absens possit condemnari, hoc tamen exigitur, ut qui evocatus non venit ad litem contestandam post tria edicta, expectet annum, deinde in eum promatur sententia definitiva, si liqueat. Nihil hæc constitut. dicit de officiis, sive apparitoribus judicum, qui tamen litibus moras adferre possunt, dum nolunt eas introducere in judicium. Sed de his idem statuit Justinianus in *l. ult. ut int. cer. tem. crim. qu. ter.* ut eadem pœna adficiantur, qua judices.

Ad §. Illo proculdubio *observando, ut si neque per alterutram litigantium partem, nec per Judicem steteris, quo minus lis suo marte decurrat, sed per patronos causarum licentia detur Iudici, & eos duarum librarum auri pœna afficere per scholam Palatinam exigenda, & similiter publicis rationibus aggreganda, &c.*

NUnc de advocatis videamus. Mulctantur etiam hac Constitut. advocati, qui moram judicio attulerunt adjecta causa in sententia, quod advocati rem protulerint: non enim tantum fuit unus advocatus in una causa, sed plures: ut Comicus docet: unus causam orat, cæteri dicenda suggerunt: atque inde in *l. providendum, sup. de postul.* de eo, qui plures, & nobiliores rogavit advocatos dolo malo, sibi & suæ defensioni adesse, ut adversario subtraheret (quod fit etiam hodie fraudulenter) *paris defensionis copiam*: & adjicit de advocatis, ut cœptam causam peragere cogantur, ut non possint prius susceptum clientem deserere, *nisi*, inquit lex, *vel justa causa impediat*, ut in *l. rem non novam, §. patroni autem, inf.* forte pendente lite advocatus, qui rem omnem non intellexerat initio, intellexit litem esse improbam, vel penitus desperatam, & ex mendacibus allegationibus compositam: tunc advocatus rectius fecerit si clientem deseruerit, quam si in ea lite perseveraverit agenda: sicut e contrario, non licet clienti mutare advocatum: & eadem est ratio advocati, & procuratoris, ut non possint mutari re non integra. Sciendum est advocatis honoraria prorogari, *l. 1. §. Divus, de extraord. cogn.* atque etiam, ut possent exigi per executores litium instantibus advocatis, qui suam operam clientibus contulerant: cogitur ergo, qui elegit operam advocati, ei honorarium prorogare: sed non si velit mutare advocatum: potest enim re integra .i. lite nondum contestata: quod primum est munus advocati. Sic procurator ante litem contesta. mutari potest: potest ita advocatus, post litem contestatam tamen non potest advocatus mutari, nisi causa cognita, *l. post litem, de procur. & l. seq. §. patrono.* Illud non est omittendum, quod ait, honoraria esse præstanda à clientibus, qui dare possunt: alioqui notum est advocatos interventu Judicis debere gratuitam operam accomodare his, qui honoraria prorogare non possunt, *l. nec quicquam, §. advocatus, de offic. Proconf. l. 1. §. ait Prætor, de postul.*

Ad §. Sin vero causæ *vel pupillorum, vel adultorum sint, vel aliorum sub cura agentium masculorum, vel fœminarum: ut per tutores, vel curatores, vel actores, vel eorum procuratores agatur, & eorum desidia triennium fuerit elapsum, & causa ceciderint, litem quidem nihilominus suum habere vigorem: omnem autem jacturam, quæ ex hac causa oritur, ad tutores, & curatores, aut eorum fidejussores, heredesque, & res eorum, & ad omnes, quorum in hac causa legitime interest, redundare, &c.*

POstremum est de his, qui alieno nomine experiuntur, puta de tutoribus, actoribus, curatoribus, procuratoribus majorum. Primum videamus de procuratoribus majorum: si quis litem egerit per procuratorem, & procuratoris contumacia evenerit, ut diceretur sententia ex eremodicio, quæ rescindi nulla ratione potest, nec per appellationem: an poterit restitui lis beneficio restitutionis in integrum ex clausula generali: *si qua justa causa, &c.* Si lis sit mortua contumacia procuratoris, non si lis omissa sit culpa procuratoris, non est jus petendi restitutionem in integrum, sed est ei, qui causam amisit, est in procuratorem regressus per actionem mandati, vel negot. gestor. ut litis amissæ periculum præstet: pinguius succurritur pupillis, & cæteris, qui consilio tutorum, vel curatorum reguntur, vel qui litigant per procuratores, & actores. Tractans hic Justinianus ultima parte de minoribus, numerat actores, tutores, curatores, procuratores: nam hi omnes possunt de jure minorum experiri. Sed quando etiam, & quomodo etiam utuntur minores opera actorum, & procuratorum? cum scilicet obfuturus tutor, vel curator necessariæ rei causa potest actorem constituere, qui agat pupilli nomine, qui utique cavere debet de rato cum non datus sit à domino, *l. actor, rem rat. hab. l. un. inf. de act. à tut. dan.* procuratos constituitur non à tutore, quia non est dominus, soli domini procuratores dant .i. ante litem contesta. sed post litem contest. tutor potest, quia contest. fit litis dominus: quia quilibet procurator post litem contesta. potest procurat. dare, poterit tamen ea causa ante litem contesta. procuratorem constituere pupillus si præsens sit, & si fari possit tutore auctore, *l. neque, de procur. l. cum & minores, inf. si adv. rem jud.* Nunc finge: tutores vel curatores, vel procuratores, vel actores, qui litem minorum agitabant, litem amisisse, & triennium lapsum fuisse, & causa cecidisse, quid fiet? duplici via succurretur minoribus, restitutione in integrum ætatis beneficio. Item succurritur eis actione data tutelæ, vel nego. gestor., vel ex stipulatu, vel in factum adversus tutores, curatores, procuratores, heredes eorum,

fide-

fidejussores eorum ; magistratus municipales, qui eos dederunt : ut ea via minor ad jus suum perveniat. Sed videtur Justinia. significare hac ult. parte Constit. litem perimi solo triennii lapsu : nam ait, *& triennium fuerit elapsum*, *&c.* subjicit litem nihilominus suum habere vigorem .i. nullum habere vigorem, ut in *l. qui fundum, §. servus, pro empt. l. Alexandrinis, inf. de Decurion.* litem ergo perire : sed damnum præstari à tutoribus, curatoribus, & cæteris, vel beneficium restitutionis in integrum dari. Sed quod dicit triennium elapsum, adsignificare videtur trienni lapsu solo litem interire : triennii lapsu solo perit instantia, *l. ult. infra, ut in. cer. tem. criminal. qu. term.* .i. reus relaxabitur observatione judicis, & judicii, id est, jam non cogitur respondere amplius coram judice, & præsens esse in judicio : sed tantum abest, ut actio perimatur, ut litis contestatione perpetuetur actio, quæ est temporaria, litis contestatione perpetuatur .i. prorogatur in annos 30. *l. aliam, de no. & deleg.* & actio, quæ erat perpetua litis contestatione prorogatur in annos 40. *l. ult. inf. de præs. 30. anno.* Quid igitur dicemus si ex contumacia sententia dicatur ? lis omnino consumitur, quia redintegrari nulla ratione potest, nec jus est appellandi : excipitur beneficium ætatis, cum minores egerunt causas suas per alios, & hi per eorum contumaciam sunt condemnati : lis moritur cum nec est spes restitutionis, nec appellationis, *l. a. judicat. solvi* : quæ scilicet deperdita est, sicut res dicitur mortua Plauto, quæ deperdita est : at cum dicta est sententia non ex edicto peremptorio, sed utraque parte præsente, tunc tentari potest etiam sententia definitiva actionem extingui : quia novatur actio, *l. 3. inf. de execut. rei jud.* Sed quomodo hoc ? datur enim pro actione pristina, actio judicati. Sed an actio ex actione, an lis ex lite nascitur ? sed hæc actio judicati expedita est, & facillima, quoniam habet summariam cognitionem, sicut actio jurisjurandi habet summariam cognitionem ; & hac de re est singularis locus in *l. minor annis 40. de minorib.* Judex pronuntiavit, ut minori solveretur pecuniarium fideicommissum : minor scripsit se accepisse, & debitor judicatus tantæ pecuniæ, quasi creditæ ei cautionem fecit, & hac ratione cœpit deberi pecunia quasi ex causa crediti, an eo nomine potest minori competere restitutio in integrum ? sic sane, quia actionem paratam ex causa judicati novo contractu redigit ad initium novæ petitionis, quod est incommodum. Sic igitur tene, quod finitur actio in judicium deducta sententia judicis, & datur actio judicati : qua ratione dices, actionem perimi, sed non omnino recte dices actionem perimi, quia superest restitutio in integrum, tunc igitur proprie moritur lis, cum sententia lata est ex eremodicio. Hic erit finis, si modo adjecero : quod prætermisi hodie, si ante litem contestatam moretur adversarius, eum posse damnari sententia definitiva, si de re possit liquere, hac ratione restitutum fuisse jus antiquissimum : nam & jure antiquissimo litem amittebat, qui vadimonium deserebat, non quidem statim, sed causa cognita, & expectato aliquantum temporis absente : quæ tamen causa, si videbitur stare ab absente, utique semper pro illo judex est judicaturus : sic restitutum est jus antiquissimum : nam si spectamus jus, quod est proditum Digestis, & Codice, qui deserebat vadimonium, qui non veniebat ad litem contestandam, is tantum committebat pœnalem stipulationem judicio sisti, quæ semper interponebatur ante litem contestatam, vel etiam judex summatim cognoscebat de re a & si non erat evidens calumnia actoris, actorem mittebat in possessionem rei servandæ causa, *l. 2. inf. ubi in rem actio.* Sed hæc summaria cognitio litem non consumebat : licebat enim adversario reverso possessionem recuperare datis fidejussoribus, & litem peragere, & ita Novellæ restituerunt jus antiquissimum, Nov. de litigiosis, & Leonis 308.

Ad L.XIV. Rem non novam *neque insolitam aggredimur ; sed antiquis quidem legislatoribus placitam : cum vero contempta sit, non leve detrimentum causis inferentem, cui enim non est cognitum, antiquos judices non aliter judicialem calculum accepisse, nisi prius Sacramentum præstitissent, omnimodo sese cum veritate, & legum observatione judicium esse dispositturos*, *&c.*

Lex 14. est de jurejurando judicis, & advocatorum ; Postquam edidit Constit. Justinia. de jurejurando litigatorum, quæ est *l. 2. supra de jurejur. prop. cal. dan.* revocat primum antiquum morem, qui obsoleverat, ut judices priusquam judicent se obstringant religioni, & jurent in leges. Ascon. Ped. a. in Verrem ait, solitos judices jurare in leges priusquam judicarent, & ob id in Pandectis sæpe religio judicantis adducitur : *ad religionem*, inquiunt, *judicis pertinet*, *&c.* judex sententiam proferre debet pro ut religio suggesserit, quia jurabant in leges, *l. eum, quem, §. 2. de judic. l. a. si usufr. pet.* priusquam acciperent *judicialem calculum*, .i. prius quam sorte delatam provinciam judicandi susciperent : sortito enim eligebantur judices ; & inde alii judices κληρωτοὶ .i. sorte electi, alii αἱρετοὶ .i. *arbitri compromissarii*, alii κατὰ κλῆρον, alii καθ' αἵρεσιν, καὶ συναινέσει τῶν αἰτίων : nam id declaratur his verbis postea, *antequam primordium litis acciperent* : quod eo dicimus, quia in Constit. Justinia. calculus sicut Græcis ψῆφος significat postremam sententiam judicis : utitur Græco loquendi modo, vocat etiam eadem ratione formam, ut Græci τύπον vocant, id est, sententiam, *l. 1. de recep. arb. inf.* Sed hic calculus, non postremam sententiam, sed litis initium significat, & sortitionem judicis, & hoc reducit hodie Justinia. ut similiter judices omnes jurent in leges, judices omnes Romani juris disceptatores vocat : quid est judex ? juris disceptator : quid est judicium ? juris disceptatio, ut Tull. ait in Top. *judicii finis est jus*, ex quo etiam nomen : monet igitur, ut judices jurent in leges .i. ut judicent semper propositis sacrosanctis scripturis, & quasi Deo teste, idque à contestatione, usque ad extremæ sententiæ ex periculo recitationem, *l. 2. in princ. de jurejur. prop. cal.* cum ita rem executiunt, disceptant, definiunt, definitam recitant ex periculo, litigatoribus propositis sacrosanctis scripturis : ita omnia, quæ litis sunt videntur jurati peragere, quasi præsenti divino numine. Et hæc cum ita definit illo loco, *cum etiam ipsi magis*, *&c.* *Si quidem*, sic legendum, *litigatores causas proferunt*, legendum, *perferunt* : perferre dicitur causam judex, qui examinat, atque etiam advocatus, qui agit, *d. l. 2.* & litigator, qui actionem movet, vel etiam, qui vincit, pertulisse dicitur : sicut legem pertulisse, cui adscriptum est, uti rogas, *l. cum filius, in prin. de leg. a.* at ut intelligatur hac Constit. astringi omnes judices, libet Justinia. enumerare omnia judicum genera : etiam eos enumerat, qui speciem tantum judicum obtinent : nec sunt vere judices, primum hanc Constit. vult observari ab omnibus magistratibus, & majoribus, & minoribus, qui imperium, & potestatem habent, deinde à judicibus, qui à principe dantur, de quibus dictum est *l. 5. hoc tit.* qui dicuntur judices extraordinarii, *l. 2. inf. de dilat.* & à Paulo 5. *Sent. tit.* 5. qui à principe extra ordinem petuntur, tum ii, qui à magistratibus dantur, judices pedanei, judices delegati. Item ii, qui jurisdictionem aliquam habent sine Imperio, ut Duumviri, sive magistratus municipales, qui jurisdictionem habent usque ad certam summam : Imperium non habent, ut ait Paulus eodem loco, ea, quæ sunt Imperii magis, quam jurisdictionis, exequi non possunt, *l. ea, quæ, ad municip.* hi etiam non debent injurati ad judicandum accedere. Item ii, qui aliqua lege confirmantur, *l. pen. de judic.* vulgo exemplum non adferunt, sed petendum ex *l. & quia, de jurisd. omnium jud.*

jud. Hi sunt, quibus magistratus mandat jurisdictionem: his enim lex jurisdictionem non detulit, sed confirmavit mandatam, & quibus lex Julia videlicet judiciorum privatorum. His etiam adjunguntur qui ex recepto .i. compromisso adeuntur, quod judicium imitatur: recipere est promittere: & ideo in Digestis tit. de receptis .i. compromissariis. Qui enim adeunt arbitrum, invicem promittunt pœnam ni arbitrio, id est, sententiæ arbitri paruerint, atque ita vinculo pœnæ ei obtemperare coguntur, qui alias non obstringerentur, & quod ait, compromissum judicium imitari, id est interpretandum ex *l. 1. de recep. arb.* quæ ait compromissum redigi ad similitudinem judiciorum, sed non utique semper compromissum comparatur judicio, *l. quid ergo, §. ex compromisso, de his, qui not. inf.* dicite ex judicato infamia notari condemnatum, ut si damnetur furti, aut depositi, aut tutelæ, vel generaliter de dolo malo: sed ex compromisso arbiter infamiam non facit, etiamsi damnetur quis depositi, vel tutelæ, *quia*, inquit, *non per omnia sententia est*: & ob id etiam ex sententia arbitri non est actio judicati, non est exceptio judicati, *l. 2. de recep. qui arb. l. 1. sup. de re. arb.* sed est actio ex stipulatu pœnæ nomine in stipulationem deductæ adversus eum, qui non obtemperat arbitrio, vel est actio ex clausula doli mali, quæ etiam compromissis adjiciebatur: *dolum malum abesse abfuturumque*: & si est actio ex illa clausula, est etiam exceptio doli mali: nam si sordes, aut evidens gratia ejus, qui arbitratus est intervenerit, & ob id condemnatus nolit parere arbitrio, si conveniatur ex stipulatione pœnæ nomine, se tuebitur exceptione doli mali, *l. 3. inf. de recep. arb. l. non distinguemus, §. cum quidam, eod. tit.* est igitur tantum actio ex stipulatu, vel exceptio doli mali, non judicati actio, vel exceptio: non licet etiam ab arbitro appellare, quem elegisti, cum tamen liceat à judice, quem invitus suscepisti: æquo animo ferre debes ejus sententiam, quem ipse elegisti, hoc jure non licet ab arbitro appellare, *l. 1. & l. non distinguendum, §. & idem, de recep. arb.* quod tamen in Gallia non observatur: nam ab arbitro appellare licet: non igitur per omnia arbiter perinde habetur: sed quod attinet ad jusjurandum, arbitri hac Constitutione judicibus comparantur: idemque omnino statuendum est de arbitris, qui adeuntur sine compromisso ex Carthag. synodo can. 89. & 123. Quidam sunt arbitri compromissarii, quidam sunt arbitri, qui adeuntur sine compromisso, jurejurando interposito, nec enim pœnam interponunt litigatores, *l. 3. inf. de rec. arb.* quod tamen sustulit Justinia. *Nov. de judicibus*, nec voluit jurejurando interposito adiri arbitros, & ante eam non erant arbitri sine compromisso. Quidam etiam erant arbitri, qui dabantur à judicibus veluti arbitri fidejussoribus probandis, cum non potest judex huic rei operam dare, *l. arbitro, qui satisd. cog.* vel arbitri rationibus excutiendis, quibus excussis res redibat ad judicem, *l. si cui, de cond. & demon. & l. si pater, §. si Sticho, de fideicomm. liber. l. si quis dicit, de manum.* Et arbitri ad restituenda bona ex causa fideicommissi, cum est difficilis æstimatio bonorum, *l. cum fideicommissum, de confess.* & arbitri ad distrahenda bona, missis creditoribus in possess. ad perquirenda ea bona, quæ deteriora futura sunt mora, *l. magistratus, de reb. auct. jud. poss.* & hi arbitri possunt etiam dari à judicibus delegatis: non potest quidem judex datus alium judicem dare, veluti rationibus excutiendis, fideicommissis probandis: quod probat *l. ult. sup. ubi, & ap. quem cog. rest. in int.* quidam alii sunt arbitri, qui eliguntur consensu communi partium, sive compromisso, sive jurejurando, sive auctoritate judicis, sine vinculo ullo, cui impune non parent, nisi sit forte judex incompetens, quem tamen faciunt competentem communi consensu: nam ei quem habuerunt pro competente judice, cum esset incompetens, quem adjerunt communi consensu non quasi arbitrjuo,

huic parere coguntur, *l. 1. de judic.* sed si is, quem adjerunt communi consensu quasi arbitrum, si privatus sit, sane impune non parebunt, nisi sententiam ejus sua subscriptione confirmaverint: tunc enim obtemperare sententiæ compelluntur, *l. pen. sup. de recep. arb.* & ita tot fere sunt arbitrorum genera, qui judices imitantur, quot judicum: posuimus quatuor arbitrorum genera, totidem sunt judicum: & quod diximus de arbitris, explicatur his verbis in hac *l.* cum ait, *vel qui ex recepto*, id est, ex compromisso, *causas dirimendas suscipiunt*: hoc est primum genus arbitrorum, vel qui arbitrium peragunt ex auctoritate sententiarum, vel partium consensu electi sunt: delendum, *sunt*, quibus verbis comprehenduntur alia duo genera arbitrorum, qui prætermisso compromisso dantur à judice, vel qui eliguntur communi consensu: confirmat *§. patroni* in illo loco, *vel apud arbitros, sive ex compromisso, vel aliter datos* .i. sine compromisso: idem etiam indicat *l. ult. sup. ubi, & apud qu. cog. rest.* hos omnes judices vult jurare in leges, & judicare rem totam ab initio usque ad extremum terminum, propositis Sacrosanctis Scripturis. Adjicit de jurejurando advocatorum, ut hi post litem contestatam jurent: & litem contestatam eleganter ita definit, *post narrationem propositam, & contradictionem objectam*: litis contestatio conficitur ex narratione actoris, & responsione rei: post litem ita contestatam advocati jurant se nihil prætermissuros, quod ad rem clientis pertineat, se liti injustæ, ac improbæ operam non daturos: & si forte susceptam postea cognoverint talem esse, ex animi sui sententia deserturos, qua sola ex causa advocatus susceptum semel clientem deserere potest, sicut etiam ex contrario non potest cliens mutare advocatum. Sed hoc debet intelligi secundum initium §. quo proponitur litem contestatam esse: nam hoc ordine procedit res, ut post litem contestatam advocati jurent, & post jusjurandum non potest ipse deserere clientem, nec deseritur ab illo: & quo loco hoc proponit Justinia. utitur his verbis *spreto*, verbum illud cruciat Accurs. sed omnes libri scripti auctores sunt esse delendum, & Græci vocem illam prætermittunt: *μὴ ἔχοντος ἄδειαν τοῦ δικαζομένου ἕτερον δικολόγον προσεῖπασθαι*. Itaque comparatur hodie advocatus procuratori: nam etiam procurator post litem contestatam non potest mutari, & tamen ut secus statueretur in advocato, quam in procuratore erat ratio: nnn enim mutatur nisi ex rectis causis procurator: quia litis contestatione dominus litis efficitur, & exequitur suo nomine, ut ait *lex 11. procurator, §. 1. de do. ma. excep. l. ab executore, §. ult. de appell. l. nulla, sup. de procurat.* advocatus non constituitur dominus litis, quia non experitur suo nomine ullo modo, sed recitat tantum jus alienum. Itaque erat quidem ratio non mutandi procuratoris, non vero advocati. Verum hæc Constit. jubet etiam non mutari advocatum post litem contestatam, quinimo si uni litigatori plures fuerint advocati, & quidam clientem deseruerint, moti forte iniquitate causæ, non potest cliens in locum illius advocati, qui rejecit clientem, alium substituere, sed cogitur esse contentus cæteris, qui secus sentiant. Verum ante litem contestatam in ipso articulo inchoandæ litis non est dubium quin mutari possit procurator. & ita est accipienda *l. præcedens, §. pen. l. ante litem, de procur.* sicut constat procuratorem posse mutari ante litem contestatam qualibet ex causa.

Legem XV. exposuimus in *l. properandum.*

Ad L. XVI. Apertissimi juris est, *licere litigatoribus judices delegatos, antequam lis inchoetur, recusare, cum etiam ex generalibus formis sublim. tuæ sedis statutum sit, necessitatem imponi, judice recusato, partibus ad eligendos arbitros venire, & sub audientia eorum sua jura interponere. Licet enim ex Imperiali numine judex delegatus est: tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis*

K

bis cordi est: liceat ei, qui suspectum judicem putat antequam lis inchoetur, eum recusare, ut ad alium curratur, libello recusationis ei porrecto: cum post litem contestatam, neque appellari posse ante definitivam sententiam jam statuerimus, neque recusari posse, ne lites in infinitum extendantur: eodem scilicet executore necessitatem partibus per ordinarium judicem, & omne civile auxilium imponente, & arbitros eligere, & ad eos venire, & sic litem appetere, quasi arbitri fuerint ab Imperiali culmine delegati: Quod etsi ab Imperiali Majestate judex delegatus non sit, sed ab alio culmine, obtinere censemus. Dat. V. Kal. Maii Constantin. Lampadio, & Oreste VV. CC. Conss.

LEx 16. est de recusationibus judicum: judex datus recusari potest ante litem contestatam, etiamsi extra ordinem datus sit à principe, princeps ipse recusari non potest: post litem contestatam non admittitur recusatio judicis hoc jure, quia litis contestatione approbari videtur judex, & omnino in eum consentire videntur litigatores, & recusationibus renunciare, quas forte habuerint ante litis contestationem, *l. ult. inf. de sent. & interl. omn. jud.* non licet etiam, ut *d. l. ult.* & lex ista ostendit, appellare post litem contestatam ante definitivam sententiam: & hac in re comparatur recusatiu appellationi: nam recusatio etiam non fit post litem contestatam: sed quia nec ante litem contestatam appellare licet, vel à libelli citatione, vel edicto peremptorio, vel qua alia jussione judicis emissa, ante contestationem litis: Ideo distat recusatio ab appellatione: nam ante litem contestatam licet judicem recusare, cum tamen ab eo non liceat appellare: sed jure canonico nihil interest: nam appellari potest à judice, & ante litem contestatam, & post, si quis se à judice gravari existimet, *cap. super eo 2. de appell.* & recusari judex potest post litem contestatam ex nova causa, ut hodie fit, *cap. insinuante, de offic. deleg. & qua in causa non admittitur appellatio, nec admittitur recusatio judicis, d. cap. sup. eod.* hoc jure recusatio fit .i. removetur judex, quasi suspectus ante litem contestatam tantum, recusatio igitur non fit nisi ante litem contestatam, ut palam definitur hac constitutione: quod etiam potest confirmari ex jure canonico *ex cap. inter monasterium, de sentent. & re jud.* quo Pontifex causas removendi judicis, quasi suspecti censet jure dilatoriarum exceptionum: constat autem dilatorias exceptiones esse opponendas ante litem contestatam: ergo & causas remotionum, sive recusationum, quæ comparantur dilatoriis exceptionibus. Exceptiones dilatorias esse opponendas ante litem contestatam indicat *l. 19. infra de probat. l. pen. & ult. inf. de except. l. nemo, de jurisd. omn. jud. l. sed etsi susceperit, in princ. de judic.* cujus generia est præscriptio fori: hæc objicienda est in ipso limine quæstionis, ut ait Symmachus in Epistola ad Theodosium, loquens de procuratoria exceptione, cum dicitur procurator non jure datus, aut dicitur falsus esse, quæ etiam est dilatoria exceptio, & opponenda ante litem contestatam, *l. ita demum, & l. licet, sup. de procurat. l. cum filiusfam. §. veterani, l. Pomponius, eod. tit. l. & ideo, de no. ap. nunc.* peremptoriæ exceptiones, veluti rei judicatæ, aut jurisjurandi, aut Macedoniani, aut Vellejani opponi possunt post litem contestatam, quia dilatoriæ exceptiones, veluti præscriptio fori ex personis descendunt: peremptoriæ ex causis, & rebus: Illæ quia descendunt ex personis, initio judicii opponendæ sunt. Judicium constat ex personis his, nempe judice, actore, reo, vel procuratoribus eorum: cum igitur judicium non possit esse sine his personis: de personis prius constituendum est, quam judicium inchoetur .i. lis contestetur, an judex sit competens, quæ est præscriptio, seu exceptio fori, an procurator vere sit procurator: sed cum dilatoriæ exceptiones descendant ex causis; qualis est exceptio pacti temporarii, puta si pacti sunt ne intra triennium petatur, hæc possit opponi post litem contestatam, ut quidam interpretes adnotarunt *ad l. 19. de probat.* Igitur dilatoriæ exceptiones, quæ ex persona descenduot, opponendæ sunt ante litem contestatam: his comparantur causæ recusationum, cum judex dicitur esse suspectus: nam & hic de persona judicis agitur, judicii principe. Igitur par est ante litem contestatam expediri, suspectus sit nec ne judex. Et quod dicitur *in capit. insinuante*, quodque probat etiam post litem contestatam judicem recusari, id ita accipitur, si nova quædam causa suspicionis supervenerit, quæ nulla fuerit initio litis, vel quæ non fuerit litigatori explorata initio litis, tunc licet etiam judicem datum post litem contestatam recusare, quod à jure civili non abhorret: nam etiamsi omnibus locis jure civili proditum sit, judicem recusari debere ante litem contestatam, tamen facile hanc exceptionem admittunt, nisi quæ nova suspicionis causa intervenerit, ut si contraxerit adfinitatem cum altero ex litigatoribus, vel si alteri ex litigatoribus inimicus esse cœperit, & cum alio in judicio crimioali reum postulaverit: sed ex causa, quæ nota fuit litigatori ante litem contestatam, postea non potest judex recusari, quoniam litem contestando videtur ei renuntiasse, non potest litigator de persona judicis queri. Olim etiam auctore Asconio II. in Verr. rejectio, id est, recusatio, & ut est in veterum glossis, ὑποβολὴ καὶ ἀποβολὴ κριτῶν, fiebat statim post sortitionem ante litem contestatam, his ferè verbis, quasi solemnibus, *Ejero illum judicem, quia iniquus est, 2. de Oratore*, cur ejero? quia fiebat rejectio interposito jurejurando, sufficiebat jurisjurandi religio, nec erant probandæ, vel adferendæ causæ suspicionum, *Cic. de petit. consulatus: vocem adjicimus jurantes se Romæ cum Græco homine certare non posse*: sed hodie non interponitur jusjurandum: fit enim recusatio libello porrecto judici, & addita causa, cujus nonnumquam etiam probatio à litigatore exigitur, *l. si pariter, de lib. cau.* cujus sententia hæc est: ubi sunt mutuæ petitiones, conventiones, & reconventiones, mittendos esse litigatores ad eundem judicem, *nisi* inquit, *justam causam adferat quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem sibi inimicum esse affirmet*: & porrigitur libellus ei judici, qui recusator, vel ut declarat lex ult. hujus tit. si judex datus, quem recusat litigator longius forte absit, non est libello conveniendus, potest enim tunc absentem judicem recusare apud acta præsidis provinciæ, si præsto sit, vel si is absit, apud acta defensoris locorum, vel apud acta Magistratus municipalis: hodie etiam hæc omnia Novellis Justiniani comprobantur, & hoc tamen adjectum Novellis 53. & 82. dari à Justiniano litigatori cuilibet post oblationem libelli, ante litem contestatam dies 20. ut proinde deliberet velitne judicem datum recusare, an approbare: nec potest lis contestari antequam dies illi 20. præterierint, si nolit eum judicem unus ex litigatoribus sequi: si quæ causa suspicionis moveat, vel dimoveat eum ab eo judice: recusato autem judice, hac Constit. & ult. declaratur, alium dandum esse judicem, vel arbitrum: esset enim absordum si in locum dicti judicis non daretur alius, qua de causa is, qui recusat judicem datum, cogitur eligere arbitros, & apud eos litigare: eligi debet hic arbiter, qui subditur in locum recusati judicis communi consensu partium, vel si non possunt consentire in unum judicem, eligi debet imminente præside Provinciæ, & eos cogente, ut consentiant in unum, vel defensore locorum, ut Magistratu municipali, *l. ult. hoc tit.* & cogitor primus, qui recusavit alium arbitrum optare, non invito adversario per executorem intra triduum post recusationem prioris judicis, per executorem ejus litis scilicet, qui initio litis datus est, id est, per apparitorem, non ut Accurs. male ait, per judicem dele-

lega-

legatum cui mandata est hujusmodi causæ exactio, A vulgo male, examinatio, quod imposuit Accur. sed causam exigit apparitor, & cui mandata est causæ exactio, id est ἐκβιβασμὸς: nam & executor dicitur ἐκβιβαστὴς. Igitur eam exigit & exequitur apparitor, & sic recte Haloander legit *exactio.* sic apparitor dicitur executor: & in hac *l.* 16. *eodem*, inquit, *executore*: perperam Haloander, *in eo*, cum tamen nihil dixisset supra de executore, sed ita est interpretandum, *eodem executore*, qui initio ei controversiæ datus est, non alio: mutatur quidem judex & recusatur, *sed executor numquam mutatur*, & ea ætate, qui judicem dabat, & executorem dabat, nec enim judex datus habebat propriam apparitionem, sed accipiebat à magistratu, & quoties res majorem apparitionem exigebat, utebatur apparitione magi- B stratus, *Nov. de testibus*, *&* *Nov. de duobus reis.* quinimo intra triduum post recusationem cogit litigatorem, qui rejecit judicem, executor arbitrum, vel arbitros eligere, consentiente adversario. Jure canonico facta recusatione, & rejectione, coguntur litigatores eligere arbitros, apud quos causæ suspicionum examinentur, à quibus expleatur recusatio: requiris *&* *cap. cum speciale*, *de appell. & cap. licet*, *de foro compet.* sed hoc non ita est jure civili: nam non ita dicitur ex *hac l. & l. ult.* eligi arbitros excutiendis recusationum causis, qua in re forsitan abusi sunt auctores canonici, qui existimarunt eligi hos arbitros hac constitutione recusationum definiendarum causa, cum palam dicatur, eligi litis finiendæ causa. Ad summam, illo jure recusatione C porrecta eliguntur arbitri, apud quos excutiatur recusationis causa: hoc jure eliguntur arbitri recusatione peracta agente executore litis, apud quos lis disceptatur, à quibus etiam potest appellari, ut ait *l. ult.* Ad quos vero? ad eum scilicet, qui recusatum judicem dedit, quia scilicet hi arbitri videntur subditi in locum recusati judicis, ac pro eo habentur ac si essent dati ab eo, qui judicem recusatum dederat, ut declarat hæc lex 16. in fi. proinde si dederat recusatum judicem princeps, & postea si arbiter electus videbitur datus à principe, vel etiam si prætor judicem dederit, hic arbiter videbitur addictus à prætore: certum est autem à judice dato appellari eum, qui dedit, *l. 1. qui, & à quo app.* proinde ab hoc etiam arbitro, qui videbitur subditus ab eodem illo magistratu, debet appellari D is, qui judicem recusatum dederat. Dices: sic igitur appellatur ab arbitro, quod est contra *l. 1. de recep. arb.* Hic arbiter addictus est citra compromissum, & est judex vere, non imaginem habet judicis, ut arbiter compromissarius: sed vere judex est, vereque dicitur subditus ab eo, qui recusatum judicem dederat. Cur igitur appellatur arbiter, non judex? quia scilicet communi consensu partium eligitur, ideo arbitri nomen datur, qui tamen judex est, ut arbiter pro socio, tutelæ, & inde in *l. ex consensu*, *in prin. de appell.* arbitrum datum à Præside ex communi consensu litigatorum si sententiam dixerit, non posse impedire, quin ab eo appelletur: unde res ita distingui debet: ab arbitro compromissario non posse appellari, ab arbitro dato à magistratu, vel ab eo, E qui datus esse censetur, licere appellare, licet sumptus sit communi consensu partium citra compromissum. Postremum hoc erit, quod de hac re adnotari velim, recusari tantum, ut videtur, judices datos, judices speciales, ut ait *l. ult.* sunt enim speciales judices quando singulis litibus singuli judices addicuntur, secundum morem antiquum, & sic in *l. ult. de off. præt. & l. 1. & l. 5. de offic. præs.* Præses, vel Prætor seipsum judicem specialem dare non potest: omnes loci, qui sunt de recusationibus judicum, loquuntur de Judicibus datis, non de magistratibus, quæ res fecit ut Bulgarus existimaret, Magistratus non posse recusari: & frustra in contrarium tentant ex *l. si pariter*, *de lib. cau.* etiam

A magistratum posse recusari: hac scilicet specie, quod ibi agatur de liberali causa, de qua cognoscat solus Magistratus, quem tamen cognitorem palam posse recusari lex definit. Sed hoc etiam est falsum: nam etiam judex specialis poterat dari in liberali causa, *l. 6. de reb. cred. & l. Pomponius*, *& l. inter pares*, *de re judic.* frustra etiam adserunt *l. nemo*, *inf. de jurisd.* quæ non est de remotione suspecti judicis, sed de præscriptione fori .i. cum judex dicitur esse incompetens, non suspectus, quæ præscriptio etiam Magistratui potest opponi, & hæ exceptiones omnes, quas tentavit ad hanc l. adferre Bulgarus, sunt de illa præscriptione fori, non de recusatione suspecti judicis: quæ duo non debemus confundere: an igitur dicemus solos judices datos recusari jure posse? dicemus solos Judices datos tan- B tum recusari, quia scilicet Magistratus non judicant jure ordinario, sed tantum judicem dant: non est causa ejus recusandi, qui judicem dat: Magistratus non judicabant, nisi extra ordinem, & ubi judicabant extra ordinem, affirmamus eos potuisse recusari ante litem contestatam, idque refert Novell. 96. vel etiam litigator, si nolit recusare, desiderare potest ut ei adjungatur collega, vel Episcopus συνδικαστὴς, in Nov. 13. & 86.

Ad L. pen. Certi juris est, *quod concessa etiam militaribus hominibus judicandi facultas. Quid enim obstaculi est, homines, qui alicujus rei peritiam habent, de ea re judicare? cum sciamus, & militares Magistratus, & omnes tales homines per usum quotidianum jam esse approbatos: ut & audiant lites, easque dirimant, & pro sui & le-* C *gis scientia hujusmodi altercationibus finem imponant. Dat. Kal. Novemb. Lampadio, & Oreste VV. CC. Conss.*

LEx pen. est aperta, scilicet, militares homines posse judicandi officio fungi, puta Magistros militum, vel tribunos, inter militares viros scilicet; vel etiam inter privatum actorem & reum militarem: quoniam actor sequitur forum rei. Idem proditum in *l. pen. inf. de jur. omn. jud.* in qua Imper. ait, se Magistris militum concedere facultatem non tantum causarum militarium, sed etiam causarum civilium audiendarum. Simili loquendi forma usus est Cicero in Vatinium, *Eripueras senatui provincias decernendi facultatem*: & 5. Philip. *agrorum suis latronibus condonandi*, *&* Comicus in Capt. *nominandi istorum tibi erit magis*, *quam* D *edundi copia*: sed inter privatos nullam habent jurisdictionem, nec inter militem actorem, & privatum reum, *l. ii*, *inf. si à non comp. jud.*



AD TITULUM XXXI.

DE PETITIONE HEREDITATIS.

PRIMUM notandum est, petitionem nihil aliud significare, quam vindicationem, *l. 28. actio in personam*, *D. de obligat. & acti.* Sed aliam esse vindicationem specialem, id est, rerum singularum, aliam rerum universalium, *l. 1.* E *in princ. D. de rei vind.* hæc vindicatio est rerum universarum, est enim hereditas universitas, sive universum jus quoddam successionis: est, inquam, hæc vindicatio de universitate veluti de hereditate, quæ est petitio hereditatis civilis, vel etiam de bonorum possessione, quæ est & dicitur possessoria, sive Prætoria hereditatis petitio, vel de fideicommisso hereditatis universalis, quæ dicitur fideicommissaria hereditatis petitio, vel etiam de castrensi peculio, *l. item veniunt*, *§. non solum*, *D. de petit. hered.* quæ est petitio hereditatis ex Constitutionibus: Nam testamento filiifamilias militis scriptum patrem, vel extraneum in peculio castrensi Constitutiones Imperatorum heredem faciunt,

l. 2. *§. si filiusfam. D. famil. ercisc.* & scripto in castrensi peculio datur petitio hereditatis adversus possessorem ejus hereditatis, *l. filiusfamilias, D. de petit. hered.* Quod si filiusfamilias miles testamentum non fecerit de castrensi peculio, sed intestatus obierit, peculium castrense remanet apud patrem superstitem jure patrio, ac si esset peculium paganum, & tunc bona castrensia, quæ pertinent ad patrem, filio intestato defuncto, si quis possideat, non potest ea vindicare pater hoc judicio Petitione hereditatis, sed necesse est ut experiatur speciali vindicatione, ut vindicet singulas res peculiares speciali in rem actione. Denique patri est vindicatio in rem, vindicatio rerum peculiarium specialis, non universalis, non ergo petitio hereditatis, non etiam vindicatio peculii. Generalis est quidem vindicatio gregis & armenti, & equitii, nec necesse est singula capita vindicari, sed in universum vindicatur grex, sed non vindicatur sic in universum peculium, sed singulas res peculiares vindicari à possessore necesse est, nec ulla de peculio universalis vindicatio est, quamquam sit universalis condictio, *l. vindicatio* 56. *D. de rei vindic.* Cur non est de peculio castrensi, quasi de hereditate petitio hereditatis, patri? quia pater ea bona occupat jure suo, jure peculii, non jure hereditario, cum filius decessit intestatus, *l. filiusfamilias* 18. *D. ad legem Falcidiam*, *l.* 2. *D. de castr. pecul.* Ex his apparet quibus casibus locus sit petitioni hereditatis.

Ad L.I. Senatusconsultum auctore *Divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid & ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat: non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet.*

Ad §. Usuras vero *pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factæ, qui ante possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonæ fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras precii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur. PP. VI. Kal. Febr. Claro, & Cethego Conss.*

Fuit de petitione hereditatis factum Senatusconsultum, quo exprimitur quid evicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Quæ inspectio prima occurrit in hoc tractatu: Nam ubi intellexeris, quibus casibus locus sit petitioni hereditatis, mox quæsieris quid in eam petitionem præter universitatem veniat, & huic rei forma datur Senatusconsulto, quo declaratur quid evicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Id Senatusconsultum lex prima hujus tituli ait, factum fuisse auctore Divo Hadriano, id est, ex oratione Hadriani habita in Senatu, *l. si & rem* 22. *l. istud* 40. *D. de petit. hered.* Habuit Hadrianus eam Orationem per Quæstorem, quoniam *l. item veniunt* 20. *§. præterea hæc, D. de petit. hered.* ait Hadrianum quid de ea re fieri placeret libello complexum: Ergo per Quæstorem (qui dicebatur Candidatus Principis) ut moris erat, *l.* 1. *D. de offic. Quæstor.* non per se, sed per libellum recitatum à Quæstore, sive candidato; & ita Suetonius in Augusto *cap.* 65. *Augustus libello per Quæstorem recitato notum Senatui fecit:* libellus igitur est oratio principis recitata in Senatu per quæstorem, quam solebat sequi Senatusconsultum congruens Orationi, & consentiens. Hadrianum auctor hujus Constitutionis vocat avum suum. Est igitur hæc Constitutio Marci Philosophi, non Titi, id est, Divi Pii, ut plerique codices male. Tito Hadrianus fuit pater non avus; cujus tamen Titi eadem hac de re Constitutio similis refertur in *l. si ipsa, D. quod met. caus.* Sed quamvis sit hæc Constitutio Marci Philosophi, cum Hadria-

A num vocet avum suum, non ideo tamen ut quidam fecit, inscriptio legis ita est emendanda, *Imperator Marcus Aurelius Antoninus*, vulgo M. Ælius Antoninus, recte: nam & in nummis, & in lapidibus antiquis vocatur M. Ælius Adrianus.

Duæ autem sunt partes hujus Constitutionis dignissimæ exacta interpretatione. Prima parte Marcus docet, Senatusconsultum illud, cujus fuit auctor Hadrianus, factum quidem fuisse in causa fiscali, fisco scilicet petente hereditatem, sed pertinere etiam hoc Senatusconsultum ad privatorum causas, id est, quæ fisco petente hereditatem in judicium veniunt, eadem etiam veniunt privato petente hereditatem, *l. item veniunt, §. in privatorum, D. de petit. hered.* Ita evenerat ut fiscus peteret hereditatem, quæ res ansam præbuit B Principi recitandæ Orationis, qua forma præscriberetur certa his judiciis centumviralibus. Igitur pertinet S. Consultum ad omnes petitiones hereditatis: inducitur porro eo S. Consulto differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem. Bonæ fidei possessor est, qui se existimat heredem esse, qui justam causam habet quare bona ad se pertinere putet: Malæ fidei possessor est, qui prædonis mente res hereditarias apprehendit, qui invasit bona cum sciret ea ad se non pertinere. Secunda pars hujus Constitutionis est de bonæ fidei possessore, id est, de his, quæ præstare, & restituere debet bonæ fidei possessor. à quo petitur hereditas. Bonæ fidei possessor, si adversus eum judicetur, usque eo duntaxat condemnatur, quo ex ea hereditate locupletior factus est ante litem contestatam: C ergo damnatur restituere fructus extantes, non bona fide consumptos ante litem contestatam: damnatur restituere pretia rerum venditarum ante litem contestatam, & pretia fructuum venditorum, quæ scilicet habet, quæve in rem suam vertit, non etiam quæ male consumpsit & dilapidavit, deperdidit, donavit, dum re sua se abuti putat, quo genere non fit locupletior. Idem erit si contemplatione hereditatis, quam putat sibi delatam, lautius impenderit, & vixerit, *l. sed & si lege, §. si quis re sua, & §. quod ait, D. de petit. hered. Ideo*, inquit, *non est factus locupletior, quod lautius contemplatione hereditatis impendit*, id est, ut Basilica vertunt δαψιλέστερον, splendidius, & lautius vixerit. Itaque non est mutandum in *latius*: & simili ratione, bonæ fidei possessor tenetur restituere pœnam pretii tardius so- D luti, quam stipulatus erat: nam quandoque venditor ab emptore stipulatur pœnam si tardius pretium solverit: quam pœnam bonæ fidei possessor, si consequutus sit, restituere damnatur, quoniam lucrum ex hereditate fecit, & sic damnabitur restituere arras, *l. utrum, l. sed & si lege, in princ. D. de petit. hered.* Usuras autem pretii, sive pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum bonæ fidei possessor restituere non damnatur, quas scilicet non accepit, vel quibus acceptis non est locupletior factus, & hæc quidem ante litem contestatam: post litis contestationem longe aliter restitutio fit, quia incipit esse malæ fidei possessor: exiguntur ab eo fructus rerum non venditarum interim ex tempore litis contestatæ percepti, atque etiam percipiendi. Itaque damnatur restituere non tantum fru- E ctus, quos percepit post litem contestatam, sed & quos percipere potuit, & percipere neglexit, quia pro malæ fidei possessore habetur post litem contestatam: exiguntur ab eo etiam pretia rerum venditarum ante litem contestatam, vel pretia fructuum venditorum ante litem contestatam, quod est certum; sed exiguntur etiam usuræ pretiorum ex tempore litis contestatæ. Et in summa, pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum facta ante litem contestatam, usuræ non currunt ante litem contestatam, sed post litis contestationem ejus pecuniæ usuræ procurrunt, usuræ inquam semisses, *l.* 1. *inf. de his, quibus ut indig.* quæ sunt modicæ, & moderatæ usuræ, & comprobatæ à Justiniano tam in fisci, quam in privatorum causis. Et

hæc

hæc omnia, id est, fructus, & usuras post litem contestatam præstat possessor hereditatis omnimodo, id est, sive locupletior sit factus, sive non: ante litem contestatam ita demum si factus sit locupletior. Et hæc est sententia secundæ partis: verba hæc sunt, *usuras vero &c. qui antea possidebat*, id est, ante petitionem, & ita Thalelæus rectissime hic. Sed si hic bonæ fidei possessor, id est, qui ab initio fuit bonæ fidei possessor tempore apprehensæ possessionis, post litem contestatam res hereditarias vendiderit, quid statuendum de pretiis? nam hæc Constitutio loquitur tantum de eo, qui vendidit ante litem contestatam: & hunc ait debere usuras pretiorum, computandas non ante litem contestatam, sed à die contestationis tantum, & debere etiam pretia restituere, atque etiam fructus omnes perceptos, aut percipiendos post litem contestatam. Sed quid fiet si post litem contestatam, id est, pendente lite, vendiderit res hereditarias, & pretium ex his receperit, an nihil interest vendiderit ante, vel post litem contestatam? imo multum interest: quia si vendiderit ante litem contestatam, pretii tantum, & usurarum nomine tenetur à tempore contestationis, sed si vendiderit post litem contestatam, non pretia, sed ipsæ res venditæ, & fructus earum in petitionem hereditatis veniunt, exemplo malæ fidei possessoris, quia habetur pro prædone. Itaque curare debet, ut eas res, & earum fructus recipiat ab emptore, si extent apud emptorem, si deperditæ non sint: vel si non possit recipere ab emptore, tantum præstari, quantum in litem petitor hereditatis juraverit, vel si res sint deperditæ vel usurpatæ, debet restituere non pretium quod accepit; quid enim si minoris vendiderit justo pretio? sed debet restituere justum pretium rerum distractarum, *l. item veniunt*, *§. simili modo*, *& §. cæterum*, *& §. quid si post*, *& §. ult. D. eod.* Igitur malæ fidei possessor, vel bonæ fidei possessor post litem contestatam, si vendiderit res hereditarias, tenetur in ipsas res, & fructus earum, nec potest defungi præstatione pretii, & usurarum. Verum huic sententiæ in dicto *§. cæterum* Ulpianus opponit Rescriptum Severi: id est, opponit *l. 1. de his, quib. ut indig. inf.* Ea lex est de malæ fidei possessore: nam loquitur de herede scripto, vel legitimo, qui reliquit inultam necem defuncti, cui fiscus eripuit hereditatem quasi indigno, & est plane hic malæ fidei possessor, quia scit hereditatem eam pertinere ad Fiscum, non ad se, cum non ultus fuerit necem defuncti: Fiscus igitur petet ab eo hereditatem quasi à malæ fidei possessore: recipiet ergo fructus integros etiam perceptos, & qui percipi debuerunt, recipiet etiam pretium rerum distractarum ex hereditate post litem contestatam, & usuras & pecuniam exactam à debitoribus, & præterea recipiet etiam pretium fructuum venditorum, qui sunt percepti ex ea hereditate, vel qui in ea sunt inventi, Igitur Constitutio declarat malæ fidei possessorem, vel etiam eum, qui post litem contestatam vendidit res hereditarias, qui est similis malæ fidei possessori, etiamsi initio bonæ fidei possessor fuerit, eum inquam, non teneri in res ipsas, & fructus earum, sed in pretium, & usuras. Et ita adversatur ea Constitutio Senatusconsulto Adriani, quo bonæ fidei possessori hoc tantum conceditur, ut pretium præstet & usuras à tempore contestationis, & non amplius: idem tamen dat Constitutio illa *l. prima*, malæ fidei possessori, ut pretium præstet, & usuras, nec adstringitur rebus præstandis, & fructibus earum restituendis. Rem ita dissolvit Ulpianus *d. §. cæterum*, quæ dissolutio est summe notanda, ut eo exemplo intelligatur, nobis licere quoties urget juris ratio, Leges & Constitutiones, etiamsi quid in eis sit prætermissum, suis coaptare, & coercere casibus: Nam rem ita censet solvendam Ulpianus, ut dicat eam l. esse intelligendam de rebus post litem contestatam venditis, quæ erant steriles, vel quæ erant tempore perituræ, quæ magis erant oneri hereditati, quam fructui; has si quis vendiderit post litem contestatam, quia ea venditione causam hereditatis meliorem fecerit, quandoquidem hæ res onerabant hereditatem, ideo non astringitur res ipsas præstare, aut fructus earum, aut quanti in litem juratum erit, sed licebit actori eligere pretia, & usuras. Ulpianus sic evitat eam *l. 1.* quæ valde obstabat. Et tamen posset quis dicere, Ulpianum divinare: nam quis illi dixit eam Constitutionem Severi esse accipiendam de rebus sterilibus: nam de iis nullum verbum est in hac Constitutione, Qua etiam potestate Ulpianus eam Constitutionem ita interpretatur, ut tamen servetur electio actori, sive malit computationem facere rei, & fructuum, sive pretii, & usurarum? Videtur hac in re multum sibi tribuisse Ulpianus. Sed ideo notare hoc exemplum oportet, quo intelligamus, urgentibus juris rationibus, posse nos ita Constitutiones interpretari, & si nihil tale in legibus dicatur, ut videatur scriptum rationi servire, non ratio scripto. Ex his, quæ diximus restat hæc differentia inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem: Bonæ fidei possessor non tenetur fructuum ante litem contestatam percipiendorum nomine; id est, fructuum nomine, quos non percepit, sed percipere debuit quasi diligens paterfamilias: horum nomine non tenetur, quia quasi rem suam se negligere putavit: nescivit enim hereditatem esse alienam: non tenetur etiam nomine fructuum perceptorum ante litem contestatam, nisi quatenus ex iis locupletior factus est: non pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum, vel fructuum hereditariorum facta ante litem contestatam, nisi etiam usque eo dumtaxat, quo locupletior factus est: & multo minus ejus pecuniæ usuras debet, ejus scilicet temporis ratione, quod fuit ante litem contestatam: Hæc de bonæ fidei possessore, & de tempore ante litem contestatam. Malæ fidei possessor, etiamsi locupletior factus non sit, tenetur nomine fructuum ante litem contestatam perceptorum vel percipiendorum, & rebus hereditariis distractis ante litem contestatam, tenetur in res ipsas, & fructus earum, nisi si quas distrahi expediat, veluti tempore perituras, aut steriles, & inutiles, ad quem casum Ulpianus adstringit *l. primam*, *inf. de his*, *quib. ut indig.* & eo casu diximus electionem dari petitori hereditatis, ut vel restitui sibi desideret res istas, & fructus, vel pretia, & usuras: quod ita si simpliciter accipiatur, videtur eo casu durior fieri conditio possessoris electione ita ipsi petitori data. Sed dicendum est, distractis his rebus à malæ fidei possessore, quas distrahi expediebat, quod essent res parvi fructus, & momenti, vel brevi omnino perituræ, possessorem malæ fidei tantum teneri in pretium, & in usuras, quia justam causam habuit distrahendi: Non ergo adigitur præstare res ipsas, & fructus, etiamsi eligat petitor, sed satis erit si paratus sit restituere pretia, & usuras, & id post motam litem, ut ait dicta *l. 1. de his*, *quibus ut indig.* In qua uno tenore legendum, *post motam litem bonorum usuras inferat*, & virgula apponenda post hæc verba, ut in *l. item veniunt*, *§. cæterum*, *D. eod.* Quid est igitur quod dicitur, electionem illam dari petitori in *d. §. cæterum*? non omnino ait, electionem dari petitori, illis rebus distractis, ut res petat, & fructus, vel pretium, & usuras: sed in illius arbitrio esse, ut computationem faciat, ut [illegible] vel rei, & fructuum, id est, & veri pretii fructuum, & rerum distractarum, ut Græci recte: & ex Latinis quidam interpretati sunt, ut refert Accursius: vel computationem faciat ejus pretii; quod exigit venditor, & usurarum pro modo sortis. Non potest igitur ab eo, qui justa ex causa distraxit, etiamsi sit malæ fidei possessor, petere nisi pretium, & usuras, sed eliget quale velit sibi pretium præstari: verum an conventum, & computationem faciet, aut veri pretii, aut conventi, & accepti à possessore pretii, cujus loci ratio erat valde obscura, Nunc de tempore post litem contestatam. Post litem contestatam idem fere jus est bonæ fidei possessoris,

A foria, id est, qui ab initio habuit justam causam apiscendæ possessionis, & prædonis, sive malæ fidei possessoris: Nam etiamsi possessor hereditatis ab initio justus possessor fuerit, id est, habuerit bonam fidem, ex tempore litis contestatæ tenetur in fructus, quos percepit post litem contestatam, vel percipere debuit, exemplo malæ fidei possessoris, & rebus ab eo distractis post litem contestatam, tenetur in ipsas res, & fructus earum, excepto superiore casu, de quo etiam intelligit Ulpianus *d.l.1.* Hæc tamen est in hoc tempore differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem, quod rebus distractis ante litem contestatam à malæ fidei possessore, possessor omnimodo tenetur quocunque tempore in ipsas res, & fructus earum: Et rebus distractis ante litem contestatam à bonæ
B fidei possessore, possessor tenetur tantum in pretia, & in usuras pretiorum, à tempore litis contestatæ computandas, ut hic dicitur. Subjicietur infra etiam alia differentia, in eo tempore post litem contestatam inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem. Illud prius repetendum est, quod dixi, possessorem teneri in ipsas res, quas distraxit, & fructus earum, possessorem malæ fidei omnimodo, bonæ fidei si eas distraxerit post litem contestatam. Id ita est accipiendum, ut possessor cogatur eas res, si extent, redimere ab emptore, & præstare petitori, vel quanti in litem juratum fuerit, vel si res non extent, ut præstet earum verum pretium, *l. item veniunt, §. ult. eod. tit.* Ut inquam verum pretium præstet, non quod accepit venditor, si forte minoris pretio vero distraxerit: sed si pluris di-
C straxit, cogetur restituere pretium conventum, quod accepit, Atque ita est electio petitoris, ut vel sibi petat restitui verum pretium, si minoris vendiderit, vel pretium conventum, si pluris æquo vendiderit, quod & confirmat *l. si à patre, §. si præd. D. eod.* adfertur etiam in eam rem *lex post Senatusconsultum, eod.* Advertendum est nunc circa verba Constitutionis *l.1.* hanc legem loqui de pecunia redacta ex venditione rerum hereditariarum. Sed an idem est statuendum in pecunia exacta à debitoribus hereditariis, & in pecunia inventa in hereditate: quod ait de pecunia redacta ex venditione rerum, id omnino est trahendum ad pecuniam acceptam à debitoribus hereditariis, ut ejus exigantur, vel non exigantur usuræ, *l.1. de his, quibus ut indign. inf. l. sed & si lege, §. pretio, D. eod.* Idem in pecunia in-
D venta in hereditate, si eam attingat possessor, *l. item veniunt, §. Papinianus, l. 62. si navis, D. de rei vindicat.* Malæ fidei possessor usuras debet omnimodo pecuniæ inventæ in hereditate, si eam attigerit, id est, collocaverit, vel si ea usus ipse fuerit, non si eam non attigerit: & similiter ejus pecuniæ bonæ fidei possessor usuras debet post litem contestatam tantum, si eam attigerit, non etiam si eam non attigerit, ut ex Papiniano refertur in *§. Papinianus lib. 3. quæstionum*, forsitan legendum, *Sexto*, qualis est inscriptio *l. si navis 62.* in qua proponitur ea sententia Papiniani, & est satis difficilis species *d. l. si navis*, & loquitur de malæ fidei possessore. Nam certum est malæ fidei possessorem teneri non tantum perceptorum, sed etiam percipiendorum fructuum nomine, sive ex his locupletior factus fuerit, si-
E ve non, *l. & si lege, §. sed & fructus, D. eod. tit.* Nunc finge: aliquis mala fide possidet navem alienam: eam non locavit, ut ferret vecturas, & naula, quæ sunt fructus locationis: potuit percipere vecturas, & naula, sed noluit: possidet navem otiosam: lex ait à malæ fidei possessore posse desiderari vecturas, & naula, etiamsi navem non locaverit. Contra opponit Papinianus de usuris pecuniæ depositæ, ubi pecuniam depositam non oportet accipere, ut sit ea, quæ alicui custodienda datur, & in depositum data est, sed depositam vocat pecuniam inventam in hereditate, quam paterfamilias deposuit præsidii causa, *l. 76. si chorus, §. 1. de legat. 3.* Malæ fidei possessor hujus pecuniæ inventæ in hereditate, quam non attigit, usuras non debet: navis tamen, quam possedit malæ fidei possessor; vel inventæ in hereditate fructus debet, id est vecturas, & si eam non locaverit, nec attigerit, hæc sunt contraria. Nam inquit, & usuræ, & vecturæ eadem est conditio, neutrum provenit natura, id est, neutrum percipitur ex ipso corpore naturaliter, sed jure percipitur, id est, usuræ non percipiuntur ex ipso corpore, sed jure percipiuntur ex obligatione locati conducti: Utrumque igitur percipitur ex obligatione, juris non naturæ beneficio, id est, non ex ipso corpore, vel navis, vel pecuniæ: Cur tamen navis, quam non attigit malæ fidei possessor debet vecturas, pecuniæ, quam non attigit, usuras non debet? Ratio differentiæ hæc est: quia pecunia collocatur periculo dantis, periculum nominum debet agnoscere qui collocavit: Nam si forte debitor, qui pecuniam accepit, non sit solvendo, possessor cogetur eam pecuniam domino restituere, sive vero heredi. Cur enim bonum nomen non fecit? At navis locatur periculo domini, si nulla culpa subsit: ut si tempore non opportuno navigationi eam locaverit, in culpa est: sed si opportuno tempore locaverit, est extra culpam. Et si navis naufragio perierit, an periculum navis pertinet ad possessorem? Non: sed perit domino, non possessori. Denique possessor pecuniam collocat suo periculo, navem locat periculo domini: Igitur non est possessori imputandum, si pecuniam non collocaverit, quia id facere non poterat sine suo periculo: id facere non poterat, quin agnosceret periculum nominum, nec est culpandus, qui noluit se in periculum injicere, & ideo pecuniæ otiosæ usuræ ab eo non exiguntur: Nam fuit causa relinquendæ pecuniæ otiosæ, ne incideret in periculum nominum. Aliud est in nave, quam non locavit. Non est reprehendendus maxime possessor, qui non fecit, quod potuit facere sine suo periculo, quia domino, non sibi possidet, & si periisset navis, domino, non sibi periisset. Igitur navis otiosæ vecturæ, quas percipere potuit, ab eo exiguntur, licet eas non attigerit, non perceperit. Præterea loquitur hæc Constitutio de lite contestata, ut etiam Senatusconsultum Hadriani, quia tunc incipiunt scire possessores omnes hereditatem ad se non pertinere, & ut ait *lex si quid possessor, §. pen. D. eod. tit.* loquens de bonæ fidei possessore, post litem contestatam & ipse prædo est. Idem juris erit, si possessor sciverit à se hereditatem peti, vel petitum iri ante litem contestatam, puta admonitus denunciationibus, vel Literis, vel edictis, ut est scriptum in Senatusconsulto, in quo illa fit differentia inter denunciationem, Edicta, & Literas, ut fit à *Paulo lib. 5. tit. 5. & l. cum vero 26. §. evocari, D. de fideicommiss. libertat.* Igitur etiamsi nondum sit lis contestata cum bonæ fidei possessore, sed denunciatum id sit, à tempore denunciationis computabuntur usuræ pretii redacti ex venditione facta ante denunciationem: ab eodem etiam tempore denunciationis computabuntur fructus percepti & percipiendi, & sic non tantum post litem contestatam, sed & post controversiam motam omnes possessores pares fiunt, & pari modo tenentur, id est, omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, *l. sed & si lege, §. si antè, D. eod. tit.* Lis non est antequam contestetur, sed est controversia, ut in *l. 4. & 5. D. eod.* Dicimus omnes fieri malæ fidei possessores non tantum post litem, sed & post controversiam motam ante litem & rem in judicium deductam. Atque ita quod hac Constitutione & Senatusconsulto dicitur de lite contestata, interpretatione producitur ad motam controversiam, quod plerisque locis Juris nostri usui esse potest, ut in *tit. de usur. & fruct. legat.* dicitur toto titulo, usuras & fructus legatorum, aut fideicommiss. deberi ex tempore litis contestatæ: quia scilicet ex eo tempore mora certo contrahitur. An ergo dicemus ex eo tantum tempore semper deberi usuras, & fructus legatorum? Minime: Nam & citius potest contrahi mora ante litem contestatam. Ergo quod dicitur in illo titulo de lite contestata, producemus etiam ad

coo-

controversiam motam: ita ut dicamus, usuras legatorum deberi ex die interpellationis, & denuncistionis ante litem contestatam, quia ex eo tempore mora contrahitur. Hoc ita possumus audacter interpretari, cum demum Jurisconsultos & hanc Constitutionem, & Senatusconsultum producere ad controversiam motam. Plus dico, id etiam esse producendum ad eum, qui non admonitus, non denunciatus, aliqua ratione rescivit se hereditatem alienam possidere, & eam & bona ad se non pertinere: Nam hoc etiam casu ex eo tempore eadem computantur, quæ hæc Constitutio dicit esse computanda ex tempore litis contestatæ, quia cœpit esse malæ fidei possessor, *l. item veniunt, §. quid ergo si scit*, *& l. sed & si lege, §. de eo, D. eod.* Ob id non est probanda sententia Accursii hic: qui putat differentiam esse inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem specialem, quia, inquit, in petitione hereditatis veniunt fructus ex die denunciationis & controversiæ motæ, & si lis non sit contestata in rei vindicatione, veniunt fructus tantum ex lite contestata: falsa est differentia: comprobat tamen eam *l. certum* 22. *de rei vindic.* Ea lex loquitur de vindicatione speciali, & dicit fructus universos venire, id est tam extantes, quam consumptos post litem contestatam. Ideo ita concludit, ergo in rei vindicatione fructus tantum veniunt ex lite contestata, non ex denunciatione: falsam esse collectionem apparet ex interpretatione Senatusconsulti. Nam Senatusconsultum ita loquitur, ut veniant lucra omnia, & ea, quæ percipi debuerunt a lite contestata. Sed sicut Senatusconsultum porrigitur ad denunciationem & controversiam motam, cur non porrigatur dicta *lex certum* ad controversiam motam, nulla est ratio.

Conclusio igitur hæc sit, & post litem contestatam, & post controversiam motam omnes possessores pares fieri: sed hoc ita restringendum est, ut pares fiant in his, quæ dolo, vel culpa accidunt, ut si quid negligentia sua prætermiserint, non tamen sunt pares in his, quæ fato accidunt: Nam bonæ fidei possessor, id est, qui ab initio habet bonam fidem, si jumenta, vel pecora hereditaria, vel si ancillæ, aut servi moriantur post litem contestatam, casum hunc & mortalitatem non præstat: Malæ fidei possessor, qui fuit initio, mortalitatem præstat, quæ contigit post litem contestatam, cum scilicet si mature restituisset hereditatem, ea mancipia verus heres esset distracturus: & objiciet verus heres, si mox restituisses, mox ipse distraxissem; quæ est altera differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei, quæ proponitur in *l. illud*, *D. eod. tit.*

Ad L. II. Si post motam controversiam *Menecratis bonorum partem dimidiam Musæus ab herede scripto quæstionis illatæ non ignarus comparavit: tam ipse quasi malæ fidei possessor, quam heredes ejus fructus restituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquiorem esse liquido probetur: ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur. Datum Kalend. Jul. Severo A.* II. *& Victorino Conss.*

SCiendum est, eum tantum teneri petitione hereditatis, qui pro herede, vel pro possessore possidet: hæc est certa regula juris. Pro herede possidet qui putat se heredem esse; ut scriptus testamento, quod ruptum nescit: pro herede etiam possidet qui sciens falso profitetur se heredem esse: atque ita de hereditate contendit cum actore. Actor intendit se heredem esse, idem possessor intendit per mendacium, habetur pro herede. Pro possessore autem simpliciter possidet fur & prædo, qui nullam potest dicere causam possessionis, qui interrogatus cur possideat, non habet quod respondeat nisi, quia possideo, vel per mendacium contendit se heredem esse, sed nulla causa allata: Ideo tantum se dicit possidere quod possideat, quasi petito principio, isque tenetur petitione hereditatis, *l. 7. hic*, *l. pen. infr. in quibus causis cessat longi temporis præscriptio.* Is qui possidet pro emptore, vel pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur petitione hereditatis, quia scilicet non controversatur de hereditate, & non potest recte consistere hoc judicium de hereditate, nisi cum eo, qui de hereditate controversatur. Ideo necesse est ut is, cum quo agitur de hereditate, possideat ut heres, non ut emptor, vel ut donatarius: nam si possideat ut emptor, & actor adversus eum intendat se heredem esse, nulla inde potest existere lis: nam emptor fatebitur etiam illum heredem esse, & se emptorem. Qui rem deducit in judicium, ait se heredem esse: hoc non inficiatur is unde petitur, nulla existit igitur lis. Non potest itaque inter eum, qui petit hereditatem, & eum, qui possidet pro emptore consistere petitio hereditatis, sed agendum est in illum speciali in rem actione, quæ est de dominio. Novella περὶ ἀντιγραφῆς: Nam verus heres actione in rem speciali dicet se dominum esse rei ab alio emptæ. Idem contendet alter, qui possidet pro emptore: erit controversia de dominio: Nam & actor & reus vindicabit dominium, quo genere lis constituitur, quæ tamen ita non potest constitui, cum is, qui litem movet, dicit se heredem, possessor emptorem. Denique non potest esse petitio hereditatis, nisi inter eos, qui de hereditate invicem controversantur. Is autem, qui possidet pro possessore, cum nullam adferat causam possessionis, & velit tamen litigare, id est, nolit restituere actori hereditatem, facere videtur controversiam hereditatis; nullam causam adfers possessionis, & tamen litigas, videris ergo mihi obstare sine causa. Et ideo hic etiam tenetur petitione hereditatis: quasi faciat controversiam hereditatis sine causa. Nunc videamus quid sit dicendum, si quis emerit alienam hereditatem. Qui emit ex hereditate res certas, quas pro emptore possidet, non tenetur petitione hereditatis, ut dixi: sed si emerit hereditatem alienam, & si sciens emerit, an possumus dicere hunc teneri petitione hereditatis: quasi possideat pro possessore, quasi sit prædo? Non: quia emptio hereditatis alienæ valet. Igitur vere pro emptore possidet, licet sciens rem alienam emerit, & ideo non tenetur petitione hereditatis, nec habetur pro prædone. Non enim est prædo, qui pretium numeravit, si modo & venditio valeat, *l. nec ullam* 13. *§. si quis sciens*, *D. de petit. heredit.* Diversum erit si quis sciens emerit alienam hereditatem, de qua erat lis inter duos: nam hæc emptio ipso jure nulla est, *tit. de litigiosis*. Rei litigiosæ emptio nulla est, & ideo non potest possidere pro emptore, cum nulla sit emptio, & licet pretium numeraverit, videbitur possidere pro possessore, atque ideo tenebitur petitione hereditatis: nam prædo intelligitur esse, qui contra leges mercatur, *l. 7. de agricolis*, *& censi. lib.* 11. Et ita, qui sciens emit a furioso, quia ipso jure nulla est emptio, cum sit facta contra leges, videtur possidere pro possessore, & tenetur petitione hereditatis. Pro possessore hæret omnibus titulis, ut ait *l.* 13. *nec ullam*, *§. 1. D. eod.* Nam omnis titulus potest recipere possessionem pro possessore: Ut in superioribus exemplis titulus pro emptore contra leges accersitus, & quæsitus recepit possessionem pro possessore. Et sic titulus pro donato, ut si quæ a marito donatum acceperit, quæ donatio est contra leges, id videtur pro possessore possidere, non pro donato: Item titulus pro dote, ut si quis ab impubere acceperit, sciens esse impuberem, quæ nondum potest esse justa uxor, nec ideo est dos ante legitimam ætatem, id igitur, quod datum est, quasi dotem possidebit maritus: & cum dos non sit, hoc possidebit non pro dote, sed pro possessore. Sic igitur omnes tituli possunt recipere possessionem pro possessore, & hi, qui ita possident pro possessore, tenentur petitione hereditatis

reditatis. Fingas igitur speciem *legis* 2. Titius possidebat hereditatem defuncti ex testamento: petebat eam hereditatem Cajus ab intestato, quasi rupto, vel irrito facto testamento: nondum finita lite, sive controversia inter Titium & Cajum, igitur post motam controversiam, Titius possessor hereditatis Philippo vendidit partem bonorum ejus hereditatis: post motam controversiam, ut dixi, de hereditate, vel post motam litem, nihil enim refert, quia scilicet hereditatem, sive rem litigiosam facit, non litis metus, non comminatio litis, *l. 8. §. 1. de alienat. judic. mutan. caus. fac.* non controversia de hypotheca, *l. 1. de litigiosis, inf. & l. 2. de distract. pignor. inf.* non denuntiatio venditionis impediendæ causa, *l. 1. de litigios. inf. & l. 1. in pr. D. de litigios. l. 1. de pignor. inf.* Sed lis contestata rem litigiosam facit. Is, qui contestatur, rem litigiosam facit, imo & controversia mota, *l. ult. D. de litigios.* ut si denunciata sit lis, si dies judicio condictus sit, si Literis, aut Edictis evocatus sit adversarius: hæc denunciatio, sive evocatio, rem litigiosam facit, quia initium est actionis, & ita in Senatusconsulto de petitione hereditatis, petita hereditas intelligitur non tantum si lis sit contestata, sed etiam si denunciatus sit, & in judicium vocatus adversarius. Titius ergo partem bonorum, de quibus erat lis, sive controversia, vendidit Philippo: ergo nulla est venditio, cum sit facta contra leges, quæ vetant rem litigiosam vendi & alienari: ex quo consequitur, Philippum haberi pro prædone, atque adeo teneri petitione hereditatis; quod initio hujus legis proponitur. Possidet enim pro possessore, qui emit partem bonorum, de quibus erat lis, emptio enim nulla est, nec vere potest niti titulo pro emptore, ut ait lex, tenetur non tantum ipse, qui sciens emit bona litigiosa, sed & heredes ejus, *d. l. nec ullam, §. Neratius*. Quia vitium defuncti transit in heredem, vitium possessionis, successorem culpa sui auctoris comitatur, ut & virtus, sive fides auctoris, aut defuncti comitatur successorem, *l. 11. vitia, inf. de acquir. & retin. possess. l. cum heres 11. D. de divers. & temporal. præscript.* Summa hæc sit: Philippum heredibus teneri petitione hereditatis, quod videatur, qui emit post motam litem cum alio, de hereditate, bona, quæ comparavit possidere pro possessore, ex quo etiam efficitur eum teneri omnium fructuum nomine: Nam in petitione hereditatis veniunt fructus omnes, quocumque tempore percepti, sive ante aditam hereditatem, sive post accesserint, *l. 20. item veniunt, §. fructus, D. eod.* & sive ante litem contestatam, sive post accesserint, maxime in prædone: sed & in bonæ fidei possessore, cum ex perceptis ante litem contestatam locupletior factus est. In prædone autem, sive locupletior factus fuerit, sive non. Item restituendi sunt à prædone cujuscumque temporis fructus, non tantum percepti, sed & qui percipi debuerunt. At quid si Philippus partem eam bonorum emerit priusquam Titio fieret controversia hereditatis, quæ emptio valet, quia res non erat litigiosa, quid de fructibus fiet? An hic etiam Philippus fructus omnes restituere debet? Et ait Constitutio cum tantum teneri nomine fructuum perceptorum, vel percipiendorum post litem contestatam. Fructuum ante perceptorum, vel percipiendorum nomine non teneri: hoc proponit prima pars hujus legis.

Secunda parte hujus constitutionis adfert rationem differentiæ illo loco, *fructibus enim augetur hereditas*, &c. Ratio differentiæ hæc est, quia priore casu, cum Philippus emit bona litigiosa, Philippus tenetur petitione hereditatis: Petitio autem hereditatis est bonæ fidei, & actionibus bonæ fidei ipso jure accedunt augmenta rei, de qua agitur, *l. non est, inf. famil. ercisc.* Ideo in actionem familiæ erciscundæ veniunt augmenta hereditatis, quod sit bonæ fidei, *l. item veniunt, §. item non solum, D. eod.* In petitione hereditatis non tantum veniunt ea, quæ mortis tempore habuit defunctus, sed etiam, quæ post accreverunt hereditati, quia hereditas augmentum & deminutionem recipit: & qui dicit, si paret hereditatem Lucii Titii meam esse, vindicat etiam fructus, quia fructibus augetur hereditas. Sequitur, *cum ab eo possidetur, à quo peti potest*, puta ab eo, qui possidet pro herede, vel pro possessore. Denique in petitione hereditatis veniunt augmenta, quia hereditas petitur, quod nomen augmentum recipit: veniunt itaque fructus, quia peti videntur fructus quocunque tempore percepti, aut percipiendi, cum in prædonem agitur. Sed cum quis vere emit, ut cum emit bona non litigiosa, cum partem bonorum emit antequam moveretur venditori controversia hereditatis, hic emptor non tenetur petitione hereditatis, sed tantum tenetur in rem actione speciali, quæ est stricta, in eam augmenta non veniunt, sed corpora tantum singula: Veniunt quidem augmenta post litem contestatam officio Judicis: nam officio Judicis addicti judicio stricto congruit ut deducat in condemnationem, quæ reus post litem contestatam percepit, *l. Ædiles 25. §. item sciendum, de ædilit. edict. l. si rem 73. D. de procurat.* In judiciis strictis officium Judicis nihil pertinet ad augmenta, quæ accesserunt ante litem contestatam. Igitur in actione in rem speciali, quæ est stricta, non veniunt fructus, nisi post litem contestatam, & percepti ante litem vindicantur separatim speciali actione, si extent, vel si consumpti sint, sunt condicendi à malæ fidei possessore, à bonæ fidei possessore consumpti non condicuntur, *l. mala fide, inf. De condict. ex leg. l. certum 22. inf. de rei vindic.* Igitur ante litem contestatam speciali in rem actione fructus, qui percepti sunt vindicari quidem separatim, aut condici possunt, sed si non vindicentur, nec condicantur, in rei vindicatione officio Judicis non veniunt, quod stricta formula coerceatur: Et hi tantum veniunt, qui post litem contestatam percepti sunt, aut percipi debuerunt. Is igitur Philippus, qui emit ante litem, non tenetur petitione hereditatis cum possideat pro emptore, sed tenetur singularum rerum nomine speciali in rem actione: Ideo in judicio non veniunt, nisi fructus percepti post litem contestatam: & hoc est, quod sequitur: *emptor autem, qui proprio titulo*, id est, speciali titulo pro emptore munitus est: titulus est causa possessionis, ut recte definivit Theophilus, sicut in *l. seq. hoc tit.* titulus actionis est causa actionis, & proprium titulum possessionis sequitur propria actio, id est, qui speciali titulo possidet, speciali actione tenetur, non universali. Igitur rei vindicatione, non petitione hereditatis. *Emptor*, inquit, *aut qui proprio titulo munitus est*, qualis est titulus ejus, qui emit ante litem motam de hereditate: *etiam singularum*, illud (*etiam*) male vexavit interpretes, sed non includit, sed excludit petitionem hereditatis, ac si diceret, emptor hic, qui vere possidet pro emptore, non convenitur petitione hereditatis, ut is, qui possidet pro possessore, sed singularum quarumcunque rerum jure convenitur. Convenitur ergo non petitione hereditatis, sed speciali in rem actione. Et ob id in hoc judicio veniunt tantum fructus ex tempore litis contestatæ. In superiori judicio, quod est bonæ fidei judicium, id est, petitione hereditatis, qua tenetur, qui emit post litem, veniunt fructus ante litem percepti, aut percipiendi. Et hæc differentia inter judicia stricta & bonæ fidei apparet etiam alia in re, & in eadem quæstione fructuum. Si agatur petitione hereditatis, fructuum venditorum ante petitam hereditatem, pretia cum usuris præstanda sunt, quia scilicet petita videntur ea pretia: petita hereditate peti videntur item fructus, proinde sequentur usuræ officio Judicis, *l. si heres, §. ult. D. eod. l. cum, qui 18. D. de his, qu. ut indig.* & hoc, ut dixi, cum agitur judicio bonæ fidei, id est, petitione hereditatis: Nam si agatur stricto, nec debentur usuræ pretii fructuum venditorum post litem contestatam, quia fructus illi,

sive

sive pretium eorum veniunt officio Judicis, accedunt officio Judicis, & obvenientis ita accessionis non potest esse alia accessio. Igitur fructuum obvenientium officio Judicis usuræ non præstantur, ne sit accessionis accessio, & ne officio judicis succedat mox aliud officium: non debentur etiam pretii fructuum venditorum ante litem contestatam usuræ, si condicantur à malæ fidei possessore. Ita loquitur *l. neque* 15. *de usur.* quæ alioqui videbatur pugnare cum *l. heres*, sed una est de actione bonæ fidei, id est, petitione hereditatis, altera de stricti juris actione, id est, de condictione, & in hanc non veniunt fructus præteriti: Ergo nec usuræ. At in actionem bonæ fidei veniunt etiam fructus præteriti natura actionis: Ergo & usuræ fructuum, sive pretii fructuum venditorum ante litem contestatam veniunt officio judicis: fructus veniunt jure, & natura actionis, usuræ veniunt officio Judicis ex mora. Sic igitur ex postrema parte hujus legis concludam: eum, qui possidet pro emptore heredemve ejus, sive sciens, sive ignorans rem alienam, non teneri petitione hereditatis: sed teneri in rem actione speciali, id est, singularum rerum nomine, quas emit. Tentari potest eum teneri in hac specie petitione hereditatis, non quidem directa, sed utili saltem, quia scilicet emit partem dimidiam hereditatis, & qui emit hereditatem, licet pro emptore possideat, tenetur utili petitione hereditatis, *l. nec ullam*, *§. quid si quis*, *& §. si quis sciens alienam*. Primum ut respondeamus, dicta *l. nec ullam* loquitur de eo, qui emit totam hereditatem: hæc l. de eo, qui emit partem, & non partem dimidiam hereditatis, sed bonorum, inter quæ duo vocabula multum interest, sicut multum interest utrum legetur pars bonorum, an hereditatis. Hereditatis nomine significatur jus: Bonorum non item, *l. 8. in fine*, *& l. 9. D. de legat.* 2. Quare ponendum est, quamvis dicat, eum emisse partem dimidiam bonorum, cum non emisse partem hereditatis, sed res plurimas, quæ conficiebant partem dimidiam bonorum, & præterea emptor etiam hereditatis, id est, assis, non tenetur utili petitione hereditatis, tenetur non semper, sed in subsidium tantum, *d. §. quid si quis*, ne singulis judiciis vexetur petitor, ut recte Glossa docet ad dictum *§. quid si quis*, cum venditor non extat, vel cum parvo vendidit, & fuit bonæ fidei possessor, qui ad id tantum tenetur, quo factus sit locupletior: ne omnis res vero heredi pereat, æquum est, ut manum possit porrigere adversus emptorem assis, sed nos de hoc emptore hic non tractamus, sed de emptore partis rerum, sive bonorum, qui etsi emptor hereditatis esset, non teneretur, ne utili quidem petitione hereditatis, nisi in subsidium, id est, cum non posset res servari à venditore. Itaque lex omnino vult etiam hunc emptorem teneri speciali in rem actione, emptorem scilicet rerum singularum heredemve ejus, non petitione hereditatis. Sed huic definitioni obstat *l. nec ullam*, *§. heredem*, *D. eod.* Nos dicimus eum, qui possidet vere pro emptore volente emptione, non teneri petitione hereditatis, nec heredem ejus. Heredis enim eadem solet esse conditio, quæ defuncti, *§. heredem* ait, heredem teneri petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possidebat, & addidit rationem, quasi scilicet pro herede ille heres possideat: & utique pro herede possidet omnia, quæ defuncti morte obvenerunt, sed non possidet quasi heres venditoris, quod erat spectandum, sed quasi heres emptoris: & subjicit, quamvis etiam hic heres utique teneatur earum rerum nomine, quas defunctus pro herede, vel pro possessore possedit. Ut breve faciam; Species est: Cajus defunctus ex hereditate Titii possidebat res quasdam pro herede, vel possessore, & alias quasdam pro emptore; heres ejus certe tenetur petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus possidebat pro herede, vel pro possessore, sed adjicit, constare inter omnes Jurisconsultos eum etiam teneri earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possidebat: & ita heres defuncti non tantum tenetur earum rerum nomine, quas defunctus possidebat pro herede, vel pro possessore, sed etiam earum nomine, quas defunctus pro emptore possidebat, quia & has, quas pro emptore defunctus possidebat, ipse videtur pro herede possidere, quasi scilicet heres Titii, non quasi heres emptoris, ex regula illa: Heres heredis est heres testatoris, ut puta existimans & has res, quas possedit defunctus pro herede, vel pro possessore, & illas, quas pro emptore, defunctum possedisse eodem jure, quasi ex hereditate Titii. Igitur quasi eas possideat pro herede, id est, ut heres Titii, non ut heres emptoris. Igitur secundum opinionem ejus, constat earum rerum nomine etiam teneri petitione hereditatis: sed ex eo male colligitur eum, qui possidet pro emptore teneri petitione hereditatis: nam ea non possidet pro emptore, sed pro herede, putans esse ex hereditate Titii heredis testatoris: heres heredis heres est testatoris. Dilucidius explicabo *§. Heredem legis nec ullam*, *D. de petit. hered.* quem merito habent omnes pro difficillimo. Certissimi juris est, eum, qui res quasdam ex hereditate aliena emit, & possedit pro emptore, vel heredem ejus, non teneri petitione hereditatis: Sed huic sententiæ obstat valde ille *§. heredem*. Ait enim, heredem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, teneri petitione hereditatis, quasi possideat pro herede, & id constare inquit: id tradit ille §. pro certo, & explorato, quod nobis videtur incertum, & adversus certissimam juris regulam: *Constat*, inquit, quod Græci *συνομολογεῖται*, quod est verbum proprium Jurisconsultorum, quo significatur rem non esse controversam, quod Cicero pro Flacco respiciens ad Jurisconsultos: *Constabat inter omnes*, inquit, & hoc etiam frequenter usurpant alii, *Colum. lib. 1. cap. 1.* Hoc vero magis dubitationem movet quod dicat, constare heredem teneri petitione hereditatis ejus rei nomine, quam defunctus possedit pro emptore, & subjicit rationem, quasi pro herede possideat, id est, quia videtur eam rem possidere ipse heres pro herede. Tentabam autem respondere hoc modo posse, ut si quod defunctus Titius possedit pro emptore, id heres ejus existimaverit possedisse Titium pro herede, atque ita ipsum id possidere quasi heres ejus, cui Titius heres extiterat, cujusque hereditas modo tenebatur secundum istam regulam juris, Heredis mei heres est meus heres, *l. 6. & l. ult. de heredib. instituend. inf. & l. heredis 65. D. de verb. signific.* Tum vero propter eam opinionem, quam animo concipit heres, ut teneatur petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus possedit pro emptore, nedum earum, quas possedit pro herede, & pro possessore, & ita Hugolinus sensisse videtur. Sed hæc interpretatio non est recipienda. Nam sicut opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis, si quid possederit defunctus ex aliena hereditate pro herede, vel pro possessore, & id nescierit heres ejus, & alia opinione id possederit: Sicut, inquam, opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis, *l. nec ullam*, *§. Neratius*: Ita opinio heredis non debet facere quo magis teneatur petitione hereditatis, si quid defunctus possedit pro herede. Spectanda enim est potius opinio defuncti, quam opinio heredis, opinio heredis opinionem defuncti non excludit, heres succedit in opinionem, in fidem, in vitia defuncti, *l. cum heres*, *D. de divers. temporal. præscript.* Non est igitur spectandum quid senserit heres, sed quid defunctus senserit, & uti possederit. Porro possedit pro emptore, ergo nec ipse tenetur petitione hereditatis, nec heres ejus, cujus persona videtur eadem. Alii dicunt, quorum opinionem retulit Accursius, ut ejus rei no-

minie quam Titius pro emptore possedit, heres Titii teneatur petitione hereditatis, quia eam possidet pro herede, id est, quasi heres Titii, quasi obvenerit hereditate Titii. Sed quis non videt ineptam esse hanc rationem: necesse enim est ut jure conveniatur petitione hereditatis, ut possederit quasi heres ejus, cujus de hereditate agitur, sed non ita possidet quasi heres ejus, cujus hereditas petitur, sed quasi heres Titii. Hic ergo titulus pro herede non subjicit illum petitioni hereditatis, quia est pro herede Titii, non pro herede ejus, cujus de hereditate agitur: & præterea licet quod possedit defunctus Titius pro emptore, heres ejus possideat pro herede, id est, quasi heres Titii, tamen & id possidet etiam pro emptore ut defunctus, & pro herede, quia est heres defuncti, *l. 3. ex pluribus, D. de acquir. possess.* Unde colligitur in eo §. differentia inter dominium, & possessionem; Nam dominii unus tantum potest esse titulus: Possessionis plures possunt esse; id est dominium ex una tantum causa contingit, & qui jam factus est dominus, non amplius dominus fieri potest: Possessionis plures sunt causæ, ut rem alienam, quam emptor usucepit, idem emptor post usucapionem possideat pro emptore, quia emit, & pro suo, quia usucepit. Possessionem habet ex duabus causis, dominium ex una tantum, id est, ex usucapione. Et similiter heres ejus, qui rem possidebat pro emptore, etiam eam possidebit pro emptore, quia auctor ejus defunctus emit, & pro herede, quia heres est emptoris. Sic igitur possidet etiam eam rem heres Titii pro emptore, & hæc causa possessionis est potius spectanda, cum congruat opinioni defuncti, quæ in his causis semper prævalet. Ea igitur interpretatio etiam explodenda est. Alii, ut Bartolus, existimant in specie ejus *§. Heredem*, heredem emptoris teneri petitione hereditatis utili, de qua tractatur in præcedentibus *§§.* ejus *l. nec ullam*: non directa, sicut defunctus. Ita cum ante dixit, eum, qui possidet pro emptore teneri utili petitione hereditatis, subjicit in *§. Heredem*, heredem ejus teneri utili petitione hereditatis: sed circumscribimur, nisi animum advertamus: nam ut qui possidet pro emptore teneatur utili petitione hereditatis, id tantum acceptum est in emptore universitatis, *dicta l. nec ullam, §. quid si quis, & §. si quis sciens alienam*. Paragraphus *Heredem*, non loquitur de emptore universitatis, sed certarum rerum emptore. Is nec directa nec utili petitione hereditatis tenetur, ergo nec heres ejus: emptor is solus tenetur qui emit assem, *l. 2. §. pen. D. de heredit. vel act. vend.* Verior interpretatio, quam, & Græci secuti sunt, hæc est, ut hoc voluerit Jurisconsultus, & constiterit inter omnes Jurisconsultos, ut si sit controversia de hereditate defuncti inter heredem testamentarium, & legitimum, legitimo petente hereditatem ab herede scripto quasi testamento rupto vel irrito facto, heres scriptus teneatur petitione hereditatis, non tantum omnium rerum nomine, quas possedit defunctus, sive possedit eas pro herede, sive pro emptore, & alio titulo, id est, ut in eam hereditatis petitionem veniant, non tantum res propriæ defuncti, sed etiam res alienæ, quas defunctus pro herede vel pro possessore possedit: & non hæ tantum res alienæ, quas possedit pro herede, sed etiam ceteræ res alienæ, quas defunctus possedit pro emptore, vel alio titulo. Ponendum est igitur heredem legitimum petere hereditatem à scripto, & constare hoc casu inter omnes, in petitione hereditatis venire non tantum res testatoris proprias, sed etiam alienas, quas quocumque titulo testator possidebat: & id dicitur in *l. non tantum. 19. D. eod. tit.* in petitione hereditatis venire etiam eas res, quarum nomine Publiciana competit, puta res alienas, quas defunctus possidens pro emptore nondum usucepit. Unde hæ positiones duæ constituantur: Heres Titii ejus rei nomine, quam Titius possedit pro emptore, non tenetur petitione hereditatis. Constituatur & altera illi contraria: Heres Titii ejus rei nomine, quam Titius possedit pro emptore, tenetur petitione hereditatis: Utraque positio est vera: Prior est vera, cum est controversia de hereditate aliena, ex qua res quasdam Titius pro emptore possedit; earum enim nomine nec Titius, nec heres Titii tenetur petitione hereditatis. Posterior positio est vera, cum est controversia de hereditate Titii, in qua sunt res quædam alienæ, quas Titius pro emptore possedit. Nam earum nomine, heres à Titio scriptus tenebitur petitione hereditatis legitimo heredi, qui contendit aut nullum, aut ruptum esse testamentum, & ita ab intestato ab herede scripto vindicat hereditatem.

Ad L. III. Hereditas materteræ *petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed & si quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset: judicatæ rei præscriptio non obstaret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti. PP. V. Id. Aug. Geta & Plautiano Conss.*

SPecies est. Mortua matre, Titia ei heres extitit ex Senatusconsulto Orphitiano ab intestato, sed matertera Titiæ, id est soror defunctæ matris, omnem hereditatem omniaque bona sororis possedit: matri heres extiterat filia, sed filiæ matertera possidebat omnia bona pro herede, vel pro possessore: matertera diem functa est relicto extraneo herede: Titia adversus heredem scriptum testamento materteræ egit querela inofficiosi testamenti, quod in testamento materteræ prætermissa esset: egit ergo petitione hereditatis de inofficioso. Nam certum est querelam inofficiosi testamenti esse petitionem hereditatis de inofficioso testamento, id est, petitionem hereditatis, cui adjuncta est hæc causa inofficiosi testamenti, *l. si quis filium, de inoffic. testam. sup. l. 20. D. De inoffic. testam. l. pen. §. sed quemadmodum, D. de bonor. possess. cont. tab.* Et hoc aperte comprobat hæc l. 3. eum, qui agit querela inofficiosi testamenti vindicare, & petere hereditatem ab intestato. Cum autem egisset Titia adversus heredem materteræ petitione hereditatis de inofficioso, victa est: & merito, quia querela inofficiosi testamenti datur tantum liberis, & parentibus, non cognatis ex latere ultra fratrem, *l. 1. D. de inoffic. test.* Nunc eadem Titia, quæ priori judicio petitionis hereditatis victa est, vult rursus agere petitione hereditatis maternæ de bonis maternis, quæ possedit matertera, & heres materteræ possidet. An quod eadem actione rursus agat, repelli possit exceptione rei judicatæ? Non: quia scilicet licet eadem sit actio: est tamen de bonis aliis, & ex causa alia: prior petitio hereditatis fuit de bonis materteræ: posterior est de bonis maternis: nihil commune habent materteræ bona cum bonis matris; prioris petitionis hereditatis causa fuit inofficiosi testamenti: Posterioris causa est Senatusconsultum Orphitianum, quo filius succedit matri ab intestato. Nemo prohibetur petere hereditatem ex diversis causis, vel ut hic dicitur, titulis. Non idem est titulus harum actionum, ergo non consumit alia aliam, causa actionis ut titulus possessionis est, & causa possessionis, *l. 4. de contrah. empt. & vendit. inf.* non posse duplicari titulum, id est, causam possessionis, non accipio possessionis, pro dominio, ut hic accipitur, sed proprie. Et si id accipio proprie, ita id videtur falsum: quia mox dicebamus possessionis plures titulos esse posse, dominii unum tantum ex *l. 3. §. ex pluribus, D. de acquirend. possess.* Sed in ea specie legis 4. potest duplicari titulus possessionis, cum quis rem suam mihi donavit, & hæc jam mea est effecta. Si & eandem emi ab herede donatoris non duplicatur titulus possessionis, quia emptio rei suæ nulla est: hic igitur nec dominium duplicatur, quod regulare est, nec possessionis causa, *ut in l. 7. infra eod. tit. de contrah. emp.* Potest quidem multiplicari possessionis titulus, sed hæc spe-

cies

cies hoc non patitur. Et ita quod Divus Joannes vocat A Titulum τίτλον, qui fuit cruci Domini superpositus, Divus Lucas ἐπιγραφὴν, Divus Matthæus vocat αἰτίαν, id est, *causam supplicii*, & Divus Marcus ἐπιγραφὴν τῆς αἰτίας, id est, *Titulum causæ illatæ pœnæ*. Hic igitur titulus nihil aliud est, quam causa actionis, qui si sit diversus, eadem actio iteratur rècte: nec obstat exceptio rei judicatæ, quia scilicet non est eadem res, cum causa actionis sit eadem, & quidem causa proxima, ut ait lex 27. *cum de hoc*, *D. de excep. rei judic.* Quid vero vocat causam proximam actionis? Causa proxima actionis est, quæ est peculiaris, & propria actionis, Aristoteles lib. 8. Metaphysicorum *cap. 4.* tractans de prima causa: δεῖ δὲ καὶ τὰ ἐγγύτατα αἴτια λέγειν, τίς ἡ ὕλη, μὴ πῦρ, ἢ γῆν, ἀλλὰ τὴν ἰδίαν, id est: *Si quis quæsierit quæ sit materia hominis, debet adferre proximam cau-* B *sam, non dicere materiam esse ignem, materiam esse terram*: nam quæ est propria, ea est proxima. Propria autem materia hominis sunt menstrua, sanguis menstruus. Sic etiamsi rem vindicem quasi mihi legatam ex testamento, vindicationis hujus causa quidem propria est legatum. Ergo proxima causa communis est dominium: ergo hæc est remota causa: non igitur causa remota eadem eandem actionem facit, sed causa proxima si sit eadem, eadem actio est; si sit diversa, diversa est actio, licet nomen sit idem actionis. At cum quis egit petitione hereditatis de inofficioso, postea non prohibetur agere petitione hereditatis ab intestato, ex Senatusconsulto Orphitiano, quia non est eadem actio, cum causa proxima sit diversa: & similiter, qui egit petitione hereditatis de inofficioso, etsi non ob- C tinuerit, non prohibetur postea agere petitione hereditatis de injusto testamento, vel etiam utramque petitionem simul proponere potest, non utramque tamen exequi, ne secum ipse pugnet. Nam qui inofficiosum dicit, valere dicit, sed rescindi postulat: qui injustum dicit, non valere dicit, Verum debet eligere utra prius experiri velit, & una si ceciderit, reverti ad alteram, *l. contra*, *de inoffic. testam. sup. l. Papinianus*, *§. si quis & irritum*, *D. eod. tit.* Et similiter si egerit petitione hereditatis de falso, si de crimine falsi testamenti egerit nec obtinuerit, non prohibetur agere postea petitione hereditatis de inofficioso, vel petitione hereditatis, de injusto testamento, *l. 47. Lucius*, *D. de petit. hered. l. cum, qui*, *C. de inoffic. testamen. l. si ita quis promiserit*, *§. ult. D. de verbor. obligat.* & similiter si quis, cum heres D non esset, petierit hereditatem, atque ita non obtinuerit, postea heres factus si petat hereditatem, non repelletur etiam exceptione rei judicatæ, quia est petitionis nova causa: primæ petitionis nulla erat causa, quia heres non erat, secundæ est causa nova: igitur recte iteratur, *l. si is*, *qui heres 25. D. de excep. rei judic.* & eadem omnia obtinent in rei vindicatione, in speciali in rem actione: Nam si quis vindicaverit hominem ex causa emptionis, adjecta causa, quod sit traditus, & venditus, & non obtinuerit, postea non prohibetur vindicare alia adjecta causa, puta, quod mihi sit donatus: non mutatur quidem actio, sed mutatur causa proxima actionis, quod sufficit ne actor summoveatur exceptione rei judicatæ: & similiter si cum non esset dominus vindicaverit, & repulsus fuerit, postea na- E ctus dominium ex nova causa eandem rem rursus rectissime vindicabit, *l. si mater 1. §. denique*, *& §. seq. & §. eandem*, *D. de except. rei judic.* nec tamen idem erit si rem vindicet simpliciter: nam hoc casu nullo modo ex præterita causa eandem rem vindicare poterit: poterit quidem ex nova, sed non ex alia præterita causa, quia prima vindicatione, quam instituit simpliciter non adjecta causa, deduxit omne dominium in judicium quodcunque, & undecunque acquisitum: aut igitur vindicat non adjecta causa: aut adjecta causa: priore casu non potest ex alia causa (nisi novissime accesserit) iterum eandem rem vindicare: posteriore casu potest ex alia causa etiam antiquiore, eandem rem

vindicare. Sed his tamen obstat *l. si patronus ex minore*, *D. de bon. libert.* quam objicit Accursius in *d. l. Lucius*, *& d. l. cum*, *qui*, is, qui egit de falso testamento, postea non prohibetur agere de injusto testamento, quia mutatur causa quæstionis, titulus controversiæ. Secus est in specie illius *l. si patronus*. Nam si patronus, qui erat scriptus ex minori parte, quam legitima, egerit de falso testamento, nec obtinuerit, postea non potest agere, ut suppleatur legitima, petita scilicet bonorum possessione contra tabulas, sive petitione hereditatis possessoria, ex causa bonorum possessionis contra tabulas, per quam patrono expletur legitima portio. Cur ita non licet patrono transire ad aliud? ratio est, quia illi, de quibus egimus superius, nihil ex testamento captant, id omnino cupiunt evertere, modo ex causa falsi, modo ex causa inofficiosi: sed hic patronus captat lucrum ex testamento, quod oppugnavit accusans falsi, nec expugnavit: captat lucrum, quia captat portionem sibi relictam testamento, & præterea sibi eam suppleri desiderat, cujus desiderii indignus est, ut potiatur, quia testamentum nisus est evertere, & ideo *l. si patronus* ait, eum repelli ut indignum à bonorum possessione contra tabulas.

Ad L.IV. In restituenda hereditate *compensatio ejus habebitur, quod te in mortui infirmitatem, inque sumptum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris.*

Lex 4. ait, cum unde petitur hereditas, posse in compensationem deducere id, quod de suo bona fide impendit in defuncti infirmitatem, vel in sumptum funeris, & recte de suo propter verbum compensationis: compensat enim proprie possessor hereditatis quod de suo impendit, imputat quod de hereditate impendit; & ita in quæstione legis Falcidiæ differentia est inter imputare, & compensare, *l. filium*, *famil. ercisc. inf.* imputo in Falcidiam quod de hereditate jure hereditario sumo, compenso in Falcidiam quod jure legati a coherede sumo, cui vicissim rogatus sum portionem meam restituere: nec imputo, nec compenso in Falcidiam, sed id habeo supra Falcidiam, quod jure legati a coherede accipio, cui vicissim nihil restituere debeo, & ita in *d.l.filius*, subtiliter separatur retentio, & ibi, *retenta*, id est imputata, a compensatione, *compensato*, proprie, non ut quidam pro imputato. Nam etsi quod compensatur imputari dicatur generali vocabulo, *l. si quid possessor 31. D. hoc tit.* Tamen quod imputatur numquam dicitur compensari: nec enim hoc fert vocabuli significatio. Compensatio enim non est, nisi fiat ultro citroque contributio sui & alieni. Imputatio fit etiam sine contributione sui & alieni, ut cum quid ex hereditate sumpsi, & hereditati reputo sive imputo. Compensat enim possessor hereditatis quoscunque justos sumptus, quos fecit de suo propter onera hereditaria, ut in *l. sorori 6. §. ult. D. si pars heredit. petat. l. heres 51. & l. si quid possessor*, *§. sicut*, *D. de petit. heredit.* & fit omnium harum impensarum compensatio ipso jure, sine officio judicis, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, *l.ult.in fin. hoc tit.* Quin & hodie in omnibus actionibus sive bonæ fidei, sive strictis, receptum est compensationem fieri ipso jure sine officio judicis: non desideratur ergo exceptio doli mali, *l. plane 38. D. hoc tit.* Attamen videtur desiderari in *l.utiles 39. & l. hereditas*, *§. 1. eod.* Quibus tamen respondendum est ex *l. ult. eod. tit.* etiam si non proponatur exceptio doli mali, compensationis jure, satis per officium judicis consuli, *l. ult. D. de petit. heredit.* Loquitur hæc lex 4. de bonæ fidei possessore, quia de suo sumptum fecit bona fide in funus defuncti, vel in curationem defuncti cum ægrotaret. Sed idem videtur admittendum etiam in malæ fidei possessore; ut quod pietatis ratione impendit circa personam defuncti, & infirmitatem, aut funus, id compenset petitori hereditatis, & eo nomine habeat actionem negotiorum gesto-

rum,

rum, vel funcrariam, quæ imitatur actionem negotiorum, *l. & si quis, §. idem Labeo, versic. & quid si testator, D. de religios. & sump. funer.* quasi videatur qui propter funus sumptum facit cum defuncto contraxisse, *l. 1. de religios. & sumpt. fun.* Præter hos sumptus, etiam compensat malæ fidei possessor sumptus necessarios, & utiles factos in res hereditarias, si modo eis locupletior facta sit hereditas, ne ex jactura malæ fidei possessoris, verus heres lucrum sentiat, sed non compensat sumptus necessarios, &, utiles factos in res hereditarias, quibus hereditas melior facta non est, *l. plane 38. D. de petit. hered.* non compensat etiam, vel imputat voluptuarios, *l. utiles 39. §. ult. D. eod.* bonæ fidei possessor imputat voluptuarios, sive compensat, & bonæ fidei possessor compensat etiam cæteros sumptus, licet res non extet, in quam facti sunt, & consumpti, id est, quamvis inde non restituatur locupletior hereditas, *d. l. plane, & l. utiles*: & hæc tantum in hac ratione compensationis est differentia inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem.

Ad L. V. De hereditate, *quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione ejus detrahetur quod creditoribus ejusdem hereditatis exolvisse te bona fide probaveris. Nam repeti à creditoribus, qui suum receperunt, non potest.*

Lex quinta docet; compensari etiam id, quod possessor hereditatis de suo creditoribus hereditariis solvit: loquitur de vero debito, id est de eo, quod vere hereditas debebat creditoribus: indebitum enim si possessor hereditatis solverit, id non imputat, non deducit, non compensat; sicut si indebitum exegerit, non restituit, non imputat, *l. item veniunt, §. sed & si Senatus, D. de petit. hered.* cui tamen obstat *l. quod si possessor 17. eod. tit.* Species est: Possessor hereditatis ex testamento heres scriptus, legata testamento relicta, aut fideicommissa solvit: post evicta ei est hereditas ab intestato ab herede legitimo quasi testamento imperfecto, aut rupto, ex quo apparuit indebita fuisse legata, quæ solvit: plane igitur in hac specie possessor hereditatis indebitum solvit, cum postea apparuerit intestatum fuisse defunctum. Ait lex *quod si possessor*, possessorem hereditatis id, quod solvit reputaturum petitori hereditatis, & ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfacturum. Igitur possessor quod indebitum solvit, reputat petitori. Ab Accursio quatuor adferuntur solutiones: hæc est perspicua, ut dicamus in ea specie possessori id indulgeri, ut reputet quod solvit indebitum legatum: propterea quod quantum in se fuit, paruit voluntati testatoris, & quia pietatis officio functus est, æquum est ut id reputet petitori. Itaque *§. sed & si Senatus*, intelligi debet de eo, qui ex alia causa indebitum solvit, ut hic non reputet, non si indebitum solvat ex testamento, & ex præcepto defuncti, puta legatum, aut fideicommissum: sed & hoc casu, cum solvit indebitum legatum, aut fideicommissum ex testamento, quod putabat valere, ita demum imputat, & compensat indebitum, quod solvit, si cedat, vel si paratus sit petitori cedere condictionem indebiti, quam habet adversus legatarios, aut fideicommissarios: Nam sane condictionem indebiti habet, cum indebitum errans solverit, id est, existimans valere testamentum; hanc si cedat petitori hereditatis, solutum petitori hereditatis reputabit, *d. l. quod si possessor, & l. quod si in diem, §. pen. & ult.* & procedit hoc indistincte, sive de suo solverit indebita legata, sive de hereditate, ut apparet ex *dict. l. quod si in diem, §. penult. & ult.* Semper enim quod solvit petitori, sive vero heredi imputat, modo cedat condictionem indebiti. Superiore etiam casu, qui est casus hujus *leg. 5.* cum possessor hereditatis verum debitum solvit creditoribus hereditariis non distinguitur, utrum solverit de suo, an de hereditate: semper enim id, quod solvit creditoribus hereditariis vel imputat, vel compensat.

A Multum tamen interest; utrum verum debitum solverit possessor hereditatis suo nomine, an hereditario nomine, puta defuncti nomine, aut veri heredis nomine, quod attinet scilicet ad condictionem indebiti: quod solvit, ut dixi, imputat semper petitori, sed non condicit semper ei, cui solvit. Nam distinguendum est, utrum solverit creditori hereditario, suo an hereditario nomine: si enim hereditario nomine, non habet condictionem indebiti, quia creditores suum receperunt nomine debito, id est, hereditario. Condictio indebiti non est adversus eum, qui suum recepit, licet is, qui solvit id non debuerit, sed alius, modo solverit, qui non debebat nomine veri debitoris, ut hoc casu, nomine B hereditario, *l. repetitio 44. l. quod nomine 8. l. servus cujusdam 36. in fin. D. de condict. indeb.* & in hac *l.* Ait enim, *de hereditate, quam bona fide, &c.* Ponendum est ex supradictis legibus eum solvisse hereditario nomine, & ideo non habere condictionem indebiti, quia vero nomine solvit, & veris creditoribus, etiamsi ipse non debuerit. Inde fit, ut vere heres, qui est verus debitor liberetur, quia ejus nomine solutum est, sive hereditario: Et ut etiam verus heres possessori hereditatis teneatur actione negotiorum gestorum cum de suo solvit, si non utatur reputatione: vel igitur quod solvit hereditario nomine possessor, reputabit, aut compensabit, vel id repetet actione negotiorum gestorum, quia verum heredem liberavit, *l. ult. D. de negot. gest. & l. ult. hoc tit.*

C In his speciebus, fere ubi est reputatio, est & actio negotiorum gestorum cum quis de suo solvit: nam & cum prædo sumptus fecit, quibus aucta est hereditas, non tantum eos potest reputare, sed etiam repetere negotiorum gestorum actione, *l. 6. si pupillus, §. sed & si quis negotia, D. de negot. gest.* Quid tamen dicemus, si possessor hereditatis creditoribus hereditariis solverit suo nomine, non hereditario, suo nomine, inquam, quasi ipse debeat? & constat eum habere condictionem indebiti, quia suo nomine solvit, & ipse non debuit: & est sic accipienda *l. in summa 65. §. ult. l. si pœnæ 19. §. 1. D. de condict. indeb. l. 5. inf. de condict. indeb.* In qua etiam ponendum est, eum, cui datur condictio indebiti, solvisse suo nomine, licet lex dicat eum solvisse ut successorem patris: nam fieri potest, ut qui D omnino putat se heredem esse, solvat suo nomine, ut ait *l. si quid possessor 31. D. de petit. hered.* quæ hoc declarat expressim ut solverit suo nomine, atque etiam *l. cum quis 38. §. de peculio, D. de solution. & l. 2. inf. de his, qui in prior. creditor. loc. suc.* Et consequenter hoc casu, cum possessor hereditatis solvit suo nomine, verus heres, idemque debitor non liberatur, quia nomine ejus solutum non est: non liberatur ipso jure, sed liberatur per exceptionem doli mali, cum creditores suum receperint, *l. si quid possessor.* Qua etiam ratione dicemus petitorem hereditatis possessori teneri actione negotiorum gestorum, cum vel per exceptionem liberatus sit. Itaque possessor hereditatis, vel quod de suo solvit repetet actione negotiorum gestorum, quia verum debitorem liberavit, vel per exce-E ptionem, cum suo nomine solvit, vel sive de suo, sive de hereditate solvit, id petitori reputabit: nam utroque casu, id est, sive solverit hereditario nomine, sive suo, quod solvit imputat petitori, sed posteriore casu, id est, cum solvit suo nomine tantum, ita demum id quod solvit imputat petitori, si modo caverit defensum iri petitorem, ut explicat *dict. l. si quid possessor, D. de petit. hered.* Hoc merito exigit cautionem alia in re. Sed ita demum imputat si cedat condictionem indebiti, quam habet dicta *l. si quid possessor.* Et hæc est vetus distinctio Accursii verissima, quam qui neglexerunt Stella, Zazius, & alii complures, dici non potest quam sint ridiculi: sed quæ leges dant condictionem indebiti, sunt accipiendæ de possessore hereditatis, qui solvit suo nomine: quæ denegant, sunt accipiendæ de possessore hereditatis, qui solvit alieno nomine,

mine, id est, hereditario nomine, nec hac in re ullus est labor. Distinctio confirmatur superioribus legibus, & ea utimur in plerisque aliis quæstionibus, etiamsi non adscribatur legibus. Græci etiam non animadvertentes ad hanc distinctionem, vaticinantur, intelligentes hanc l. 5. quæ denegat condictionem indebiti possessori hereditatis, in herede scripto, cui est evicta hereditas per querelam inofficiosi testamenti, quæ est petitio hereditatis, ut scilicet hic heres scriptus, quod solverit creditoribus hereditariis, non condicat, quia vere debuit. Justum enim fuit testamentum, licet id postea resciderit querela. Itaque interim vere debuit heres, vere fuit heres obligatus creditoribus hereditariis, & solvit denique vere quod debuit. Et sane liquido constat in hac specie, denegandam esse condictionem indebiti possessori hereditatis: sed nihil est necesse ad hanc speciem hanc legem 5. adstringere, in qua nihil est, quod nos cogat ad hanc speciem, sed tantum supplendum est ex aliis legibus. Generaliter eum, qui solvit hereditario nomine, non habere condictionem indebiti, quia solvit, non suo nomine, sed vero nomine, quia creditores suum receperunt, hoc non est satis: Necesse est enim vero nomine recipiant, ut recipiant hereditario nomine: nam secus tenentur condictione indebiti. Loquitur autem etiam hæc lex de bonæ fidei possessore: rectissime: nam quod attinet ad condictionem indebiti, aliud statuendum est in malæ fidei possessore, quia ille nullo casu habet condictionem indebiti: sciens enim solvit se non debere se alienam hereditatem possidere. Igitur superior distinctio non est admittenda in malæ fidei possessore, reputatione tamen utetur: reputabit quod solverit malæ fidei possessor, etiam quocumque nomine solverit, & sive de suo, sive de hereditate solverit. Hac tamen lege & conditione, si modo caveat à se petitorem hereditatis defensum iri adversus creditores hereditarios, cum suo nomine solvit: nam suo nomine solvendo non liberabit verum heredem, verum debitorem. Igitur est integra actio creditoribus hereditariis adversus verum heredem, licet suum receperint, quia non à vero debitore receperunt: qua de causa? ne verus heres cogatur & pati reputationem à possessore, & pati actionem creditæ pecuniæ à creditoribus hereditariis. Æquum est, ut malæ fidei possessori, qui suo nomine solvit, non aliter permittatur, quod solvit imputare creditoribus, quam si caverit petitori vero heredi adversus creditores hereditarios se defensurum verum heredem, *d. l. si quid possessor*. Sed bonæ fidei possessor non oneratur hac cautione: satis est si velit reputare quod solvit etiam suo nomine, si cedat condictionem indebiti, quam habet, petitori hereditatis, d. *l. si quid possessor*.

Ad L. VI. Si putas non jure *tutores datos nepotibus tuis, quod eos dicas in tua esse potestate, petere ab his hereditatem filii tui emancipati non moreris, cujus commodum ad te pertinere dicis: judice statuturo, an à præsidialibus actis discedendum sit, qui eis tutores* dedit, *cum in tua potestate negaretur esse.*

FAcile licebit hodie pervenire usque ad leg. penult. Ac primum quidem legis 6. species est. Quidam filium emancipavit, & nepotes ex eo retinuit in potestate, quod jure potuit facere, *l. liberum 28. D. de adoptionib.* Nepotes vero perinde ac si essent sui juris, à Præside Provinciæ, cum essent impuberes, tutores sibi dari petierunt, & acceperunt mortuo patre, superstite avo, ut scilicet per eos tutores administrarentur bona paterna: his, qui sunt in potestate, jure non dantur tutores, ut tutelæ definitio indicat. *Tutela est potestas in caput liberum*, id est, in hominem sui juris: excipitur tantum unus casus in *l. ult. de sentent. passis inf.* valde elegans & notandus, quo filiusfamilias habet tutorem: sed filiusfamilias regulariter non indiget tutore, vel qui est in potestate parentis: hi tamen nepotes, ac si essent sui juris tutores acceperunt, atque ita se gesserunt pro liberis, & hereditatem paternam pro herede possederunt. Contra avus, qui contendit eos in sua potestate esse, & ideo eis tutores inutiliter datos, & sibi adquisitum commodum hereditatis filii sui patris eorum per nepotes, petit eam hereditatem à nepotibus, quasi sibi adquisitam per nepotes, qui manserunt in ejus potestate. At dices: quomodo per nepotes potuit avo adquiri, cum non adierint jussu ejus? Imo potuit acquiri avo hereditas per nepotes citra jussum jure prætorio, ratihabitione scilicet, si avus ratam habeat eam hereditatem, quam nepotes citra jussum ejus agnoverunt. Jure enim prætorio jussus parentis non requiritur, & sufficit ratihabito, *l. 4. D. de acquir. hered.* Quin etiam ex Constitutionibus, si nepotes eam hereditatem diu possederint sciente & non repugnante avo, videntur eam agnovisse & adquisisse avo, *l. si filiusfamilias, inf. hoc tit.* quæ est de filiofamilias, & ait filiumfamilias, qui diu possedit hereditatem sibi delatam, tacente scilicet & non contradicente patre, eam agnovisse videri: & ideo ejus commodum patri acquisivisse, & patri competere petitionem hereditatis: sicut ex diverso si hereditatem delatam filiofamilias pater ipse diu possederit non repugnante filio, etiamsi filius non adierit eam hereditatem, videtur eam pater admisisse & adquisisse ex Constitutionibus, d. *l. 6. §. 1. de acquir. hered.* Et ita avus in hac specie, licet non jusserit nepotes adire hereditatem paternam, tamen vel quia ratam habet agnitionem hereditatis factam à nepotibus, vel quia diu passus est nepotes esse in possessione hereditatis, ideo jure contendit ejus hereditatis emolumentum sibi esse adquisitum, ac proinde jure ab eis petit hereditatem. Dices; imo non jure, quia eos ponit esse in sua potestate: lis autem nulla est cum eo, qui est in nostra potestate, *l. 4. D. de judic.* Imo si qua lis à me fuerit contestata cum eo, qui erat sui juris, & pendente lite fiat mei juris, puta adrogatione, moritur lis, solvitur judicium, *l. 11. si à me, D. de judic.* Quomodo igitur potest avus petitione hereditatis consistere adversus nepotes, quos ait esse in sua potestate? hoc necessario admittitur, cum liberi, qui sunt revera in potestate, sunt in possessione sui juris. Cum ita filius est in possessione sui juris, cum eo pater, vel avus jure litigat, sicut licet cum servo nulla sit actio, tamen si servus sit in possessione libertatis, cum eo est actio: & ideo avus recte in hac specie à nepotibus hereditatem petit. Ait autem lex, eum, qui de hereditate cognoscit inter avum & nepotes, cogniturum etiam de statu, id est, an nepotes sint in potestate necne: Nam ex hujus quæstionis definitione pendet finitio quæstionis hereditariæ, & plerumque judex tuebitur dationem tutorum, & habebit nepotes pro liberis, id est, sui juris, maxime si avus eos sit passus diu, ut patresfamilias bona paterna administrares per tutores: videtur enim eos tacite emancipasse. Tacita emancipatio recepta est constitutionibus, *l. 1. inf. de patr. potest. l. post mortem 25. ff. de adopt.* Igitur judex hereditatis prius de eo cognoscet sint nepotes in potestate petitoris necne, ac deinde de hereditate pronuntiabit, quæ petitur. Itaque qui cognoscet de hereditate, & de statu, cujus quæstio incidit, cognoscere potest, ut in *l. 3. sup. de jud.* & *l. 1. sup. de ordine judicior.* Et huc pertinet *lex 8. hujus tit.* ubi ait, *liber necne fuerit, &c.* disquiri debere à judice hereditatis. Ergo judex hereditatis cognoscit de incidente quæstione status, & quidem de hac quæstione status, quasi præjudiciali, cognoscit, ut ait priori loco, non etiam pronuntiat, sed hac quæstione discussa, pronuntiat de principali, id est, de hereditate, *l. 2. inf. de ordine cognition.* Et necesse quidem est, hoc prius à judice disquiri, sit adversarius sui juris, an alieni, id est, sit reus in potestate petitoris an non, vel etiam fuerit testator, ex cujus testamento petitur hereditas, liber, an servus: Nam si servus fuit, non potuit heredem habere, *l. servus, inf. comm. de success.* quæ est conjungenda

huic

huic legi 8. simul & legi *Arrianus. inf. de liber. cauf.* In his tribus legib. quæ ex una constitutione manarunt, eadem est inscriptio: debet etiam in omnib. ita subscriptio restitui, *Data Nonis Aprilis Sirmii, Cæsaribus Consulibus*, & ut aptissime conjugantur, ita ponenda est species. Arriano quidam facit controversiam status cum vindicans in servitutem, & non obtinuit: & ita Arrianus liber est pronuntiatus. Deinde Arrianus mortuus est relictis duobus heredib. Asterio & Philippo: is, qui Arriano fecerat controversiam status, erat Leonides quidam. Idem Leonides de statu defuncti rursus egit adversus Philippum unum ex heredib. non recte egit, quia jam ante egerat cum Arriano & succubuerat. Non opposuit tamen Philippus exceptionem rei judicatæ, sed collusorie causam egit Philippus, & in fraudem Asterii coheredis sui passus est se vinci: Quæritur an hæc res officiat Asterio? minime. Res acta inter Leonidem & Philippum, & quæ inter eos in confessionem venerunt, Asterio non officient, non si Philippus confessus sit testatorem servum fuisse, non possunt mutare statum libertatis, nec nomen substantiæ defuncti, id est, non possunt mutare nomen hereditatis Arriani in nomen peculii. Ex ideo erit integrum Asterio agere petitione hereditatis, in quo judicio tamen priore loco disceptabitur, an Arrianus liber fuit necne: An lusorie egerit causam Philippus, an Leonides idem de statu judicium iteraverit, & quidem priore loco, quia si servus fuit, successores habere non potest, *l. 3. D. de verbor. obligat.*

Ad L. VII. Hereditatis petitione, *quæ adversus pro herede, vel pro possessore possidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non summoveri, nemini incognitum est: cum mistæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A cæteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem, vel longum tempus explosa sit.*

Ponit duas differentias inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem. Petione hereditatis is tantum tenetur, qui pro herede, aut pro possessore possidet, ut dictum est *l. 2. supra*. Hic delenda est ratio, quam retulit Accursius, quam probant interpretes, & improbant veriorem, quam idem attulit in *l. pen. inf. in quibus caus. cessat longi temp. præscript.* Cur petitio hereditatis datur tantum adversus eos, qui pro herede, vel pro possessore possident? ratio ea est, quia si quis possideat alio titulo rem hereditariam, inter eum, qui petit hereditatem, & eum, qui possidet pro emptore, nulla potest esse lis: Nam qui potest esse heres, & qui possidet, esse emptor: unus dicit se heredem, alter se esse emptorem: hæc non sunt adversa, ut lis sit, necesse est, ut quod sibi vindicat unus, eodem jure alter possideat. Imo qui possidet pro emptore, fatebitur adversarium esse heredem, idem est si alio titulo possideat. Sed quid fecit ut interpretes discederent ab hac ratione, & idem non dicatur & de eo, qui possidet pro possessore, qui tamen tenetur petitione hereditatis? imo vero idem prorsus dicetur: Nam hic etiam controversatur de hereditate, sicut qui possidet pro herede plane controversatur de hereditate adversus eum, qui hereditatem petit quasi heres, & existit vere lis de hereditate. Ita etiam cum unus petit hereditatem, alter pro possessore possidet, id est, nullo adjecto titulo possessionis, & tamen litigat, nec vult concedere petitori titulum proferenti. Controversatur de hereditate, & perinde est atque si contra diceret se heredem esse: quoniam non dicit, cur possideat: & tamen vult litigare, contra eum, qui dicit se esse heredem vel ex testamento, vel ab intestato. Igitur est manifesta controversia de hereditate. Alii, qui aliis titulis possident, non controversantur de hereditate, nec quod asserunt adversatur intentioni petitoris hereditatis. Igitur inter petitorem he-

A reditatis, & eos nulla lis existere potest: ob id petitio hereditatis non est nisi adversus eum, qui controversatur de hereditate, is autem est tantum, qui pro possessore, vel pro herede possidet. Cæteri, qui aliis titulis possident, tenentur specialibus in rem actionibus: Nam contendunt se esse dominos, quasi legatarios, quasi donatarios, quasi conjuges. Idem contendit, qui vindicat. Est igitur vere lis inter eos de dominio: hæc est prima differentia. Secunda differentia est, quia præscriptio longi temporis non obstat petitioni hereditatis: vel ita, petitio hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, id est, si possessor possederit longo tempore hereditatem, non ideo repellit petitorem hereditatis. Cur ita? Imperator hanc rationem adfert, quia petitio hereditatis est actio mixta, id est, B tam in rem, quam in personam, *l. sed etsi lege, §. petitio, D. hoc tit.* quomodo? quia scilicet qui petit hereditatem non tantum vindicat hereditatem, & suam esse dicit, sed etiam intendit sibi dari oportere, quod possessor exegit à debitorib. hereditariis, vel quod redegit ex venditione rerum hereditariarum, licet hæc numquam fuerint in hereditate, sive in bonis defuncti, vel etiam sibi dari oportere quod ipse possessor debuit defuncto, *ut l. 13. §. ult. & l. 14. 15. & 16. in princip. & §. 1. D. de petit. hered.* Sic igitur qui petit hereditatem, agit & in rem, & in personam. Igitur petitio hereditatis mixta est actio, & ratione personalis actionis, quæ ei juncta est, non tollitur præscriptione longi temporis. Personalis enim actio non tollitur longi temporis præscriptione, *l. 5. inf. quib. non obiic. longi temp. præsc. l. pen. inf. in quib. cau-* C *sis cessat longi temp. præscr.* id est, non tollitur præscriptione decem aut viginti annorum: hodie tamen tollitur actio personalis præscriptione tricennii ex Constitutione Theodosii. Olim actio personalis erat perpetua in provinciis, & hæc lex pertinet ad provincias. Petitio igitur hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, quam solum noverant antiqui ante Theodosium: neque enim noverant præscriptionem tricennii: & ideo nusquam ejus habetur mentio nisi post Theodosium. Ratio est, quia hæc personalis actio est, & personalis actio illa præscriptione non tollitur: Accursius, & alii interpretes ridicule hanc rationem Imperatorum putant indigere adminiculo, & tacite reprehendunt quasi minus idoneam: & ideo addunt aliam rationem, quia inquiunt, petitio hereditatis datur ad- D versus eum, qui nullo titulo possidet, ut adversus eum, qui pro possessore possidet: hic sane nullo titulo possidet, & adversus eum, qui pro herede possidet, hunc etiam ajunt titulum non habere, & ideo non posse uti præscriptione longi temporis, *l. 4. inf. de præscript. longi temp.* quia præscriptio sine titulo non currit: verum tantum abest ut ratio Imperatorum egeat isto adminiculo, ut omnino reiici debeat hoc adminiculum, quia falsum est quod statuunt: Petitionem hereditatis dari adversus eum, qui nullo titulo possidet: hoc quidem verum est, si agatur adversus eum, qui pro possessore possidet: falsum est, si adversus eum, qui pro herede possidet, ut si sit heres scriptus testamento, hic possidet justo titulo, & bona fide, quod forte nescit ruptum, vel quod putat utile, cum sit inutile: Nam & E is justum titulum habet, & bonam fidem, quia dolo caret, & putat se revera esse heredem, nec est prædo, *l. sed & si lege, §. scire, D. eod.* Qui possidet ex testamento, justo titulo possidet, & tamen tenetur petitione hereditatis. Et quod ait *d. l. 4. de præscript. long. temp.* male explicatur: ait, *diutina possessio*, id est possessio longi temporis *tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad præscriptionem hac sola ratione non potest*. Jure successionis, id est, si is, qui possidet, dicat tantum se esse heredem, ei possessio longi temporis nihil prodest ad exceptionem, ad præscriptionem si possideat sine justo titulo, id est, neque sit cognatus, nec scriptus, nec conjux. Igitur is possidet *jure successionis*, hoc est prætextu successionis, obten-

tu

tu successionis sine justo titulo, qui neque est cognatus, neque scriptus, nec conjux ei. Is, qui ita possidet, non acquirit sibi possessionem, & præscriptionem longi temporis. At qui est scriptus, possidet ex justo titulo, & hic acquirit præscriptionem longi temporis, sed hæc præscripto non tollet petitionem hereditatis competentem legitimo heredi ab intestato, quasi testamento nullo, aut rupto, quia petitio hereditatis non tantum est realis, sed personalis etiam, & personæ immistio eam perpetuam facit. Specialis autem in rem actio tollitur præscriptione longi temporis, vel usucapione, ut ait hæc lex 7. ubi est usucapio frustra pervenitur ad præscriptionem longi temporis, *l. 2. infra in quibus caus. ces. long. tempor. præscript.* Et ex eo constat, hanc legem pertinere ad provincias, quia differentiam facit inter usucapionem, & præscriptionem: illa pertinet ad res mancipi, hæc ad res nec mancipi. Igitur vindicatio specialis si res sit mancipi, tollitur per usucapionem, & si res sit nec mancipi, per præscriptionem longi temporis. Actiones, vel in rem sunt, vel in personam: in rem tolluntur præscriptione longi temporis, in personam non tolluntur nisi post tricennium ex Constitutione Theodosii. Ejusdem generis sunt actiones mixtæ, quia ea pars accipitur, quæ æternam actionem facit: quia igitur mixta est, id est, tam in rem, quam in personam, ideo & perpetua est, sicut actio in personam. Nobis enim debet hoc esse curæ, ne temere intereant actiones, & producantur quanto longius fieri poterit. Atque ita mixtæ actiones obtentu personalis actionis producuntur ultra longum tempus, sive sunt perpetuæ, & hodie tricennales. Sed quod ait hæc constitutio, petitionem hereditatis non tolli præscriptione longi temporis, ei obstat quod dicitur de querela inofficiosi testamenti, eam tolli quinquennio, *l. si quis filium, sup. de inoffic. testam.* Est autem querela inofficiosi testamenti petitio hereditatis, ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione quinquennii. Respondendum, hic non agi de illa petitione hereditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti: hæc enim propriam naturam habet, & ideo datur ei proprius titulus in his libris. Deinde petitio hereditatis de inofficioso est rescissoria, quia rescindit testamentum justum ut inofficiosum, hoc colore, quasi testator non fuerit sanæ mentis, & ita patremfamilias intestatum facit, quia est rescissoria, ideo coarctatus breviori tempore: sed petitio hereditatis, de qua hic agitur non est rescissoria, & est perpetua. Obstat etiam huic sententiæ *l. 1. §. 1. D. ad Senatusc. Tertyllian.* ex Senatusconsulto Tertylliano filius succedit matri ab intestato, licet matri non sit agnatus, sed cognatus, & præfertur agnatis matris: in hoc S. C. hæc additur clausula, *ut transacta, finita, judicata, rata maneant*: & finita Jurisconsultus interpretatur longo silentio sopita, id est, longo tempore: Unde consequenter dicemus filio petenti hereditatem maternam obstare longum tempus: neque oportet interpretari, ut Accursius, longum, id est, longissimum. Nam præterquam quod longissimi temporis præscriptionem non noverant Jurisconsulti, quia eam introduxit Theodosius, etiam verbum eam expositionem non admittit: neque tamen aliter se expedit ex illo loco, quem opponit *l. licet, inf. de jure delib.* quæ ostendit petitionem hereditatis non extingui longo tempore. Sed breviter respondendum, eam clausulam SC. Tertylliani referri ad præteritum tempus, ad jus præteritum, quod obtinuit ante SC. Tertyllianum, quo jure filius non præferebatur agnatis matris, & significatur ea clausula, ut si eam hereditatem agnati ante SC. possederint longo tempore, non possit etiam filius nunc ex SC. hereditatem ab eis petere: sed non pertinet ea clausula ad futurum tempus: Nam post Senatusconsultum poterat ab agnatis filius hereditatem petere, quam post SC. possederant longo tempore. Obstat & *l. ult. in fin. inf. de edict. div. Adriani toll.* Cum de hereditate agitur, duæ sunt lites, una de possessione, altera de proprietate, id est, jure hereditario, & ideo dum contenditur de hereditate, dilata quæstione hereditatis de proprietate, primum ponitur aliquis ex iis, qui disceptant de hereditate, in possessione, sive mittitur in possessionem: prima enim disceptatio est de possessione: & ob id ex edicto divi Adriani, si quis sit scriptus heres, is mittitur in possessionem, si modo proferat testamentum legitime formatum, id est, non cancellatum, etiamsi dicatur testamentum falsum ab adversariu, salva tamen eorum disceptatione, id est, salva petitione hereditatis, quæ est lis prinripalis, & secundaria tamen. Mittebatur autem ex edicto Adriani heres scriptus in possessionem, si intra annum id postulabat, post annum id non poterat postulare, *d. l. ult. Paulus 3. Sentent. tit. 5.* Hodie ex Constitutione Justiniani mittitur heres scriptus in possessionem, non ex edicto Adriani, & ea missio est perpetua. Primum ait Justinianus, mitti scriptum in possessionem etiam post annum, etiam si diu siluerit. Et si quis forte existat, qui dicat potiora jura se habere possessionis, summatim esse cognoscendum de jure illius, & collocandam apud eum possessionem hereditatis litigiosæ: Sed peti potest hæc missio perpetuo ab herede scripto: verum addit hanc exceptionem, nisi tantum temporis effluxerit, quod rerum quarumdam possessori paret dominium, vel ejus, qui mittitur omnem intentionem excludat, id est, nisi tantum temporis effluxerit, quod pariat usucapionem, vel præscriptionem: tunc enim sero postulatur missio in possessionem. Nam si vel ex una parte, id est, ex parte possessoris, vel ex parte heredis scripti, qui postulat se mitti in possessionem rerum hereditarium, vel ex utraque parte occurrat temporis prolixitas, sopita est non tantum missio in possessionem, sed etiam principalis quæstio, id est, petitio hereditatis. Denique temporis prolixitate finitur petitio hereditatis, id est principalis quæstio: Ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione longi temporis: collectio pessima est, quia lex hoc non dicit, loquitur de temporis competentis prolixitate, puta 30. annorum, quæ si occurrat, dicam missionem in possessionem, & petitionem hereditatis extingui. Non loquitur ergo lex de longi temporis prolixitate.

De lege octava dictum est supra ad legem sextam.

Ad L. IX. Si scripti heredes *delatam sibi successionem cognati tui repudiaverint, & hanc honorario, vel civili jure quæsisti: res hereditarias, quæ in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.*

SI scriptus repudiaverit hereditatem, vocatur legitimus, *l. quamdiu, D. de acquir. hered.* & petit hereditatem. In eam petitionem hereditatis venient res hereditariæ, quæ in eadem causa durant, id est, quæ non desierunt esse hereditariæ. Quid enim si sint amissæ sine culpa possessoris? earum ratio non habebitur in petitione hereditatis, maxime si bonæ fidei possessor fuerit, etiam si perierint post litem contestatam, *l. illud, D. eod. tit.* Quid si quædam res sint venditæ à bonæ fidei possessore, qui non sit factus locupletior ex pretio, & postea sint usucaptæ ab emptore? hæ desierunt esse hereditariæ, ideo non veniunt in petitionem hereditatis. Hereditas non tantum deminutionem, sed & augmentum recipit, *l. item veniunt §. item non solum, D. eod.*

In lege sexta exposita est lex decima supra.

Ad L. XI. Cogi possessores *ab eo, qui expetit, titulum suæ possessionis dicere incivile est: præter eum scilicet, qui dicere cogitat, utrum pro possessore, an pro herede possideat.*

POnitur & in hac lege differentia inter petitionem hereditatis, & specialem in rem actionem. Prior ejus

ejus pars est de speciali in rem actione: Posterior de petitione hereditatis. Com agitur speciali in rem actione, possessor non cogitur dicere, vel docere titulum suæ possessionis, id est, ioterrogatus cur possideat, non eogitur respoodere, nec ostendere instrumentum auctoritatis, sed probatio dominii ab eo exigitur, qui rem viodicat: hic debet edicere, & docere titulum sui juris & dominii, quod vindicat, & hoc non probante possessor absolvitur. Est hæc eadem lex in Cod. Theod. posita sub titulo *de fide test. & instrumentor. l. penult.* & additur illa ratio, quod intentaoti vindicationis judicium, non suscipienti, imposita sit probationis necessitas. Atque ita in *tit. de probationibus*, eadem sententia extat *l.2. inf.* ut possessori, a quo vindicatur res, non incubat necessitas probandi rem ad se pertinere, sed actore deficiente in probatione, ut rea apud eum remaneat, *d. l. 2.* & videtur potissimum hæc lex data ad antiquandsm legem 1. *Cod. Theodos. de fid. Testium & instrumentorum*: ubi proponitur hanc esse regulam juris antiqui, ut probet qui rem vindicat, non is unde petitur, *l.2. inf. de probat. hunc esse morem judiciorum*, Gallice *le stile.* Sed discedit ea lex t. nonnihil ab antiqua juris regula. Nam initio quidem vult secundum regulam juris, ut probet actor unde res ad ipsum pertineat, sed eo actore deficiente probationibus, vult contra jus vetus, ut tune imponatur possessori necessitas probandi unde possideat, & quo jure teneat rem, quod modo aboletur hac constitutione quasi injustum & præposterum: nam unusquisque de suo jure agere debet, non de alieno, *l. uti frui, D. si usufruct. petat.* Nam si is, qui agit nullo jure nitatur, & is, cum quo agitur nullum jus habeat, non ideo tamen debet vincere qui egit, sed potius debet viocere reus eo jure, quod in pari causa potior est possessor. Proinde sic dicet reus: res hæc tua non est, concedo etiam meam non esse, quia tamen eam possideo, potior in hac lite esse debeo. Unusquisque enim, qui agit, debet sibi parare victoriam ex suo jure, *ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ Theophil. in §. æque, Instit. de actionib.* si non paraveris tibi victoriam ex tuo jure, cedas eam necesse est possessori, etiamsi nullum jus habeat possessor, nec ullam causam possessionis suæ adferat, quam & adferre non cogitur, sed tu, qui agis, quo jure nitaris allegare debes, & probare: & hæc eum agitur speciali in rem actione: Cum autem agitur petitione hereditatis, cogitur possessor dicere, utrum pro berede, an pro possessore possideat. Cur ita? ut proinde sciatur an adversus eum agi possit petitione hereditatis, an velit litigare de hereditate: nam si forte nolit litigare de hereditate, actor mutabit actionem, & aget speciali in rem actione. Mutari potest actio semel edita, ante litem tamen contestatam secundum sententiam *leg. edita, supra, de edendo*: quæ differentiam facit inter editionem & contestationem, adhibita *l.1. sup. de litis contest.* Editur enim prius actio: quæ quidem editio declarat speciem, genus, nomen actionis, idque exigitur omnino, ut sciatur an jure, an plus petat, ut alio jure quam debeat: quam edendarum actionum rationem attulerunt Imperatores Diocletianus & Maximinus in Cod. Gregoriano *tit. de calumniatorib.* Post eam editionem actionis, tibi licet eam emendare & permutare alia actione electa, puta omissa petitionis actione, & edita denuo speciali in rem actione. Editionem sequitur contestatio: editio declarat tantum speciem litis futuræ, *d. l. edita.* Contestatio litem judiciumque constituit: ante contestationem est controversia, non lis; sed & post litis contestationem ex causa admittitur mutatio actionis, *l.4. §. ult. D. de noxal. actionib.* & plerisque interpretibus, ut Placentino videtur, generaliter hodie etiam licere mutare actionem post litis contestationem: & probari videtur jure canonico *cap. examinata, de judic.* Sed *dicta l.* non admittit mutationem actionis nisi ante litis cnntestationem. Igitur qui putat adversarium possidere pro heredo, aut pro possessore, si velit mutare actionem, recte eum interrogabit, utrum pro herede, vel pro possessore possideat, ut si negaverit, id est, si dixerit se alio titulo possidere, non expresso titulo, vel si dixerit se nolle litigare de hereditate, mutet petitor petitionem hereditatis in vindicationem rerum singularum, & ait hæc lex: *dicere cogitur utrum pro possessore, an pro herede possideat*, illud *an* peperit multas contentiones inter Bulgarum, Placentinum, & alios quosdam: quæ Azoni & omnibus interpretibus risum commoverunt, pro quibus hoc reponendum censeo. Significat duas quæst. proponi adversario hoc modo, an possides pro herede, an possides pro possessore? Nam hæ tantum duæ positiones petitori hereditatis pariunt adversarium, speciali in rem actioni quælibet possessio. Igitur ut sciam qua actione experiri debeam, debes mihi explicare, velisne litigare de hereditate, vel non. De hereditate litigat qui pro herede, vel pro possessore possidet, id est, sine titulo: nam litigat de eo, quod intendit actor, cum nullum alium titulum dferat: intendit actor de hereditate: ergo de hereditate litigat possessor: hæc est ratio differentiæ. Sed quod diximus cum agitur speciali in rem actione possessorem non cogi dicere vel docere titulum suæ possessionis, ei vulgo opponitur *lex civile, inf. de furt. & serv. corrup.* quæ ait, civile esse ut quis dicat, ut reus dicat a quo rem emerit, quam habet, unde rem habeat: videtur hoc pugnare valde eum hac *l.* & maxime cum illa dicat esse civile, hæc incivile. Species *legis civile* hæc est. Res quædam mihi furto subrepta est, tu eam possides, & fateris te possidere, ego te mihi eam furto abstulisse contendo, tu dicis te emisse, & jure eam acquisisse: ego desidero ut mihi exhibeas venditorem, tu dicis te non posse exhibere quod emeris a transeunte quodam & ignoto, hæc exceptio sive causatio non est idonea. Non convenit, inquit, dicere te emisse a transeunte vel ignoto si velis evitare alienam bono viro suspicionem. Quid igitur? Debes exhibere venditorem & dicere a quo habueris, aut incides in suspicionem furti quasi concepti & inventi apud te. Cogitur ergo reus titulum possessionis suæ dicere, unde eam rem habeat. Et idem omnino legitur in *Consuetudinibus Neapolitanis lib.3. tit.54.* Sed rem totam rectius explicant Græci, quam Latini ad eam *l. Civile* lib.60. *Basil. tit.6.* Ita explicat Thalæleus: Si, inquit, si quæst. de dominio oudo, non cogitur possessor dicere unde possideat: si sit quæstio de furto, conventus actione furti cogitur dicere unde possideat, quo nihil dici elegantius potest. Nam in vindicationibus hoc tantum dicemus neminem cogi dicere titulum possessionis suæ: in actionibus autem in personam ejusmodi interrogationes admittuntur sæpe, ut rogante adversario, vel rogante judice, ne scilicet actor incidat in periculum plus petitionis, ut si quis velit agere in personam in unum ex heredibus, quia ex duodecim tabulis heredes actione in personam non tenentur in solidum singuli, sed pro portionibus hereditariis tantum. Ideo ne plus petat actor, potest interrogare in judicio, non ante judicium: Nam sublatæ sunt interrogatoriæ actiones, quæ præcedebant judicium: potest inquam is, qui acturus est in personam interrogare, an sit heres, & quota ex parte sit heres, ut pro ea parte eum conveniat in personam, & plenius nonnunquam potest interrogare permittente judice, an ex testamento sit heres, ergo de titulo, *l. 2. & l.5. & l.9. §. pen. de interrogat. in jur. fac. & interrog. action.* Sed in vindicationibus non ita. In rei vindicatione qui possidet, non cogitur dicere pro qua parte ejus res sit, & multo minus titulum. Nam hoc est munus petitoris, non possessoris, *l. in speciali 73. D. de rei vindic.* ut petitor doceat quem titulum ipse habeat, & pro qua parte contendat se esse dominum. Nihil tale exigitur a possessore. Quin etiam non cogitur adversario respondere an possideat: nam quod ait *l. qui petitorio 36. D. de rei vindicat.* actorem debere requi-

rere,

rere, utrum reus possideat, an dolo desierit possidere, ne frustra experiatur; hoc non est eum debere interrogare reum, sed debere prius indagare & inquirere an reus possideat rem, quoniam si rem dicat se non possidere, non cogitur pati rei vindicationem, *l. ult. D. de rei vindic.* Igitur actor id debet apud se explorare, non ab adversario requirere, sed fateor officio judicis incumbere ut eum interroget, an possideat rem, de qua agitur, non qua ex causa possideat: nam neque judici ipsi cogitur dicere titulum suæ possessionis, *l. officium 9. D. de rei vindic.* sed interrogari potest officio judicis an possideat, ne sit inane judicium, & etiam pro qua parte possideat: utrum rem totam, an pro parte: idque hac ratione ut sciatur in quam partem sit actor mittendus in possessionem: nam si dicat se rem non possidere, in eam continuo, aut in possessionem ejus mittitur actor, licet eam suam esse non probaverit: quia res non defenditur. Ergo licet revera eam reus possideat, qui dicit eam se non possidere, etiamsi eam non probaverit, mittitur in possessionem, *d. l. ult. D. de rei vindic.* vel etiam dicat se tantum partem tertiam possidere, in reliquam partem, quæ non defenditur, mittitur actor in possessionem, *l. qui servum 20. §. ult. D. de interrog. in jur. fac.* Idque procedit ut ibi demonstratur in cautione damni infecti. Quoties desidero à vicino cautionem damni infecti, potest interrogare eum judex pro qua parte prædium vicinum possideat, quoniam ad eam partem, quam possidet, stipulatio damni infecti accommodatur, etsi id pro ea parte non caveat damni infecti, actor mittitur in possessionem ejus partis, ideo propter missionem in possessionem officio judicis convenit rogare possessorem, pro qua parte possideat. Præterea ei, quod diximus in actione speciali in rem, possessorem non cogi dicere titulum suæ possessionis, opponitur *lex sive possidetis, inf. de probat.* Duæ sunt partes hujus legis: Prior congruit superiori, posterior quodammodo repugnat. In priori parte ponitur, filios emancipatos possidere pro donato res donatas à patre: eas res heredes patris exteros vindicare: lex ait, actoribus facti probationem incumbere, non possessoribus, quod etiam nos statuimus, sed in posteriori parte ponitur exteros possidere res donatas à defuncto pro donato, heredes eas petere, speciali ergo vindicatione, non petitione hereditatis: Possessores, inquit, ut intentionem actoris non constitisse demonstrent: unde possideant docere compelluntur: ergo is, cum quo agitur vindicatione, cogitur dicere unde possideat, id est titulum suæ possessionis. Vulgo interpretes dicunt, ideo possessorem cogi dicere titulum suæ possessionis, quod præsumptio faciat pro actore, & ideo in ea l. tractant de præsumptionibus: inepte, cum tamen nihil sit in ea, quod præsumptionem faciat pro actore: Nam etsi sint filii defuncti, qui agant, hoc solum non potest inducere præsumptionem idoneam, sed est aliud quiddam, quod magis urget. Fateor equidem si sit evidens ratio pro actore possessorem cogi dicere quo titulo possideat, *l. Quintus 51. D. de donat. int. vir. & uxor. l. etiam 6. inf. eod. tit. de donat.* Si quid uxor possideat quod non habuerit ante contractum matrimonium, id præsumitur esse ex bonis mariti, & mutuo marito ab heredibus mariti vindicari potest quasi donatum uxori, si mutaverit voluntatem, si morte non fuerit confirmata donatio, quia quicquid habet uxor id præsumitur esse mariti nisi probet unde habeat: quæ est definitio vetus Quinti Mutii: & ita Plautus in Casina: *Nam peculi probam nihil habere addecet clam viro.* Qua de causa etiam *l. Quintus* ait, ita præsumendum esse evitandæ suspicionis turpis gratia. Igitur vindicatur recte quod habet uxor nisi probet unde habeat, quia præsumptio legitima facit pro actore: verum nihil est tale in *l. sive possidetis, inf. de probat.* in qua heres, qui egit vindicatione, probavit rem fuisse defuncti, & se here-

A dem esse: quid restat nisi ut vindicet, si non contra possessor probaverit rem sibi a defuncto fuisse donatam, vel alio titulo acquisitam? Idem erit si quis rem emerit & acceperit ex causa venditionis, & amissa possessione eam vindicet probato dominio & instrumento auctoritatis prolato sive emptionis: Nam hic etiam vincet, nisi adversarius probet se usucepisse, vel nisi opponat præscriptionem longi temporis, & eam probet. Tunc necessario debet proferre titulum suæ possessionis. Igitur possessor non cogitur ab adversario dicere statim unde possideat, sed post impletam probationem ab auctore rei, necessitas cogit eum probare causam suæ possessionis, nisi velit rem amittere, *l. si quidem, inf. de exception.* Atque ita ad *l. sive possidetis 16. de probat.* Græci adji-

B ciunt *μετὰ τὴν τῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν*. Possessorem probare titulum suum post probationem actoris. Ita in *l. emptor, de præscript. long. temp. inf.* Postquam impleverit actor probationem suæ intentionis, tunc debet reus adhibere probationem justæ possessionis, & omnino legem *sive possidetis* Græci explicant in hanc sententiam. Ei, qui agit vindicatione incumbit onus probandi; is autem, cum quo agitur, post impletam probationem actoris, si ex alia causa se esse dominum dicat, cogitur docere, qua ex causa sit dominus: rectissime: sed non cogitur hoc dicere, nihil pro se probante actore: & hoc est quod Bartolus ad illam leg. ait, possessorem non compelli ad utilitatem actoris dicere suum titulum, cum scilicet actor pro se nihil profert, sed ad utilitatem suam, & ad excludendum

C actorem. Et sic etiam in vindicationibus servitutum observatur. Est duplex vindicatio, confessoria & negatoria. Qui agit confessoria, utique docere debet de suo jure, veluti de legato, aut donatione, *l. 10. si quis diut. D. si serv. vind.* Is etiam, qui agit negatoria, de quo dubitari poterat, cogitur docere de suo jure. Finge eum sic agere: jus tibi non est eundi agendi: hoc debet probare; nam hæc negatio pro affirmatione est. Nam qui hoc dicit, jus mihi est prohibendi, ne eas, agas invito me: vel hoc dicit, prædium meum liberum est: & hoc jus, quod intendit debet probare, & eo impleto, tum necessitas rei compellit reum probare servitutem, id est, iter sive actum, alioqui causa cadet: sed non ante cogitur reus probare de jure suo, quam actor suam intentionem impleverit, nisi in casu, *l. si*

D *priusquam 15. D. de novi operis nuntiat.* Cum reus initio rem non defendit, cum latitavit. Finge: Egi adversus te, jus tibi non esse eundi agendi, & tu rem non defendisti, latitasti: ob rem non defensam hæc tibi infligitur pœna, ut cogat judex te cavere non iturum, vel acturum te, priusquam probaveris jus tibi esse eundi agendi, id est, antequam suscipias partes petitoris, & egeris confessoria: commutabitur persona rei in personam actoris: Et tu, qui modo eras reus, quia rem non defendisti, suscipies personam actoris, & vindicabis, si velis eo uti, & si adversarius tuus pro sua parte nullam probationem fecerit, hæc est pœna latitantis: Alioqui ordo legitimus hic est, ut probet prius actor, qui vindicat, deinde reus, ut contra probet se potiorem titulum habere, aut cedat

E actori: & eadem ratio est in *leg. ult. inf. de censibus, & censitor.* quam tamen Græci adferunt pro exceptione ad hanc legem contra meum judicium: non est enim exceptio: colligunt ex ea l. eum, qui prædium accipit à peræquatore (peræquator est, qui prædia deserta aliis adjudicat ne census fisco depereat, cum nullus est, qui possideat, & qui etiam inspicit, an pro possessionum modo, & ratione sint prædiis, & possessionibus impositi census, ideo dicitur inspector) Igitur apud eum, qui prædium à peræquatore accipit, quod erat desertum, manet firma possessio si constiterit, id est, probaverit se à peræquatore accepisse. Ergo, inquiunt, qui accipit à peræquatore, debet probare unde possideat: male colligunt. Nam fin-

gendum est; dominum prius agere, qui deseruerat prædium, & id vindicare adversus eum, qui accepit prædium à peræquatore, quod non deseruerat (quod derelinquitur amittitur, non quod deseritur) & exigimus à domino probationem dominii, & completa probatione dominii, cum possessor intellexerit eum habere causam agendi, tum ipse possessor contra probabit se à peræquatore accepisse, & potiorem esse causam possessoris, *d. l. ult.*

Ad L. ult. Cum hereditatis petitioni *locus fuerat*, *exceptio assumebatur, quæ tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei præjudicium: Magnitudo etenim, & auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multæ varietates, & controversiæ veterum exortæ sunt, eas certo fine concludentes, sancimus: si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere: alius autem superveniens vel ex deposito, vel commodato, vel legato, vel fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare, vel reum, vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium: si quidem pro legato, vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditæ quæstionis esse: cum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte & exigi vel legatum, vel fideicommissum sub ea cautela, vel satisdatione pro qualitate personarum. Quod si non obtinuerit ejus jura, restituet legatarius, vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesima parte concurrentibus, vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis, & utilibus deductis: vel si ipse maluerit litem quidem contestari: expectare autem hereditatis petitionis eventum: hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competet; cum legitimis augmentis legatario, vel fideicommissario accedat.*

Ad §. Sin autem ex contractibus *defuncti agatur contra possessorem hereditatis, vel ejus rei, de qua agitur: si quidem res sunt vel depositæ, vel commodatæ, vel pignori datæ, vel aliæ quæ extant: non differri sub prætextu hereditatis petitionis memoratum judicium: quemadmodum si pro fœnerata pecunia, vel alia personali actione agatur contra possessorem, vel petitorem, non debet judicium differri, sed exitum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis judicium finem accipiat: tunc inter petitorem hereditatis, & possessorem rationibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quæ rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfacit. Quod si petitor victus fuerit: simili modo à possessore judicis officio ei satisfiat, vel (si hoc fuerit prætermissum) negotiorum gestorum, vel ex legis condictione. Sin autem libertates vel à possessore, vel à petitore fideicommissariæ petantur, vel directæ ipso jure dicantur competere: annale tantummodo spatium expectetur à morte testatoris numerandum. Et si quidem hereditatis petitionis judicium intra id spatium terminum accipiat, secundum eventum judicii, & libertates vel effectum habeant, vel evanescant. Sin autem tempus annale emanaverit: tunc libertatis favore, & humanitatis intuitu competant quidem directæ libertates: ex fideicommissariis autem in libertatem servi eripiantur: ita tamen, si non falsum testamentum approbetur: sub ea scilicet conditione, ut si actores sint, vel aliis ratiociniis suppositi, etiam postquam perveniant in libertatem necessitas eis imponatur res hereditarias, & rationes reddere: jure patronatus videlicet competente ei, qui ex legibus ad id possit vocari: illo (ne in posterum dubitetur) observando, ut & ipsa hereditatis petitio omnimodo bonæ fidei judiciis connumeretur.*

CEntumviri judicabant de hereditatum petitionibus quacunque ex causa intenderentur, sive ex causa inofficiosi testamenti, sive ex causa testamenti veri, & justi, sive falsi, aut injusti, *l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. D. de inoffic. testam.* Paulus *lib. 5. sententiar. tit. 16.* & ita centumviralia judicia sunt judicia de peti-

A tione hereditatis: quæ quidem tanti sunt momenti, & auctoritatis, ut nullum eis præjudicium fieri possit quodam alio præmaturo judicio, *l. 5. in fin. D. de petit. hered.* id est, ut huic judicio centumvirali non possit alio judicio inferiori injici præsumptio ulla, sive præjudicatio, quod moveat deinde cognituros centumviros de hereditate. Et ideo si quis post motam controversiam de hereditate ante litem contestatam properet agere minoribus judiciis, quæ tamen pendeant ex causa hereditatis, repelletur hac exceptione, quod præjudicium hereditati non fiat, si modo, ut hic significat, quæstio minoris judicii venire videatur in petitionem hereditatis, *l. sed & si lege 25. §. item si rem distraxit bonæ fidei, D. de petit. heredit.* & ita mota controversia de hereditate inter me & filium, si velim agere cum coheredibus meis familiæ erciscundæ, repello exceptione præjudiciali, ne fiat præjudicium futuro judicio de hereditate, *l. 1. D. famil. erciscun.* eadem ratione summovebor si agam interdicto de tabulis proferendis, *l. ult. D. de tabul. exhibend.* vel etiam si agam liberali judicio, cum forte testamento sum liber, & heres scriptus, *l. 7. D. de petit. heredit.* Et eadem ratione si is, qui compromisit cum defuncto de re aliqua electo arbitro faciat controversiam hereditatis, ne præjudicium fiat hereditati, arbiter inhibetur sententiam dicere, *l. non distinguemus 32. §. si is faciat, de recept. arbit. qui arbitr. recep.* Et similiter si quis in heredem agat in personam, & roget heredem an sit heres, vel quota ex parte sit heres, ac patiatur heres ab alio controversiam hereditatis, heres non cogitur ei respondere; cogitur forte pati actionem in personam, etiamsi ei fiat controversia hereditatis ab alio quodam, sed non cogitur respondere, an sit heres, ne vel negando præjudicet sibi in futuro judicio centumvirali, vel dicendo se esse heredem obligetur ex sua confessione, etiam ablata sibi hereditate centumvirali judicio, *l. 6. §. ult. D. de interrogat. in jur. faciend.* Eadem *lex 7. D. de petit. heredit.* docet differri, & sustineri cætera judicia, etiam quæ moventur post litem de hereditate contestatam: ergo auctoritas centumviralis judicii hæc est, ut sive ex eo sit lis contestata, sive mota controversia, cæteras actiones, cæteraque judicia inhibeat, & sustineat quoad de hereditate pronuntiatum sit, ut major quæstio trahat minorem, non contra minor majorem. Atque ita, ut propter centumvirale judicium, sustineantur alia judicia non tantum si dictentur, sive moveantur ante litem de hereditate contestatam, post controversiam tamen motam; sed etsi dictentur post litem de hereditate contestatam, *l. 7. D. de petit. hered.* Et ideo recte ante Haloandrum in omnibus codicibus ita legebatur, in hac *l. ult. in princ. versic. cumque multæ, Si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere speras*, id est, sive sit litis contestata, sive controversia tantum mota: Nam utroque casu videbantur differenda esse alia judicia propter centumvirale judicium: & omnino ita habetur in Basilicis, & in Theodoro interprete Basilicῶν, ἐάν τις ὑπεδέξατο ἤδη, ἢ ἐλπίζει ὑπάγεσθαι αὐτῇ, id est, *si quis susceperit jam, vel speret suscepturum*; & iisdem verbis fere in *l. 3. §. si legatarius, D. si cui plus quam per leg. Falcid. licuerit legat. esse dic.* Si legatarius, inquit, petat legatum ab herede, quæ species hic tractatur, ab herede, inquam, qui *controversiam hereditatis*, id est, litem, *patitur jam, vel speras*, & hoc loco, *si susceperit, vel suscepturum se sperat*. Nec obstat *l. si post litem 13. D. de except.* quam hic adfert Accursius, quæ ait post contestatam litem de hereditate, verbi gratia cum Titio, posse agi cum aliis speciali in rem actione, & non obstare exceptionem præjudicialem, quod præjudicium hereditati non fiat; quia, inquit, hæc exceptio comparata est futuri judicii causa, id est, non dum contestati, non causa judicii jam facti, id est: jam contestati: Sic enim judicium jam factum pro contestato accipitur *in l. à quo 5. D. de rei vindic.* Videtur ergo post litem contestatam cessa-

re

re exceptio præjudicialis, & non differri alias actiones propter hereditatis petitionem contestatam. Ita res explicanda est: ante litem contestatam agi non potest aliis minoribus actionibus, ne scilicet minor quæstio præponatur majori, contra *l. per minorem* 54. *D. judic.* Ante litem contestatam de hereditate si agas speciali in rem quasi heres, obstabit exceptio, quod præjudicium futuræ liti de hereditate non fiat, ne minor quæstio trahere majorem, cum potius trahi debeat a majore. Quare præcedente majori quæstione recte sequitur minor, ita tamen, ut ea agatur citra modum exceptionis præjudicialis, ut in *l. bonæ fidei possessor* 40. *D. de petit. hered.* Non etiam ut de ea pronuntietur: nam in ea pronuntiari non potest, antequam pronuntiatum sit de hereditate, ut explicat *l. 7. D. eod. tit.* Intentari quidem post majorem potest, sed non finiri quoad finita sit major quæstio, *d. l.* 17. & hac ratione etiam post litem de hereditate contestatam differtur cæterarum litium definitio, quæ pendeat ex causa hereditatis, etiamsi earum exercitio non differatur. At hæc dicuntur de actionibus minoribus, quibus experiri volunt, qui contendunt de hereditate, puta possessor hereditatis, vel petitor hereditatis. Dubitatum autem fuit olim, an idem esset existimandum de actionibus, quæ competunt aliis adversus eos, qui se heredes esse dicunt, veluti, quæ competunt legatariis, aut fideicommissariis, vel servis, quibus relictæ sunt libertates. An lis de hereditate, quæ est inter duos his suum persequentibus moram adferre posset? ipsi quidem ex causa hereditatis pendentes actiones, qui scilicet de hereditate certant, non debent ante exequi, aut peragere, quam decisa fuerit quæstio hereditatis; sed qui adversus hereditatem actiones habent, & adversus heredes, an etiam debent expectare finem petitionis hereditatis, ut sciatur quis sit verus heres? Non: nam hoc esset fraudi plerumque. Quapropter crediroribus primum hereditariis permittitur hac constitutione, quæ clarius rem controversam inter veteres definivit, ut suum persequantur vel à possessore, vel à petitore hereditatis: eligent quem volent: uterque enim dicit se heredem esse, suum itaque petent vel ab hoc, vel ab illo, sed quod possessor præstiterit, & solverit creditobus hereditariis, id victus petitori imputabit, aut compensabit, sicut diximus *l. 4. supra*, & contra petitor, qui conventus est a creditoribus hereditariis, quod solverit, id victus consequetur officio judicis; vel si judex admonitus hoc prætermiserit in sententia definitiva, id est, hujus rei rationem non habuerit in condemnatione, id consequetur actione negotiorum gestorum, videlicet si hereditario nomine solvit; quoniam etiamsi sibi negotium se gerere existimavit, tamen re ipsa id gessit possessori, qui pronuntiatus est verus heres, & revera eum liberavit: nam solvit hereditario nomine, igitur re ipsa ejus negotium gessit eumque liberavit: Et ob id, quod solvit consequetur negotiorum gestorum actione, vel condictione ex lege, puta si suo nomine solvit: quo casu verum heredem non liberavit ipso jure, atque ita ejus negotia re ipsa non gessit: unde dicitur non posse dari negotiorum gestorum actionem eo casu; quæ fuit sententia Azonis, ut refert Accursius in *l. 5. D. de negot. gest. in gloss.* Et ideo cum suo nomine solvit, licet tentari possit esse utilem negotiorum gestorum, quia verum heredem, etsi non ipso jure, per exceptionem tamen liberavit, *l. si quid possessor*, *D. de petit. hered.* Tutius est tamen dubitationis tollendæ causa experiri condictione ex hac lege, & ea actione, quod solutum est repetere. Igitur satis consulitur ei, qui solverit creditori hereditario pendente lite, aut controversia etiam si vincatur, sed creditor hereditarius eligit quem volet, *l. hac autem*, *§. 1. D. si cui plus qu. per leg. Falc. lic. leg. esse dicet.* Testamento Titius est heres scriptus: duo sunt Titii ejusdem nominis amici testatoris: singuli dicunt se esse heredes ex testamento, certant de hereditate apud centumviros: interim quid facient creditores? creditoribus hereditariis vel legatariis competit actio, vel in petitorem, vel in possessorem, quod tamen non ita admittitur in causa fisci: nam si duo sunt privati homines, qui vindicent hereditatem, creditor hereditarius eliget ex his quem volet. Sed si privatus vindicet hereditatem, & fiscus, interim inhibendæ sunt actiones creditorum, ne publicæ causæ, id est, fiscali causæ præjudicetur, hoc est privilegium fisco concessum ex Senatusconsulto, *l. apud*, *D. de jur. fisc.* & recte Accursius hic, speciale esse in fisco, scilicet ex Senatusconsultis, non ne præjudicetur hereditati, sed ne præjudicetur causæ publicæ: Hæc de actionibus, quæ competunt creditoribus hereditariis. Idem omnino statuendum est de actionibus, quæ competunt legatariis, & fideicommissariis. Hæ etiam pendente controversia aut lite hereditatis non inhibentur: nam legata, & fideicommissa peti possunt ab herede scripto, vel etiam à legitimo, si etiam ab intestato relicta fuerint, ut si testamento fuerit apposita clausula codicillaris, quæ est hujusmodi: *Quod jure testamenti non valet, jure codicillorum valeat*, per quam legata debentur etiam ab intestato, igitur peret legara aut fideicommissa à scripto aut legitimo, sed necesse erit eos præstare cautionem, evicta hereditate legata aut fideicommissa reddi, *l. quod si possessor*, *D. de pet. hered. l. 6. eod. tit. l. 9. de legat. inf.* At hæc cautio plenius explicatur his verbis (quæ male sunt divulsa à superiori clausula) *sub ea cautela vel satisdatione pro qualitate personarum, quod si non obtinuerit ejus jura, &c. Quod si non obtinuerit*: hæc est cautela. Ergo qui pendente lite aut controversia hereditatis petit legata aut fideicommissa, debet præstare cautelam aut satisdationem; cautionem, id est, repromissionem, nudam scilicet, si sit locuples; satisdationem dato fidejussore, si non sit locuples: Ergo aut debet cavere, aut satisdare pro qualitate personæ. Locupletes non satisdant, id est, qui possident immobilia, *l. sciendum*, *D. qui satisd. cogant.* Cavere igitur debent evicta hereditate se pecuniam legatam reddituros cum usuris quadrantibus, vel se reddituros agrum legatum cum fructibus, vel domum legatam cum pensionibus, quæ sunt vice fructuum, deductis tamen expensis necessariis, & utilibus, si quas interim fecerit circa prædium, quod putabat ex legati causa ad se pertinere. Cavet inquam se restituturum agrum cum fructibus, quos percepit, non etiam quos percipere potuit, & debuit, cum in ea re bona fide sit versatus. Igitur ita plenissime cavet, se evicta hereditate ab herede scripto, atque ita legaro pronuntiato inutili per consequentiam, redditurum rem legatam cum omni sua causa. Interim ergo legatarius exigit legatum ab herede oblata illa cautione, vel etiam si hoc malit non exigit legata, id est, non extorquet, sed contestatur tantum litem, legati nomine, ne scilicet oneretur munere cautionis, nec cogatur cavere. Igitur qui non vult accipere legatum ne cogatur quærere fidejussorem, sed contentus est contestatione litis ex causa legati, eo si contentus sit, exonerabitur onere satisdationis. Et præterea si forte pronuntietur pro testamento, ex tempore litis contestationis debebuntur usuræ, & fructus, & accessiones cæteræ legatorum, & fideicommissorum, ut constat ex *tit. de usur. & fruct. leg.* & ita in legatarii arbitrio est, ut vel exigat legatum oblata satisdatione vel cautione, vel ut litem tantum contestetur, & expectet finem judicii centumviralis. Quid fiet in libertatibus servorum, si libertates sint testamento relictæ servis, vel directo vel per fideicommissum, an pendente lite præstandæ sunt? an competant? Competunt directæ libertates ipso jure, præstantur, & deberi dicuntur fideicommissariæ, *l. 36. §. ult. D. ad leg. Falc.* Competunt, inquam, libertates directæ: cum tamen legata, licet sint directa, non dicantur competere, sed præstari, *l. si fun-*

dum 87. §. si tu ex parte, D. ad leg. Falcid. An igitur cum est controversia de hereditate, & unus se dicit heredem ex testamento, in quo relictæ sunt libertates, alter se heredem ab intestato dicit, & testamentum esse ruptum, vel injustum, vel irritum, an possunt ex testamento interim servis competere libertates? vel an persequi eas possunt ex causa fideicommissi? Respondeo, non idem esse statuendum in libertatibus: creditores quidem statim suum repetunt, etiam pendente lite hereditatis: legatarii & fideicommissarii itidem etiam pendente lite statim petunt legata & fideicommissa: sed libertates statim non competunt, nec statim præstantur, verum inhibendæ sunt ad annum, & si intra annum finiatur centumvirale judicium, satis apparebit num competant libertates ex eventu judicii, sed si forte intra annum non finiatur lis hereditatis, definit ut post annum competant libertates. Primum videamus rationem differentiæ, cur legata præstantur statim, non autem libertates? quia legatorum repetitio est facilis, si postea appareat exitu judicii centumviralis fuisse indebita, & eo nomine interponitur cautio legata reddi. Sed libertatum, quæ servis competierunt, repetitio est in difficili, imo nulla est repetitio, etiamsi appareat datas esse indebite, & *tarde concedendum est, quod datum non adimeretur*, Tacit. *lib.* 13. Igitur melius est, ut libertates sustineantur ad annum, sed post annum vult Justinianus hac Constitutione, ut libertates directæ competant, ut etiam fideicommissariæ ipso jure competant: nec enim possunt eas præstare qui litigant de hereditate: rogatus quidem est heres præstare: sed nondum constat, quis sit heres, igitur neuter præstabit. Lex tamen hæc repræsentat libertates ipso jure, his quibus relictæ sunt per fideicommissum, post annum scilicet. Græci exponunt eos liberos fieri *αὐτομάτως*, etiam eos, quibus fideicommissaria, non directa libertas relicta est: & fiunt liberi, salvo jure patronatus ei, cui competere debuisset: directo manumissus patronum non habet, quia est libertus Orcinus & Charonianus, ut Theophilus ait; sed cui fideicommissaria libertas relicta est, patronum habet heredem scriptum, à quo est relicta libertas, etiamsi eam ipse non præstiterit, si lex eam repræsentaverit; vel patronum habet legitimum heredem, si ab intestato relicta sit fideicommissaria libertas, & is vicerit judicio centumvirali. Igitur repræsentatur etiam fideicommissaria libertas, sed conservatur jus patronatus ei, qui eam libertatem non repræsentatam præstare debuisset ex voluntate defuncti. Adjicit tamen, eos liberos ita demum fieri post annum, si modo post libertatem rationes reddant, cum scilicet fuerunt servi dispensatores, actores, calendario præpositi, & alii similes, qui sunt obnoxii reddendis rationibus. Regulariter quidem servus post libertatem non tenetur ex ante gesto, ut heic ait Accursius, ne rationum quidem nomine, sed secus erit si libertati dandæ adjiciatur hic modus, ut rationes reddat post libertatem, hæc const. hanc legem injicit, sicut libertati. Et ad hæc declarat Justinianus, etiam ita demum velle se, ut libertas competat post annum, si modo testamentum falsum non probetur: nihil refert probetur ruptum, an injustum, aut imperfectum, an irritum: testamentum enim ruptum, vel irritum, testamentum est. Sed si probetur falsum, non videntur facti liberi ex testamento, quod non est testamentum. Igitur ex eo testamento, quod falsum appareat non defendunt ipsi libertatem. Puto etiam hac constitutione non contineri causam testamenti inofficiosi, quia hoc tit. non comprehenditur illa petitio hereditatis de inofficioso, quæ est rescissoria testamenti. Hic tit. est de petitione hereditatis, quæ non est rescissoria. Igitur in causa inofficiosi testam. dicimus pendente lite libertates non competere, nec esse præstandas, nisi post quinquennium, *l. Papinianus, §. ult. & seq. D. de inoffic. testam.* Sed in aliis causis hereditatis dicemus post annum libertates competere excepta causa falsi: nec enim ipso jure videntur facti liberi: & longe alia est ratio ut huic objectioni respondeam *ex l. cum ex falso, D. de manum. testam. & l. pen. D. de jur. patron. & l. 2. de fideicommis. libert. inf.* cum heres præstitit libertates ex falso testamento non revocatur libertas, etsi falsum testamentum postea dicatur, quia præstita est, sed præstatur pretium libertatis & capitis. Sic non censetur esse præstita à lege libertas: nam lex declarat ita demum se repræsentare libertatem, si modo non probetur falsum testamentum. Postrema dubitatio de petitione hereditatis erat, utrum petitio hereditatis esset stricti juris, an bonæ fidei? Ne amplius dubitetur, definit Justinianus esse bonæ fidei. Sed cum quæritur, cur actio hæc sit bonæ fidei (quod idem quæri potest de omnibus bonæ fidei actionibus?) respondendum est, quia lex eam bonæ fidei effecit, & hoc totam legem, vel morem efficere: ut hæc lex petitionem hereditatis bonæ fidei effecit, quæ tamen antea non erat bonæ fidei, quia nulla lex, aut mos eam bonæ fidei effecerat ante Justinianum, aut de eo dubitabatur maxime: qua de causa in *l. utiles, & l. ult. D. de petit. hered.* exigitur ut petitioni hereditatis opponatur exceptio doli, quæ tamen si certo esset, bonæ fidei non opponeretur, quoniam exceptio doli inest actioni bonæ fidei: at in aliis locis, ut in *l. plane, eod. tit.* dicitur, non desiderari exceptionem doli mali in petitione hereditatis, quod scilicet habenda sit pro bonæ fidei actione: & ita actio ex stipulatu pro dote olim erat stricti juris. Cur hodie est bonæ fidei? quia hoc effectum est Justin. constitutione, *§. fuerat, Inst. de act.* quod ergo actio sit bonæ fidei, aut stricta pendet ex dispositione legis.



JACOBI CUJACII J.C.

AD LIB. IV. CODICIS

Tit. I. DE REB. CRED. ET JUREJUR.

RECITATIONES SOLEMNES, seu Commentarii. Anno 1561.

Ad L. I. Causa jurejurando *ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato & præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur. PP. 15. Kalend. Jul. Antonino A. IV. & Balbino Conss.* 223.

Ad L. II. Jurisjurandi contempta *religio satis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis, vel majestatis crimen secundum constituta divorum parentum meorum, & si per principis venerationem, quodam calore fuerit pejeratum, inferri non placet. PP. 6. Kal. Aprilis, Maximo. II. & Æliano Conss.*

TITULUS est de rebus creditis, & de jurejurando: at omnes hujus tituli leges pertinent ad jusjurandum, nullæ ad res creditas. Quæres quis hic sit error, aut quæ erroris causa, vel excusatio, quod expediam facile. In edicto perpetuo unus fuit titulus de rebus creditis & jurejurando, sub quo specialiter prætor edixit de actione si certum petatur, quæ datur ex variis contractibus: ac de commodato etiam & de pignore nonnihil, *l. 1. de reb. credit.* & de speciali condictione, quæ nascitur ex mutuo, & de jurejurando. Atque ita à Paulo 2. sent. tit. 1. proponitur titulus de reb. creditis, & jurejur. ita etiam à Just. hoc loco. Sed Justinianus posteriorem partem propter dignitatem primo loco tractat: priorem secundo: non est idem ordo in Pandectis. Videtur Justinianus de ordine titulorum non multum fuisse sollicitus, neque id nos curabimus. Rursus quæres, de quo genere jurisjurandi

hic

hic tractet, an de legitimo? minime, & cum legitimi multa sint genera, id quale quale sit, semper est necessarium: & voluntario adversatur. Livius *lib.22.* loquens de sacra milit. ait, ex voluntario ad legitimum revocavit. An hic titulus est de jurejurando judiciali, quod litis æstimandæ gratia datur, qui Græcis est ἔνδικος? minime. De eo extat titulus *de in litem jurando*. An vero de voluntario jurejurando, quo obligationes constringuntur, quo controversiæ extrajudiciales dirimuntur? ne de hoc quidem. An vero de eo, quo quis obtestatur heredem suum, ut det, vel faciat aliquid, hoc modo: *Per Deum rogo te, ut hoc vel illud facias, ut l. cum pater filius, D. de legat. 2. l.2. inf. comm. de leg. l.3. D. de jure fisci, §. 1. Instit. de fideicomm. hered.* minime. An de eo, quod de testamento imponitur, videlicet cum quid relinquitur sub jurisjurandi conditione? neque id. Hic ergo titulus est de eo jurejurando, quod dirimendarum litium causa datur, cujus definitio est ex Clemente Alexandrino 7. στρωματέων. *Jusjurandum*, ait, *est certa definitio* (volo addi, litis) *quæ fit cum obtestatione divina*. Placet quod definitionem dicit esse certam, ut si quis profiteatur per nomen Dei sibi deberi, vel se non debere: Stichum promissum decessisse: certa est definitio: si se putare, certa non est. Et ideo reo dicenti se liberatum, quod putet decessisse Stichum, delato jurejurando non cogitur jurare, quia etiam si juraret, rem non terminaret: præterea debet quisque liquido jurare, ut *l.* 18. Eo sensu, quo dixit Demosthenes 2. in Aphobum, σαφῶς ὀμνύειν: qua de re ergo non liquet, nemo cogitur jurare. Quod ait Clemens (*cum obtestatione divina*) sumpsit ex Aristotele ad Alexandrum. Hoc proprie est jusjurandum. Aliud est, quod idem Clemens vocat, quasi jusjurandum, ut cum juratur per nomen Principis, vel per majestatem Imperatoriam, quo etiam modo Christianos jurasse Vegetius auctor est *lib. 2. de re mil.* qui etiam rite jurabant per salutem Cæsaris, non etiam per genium. Tertullianus in Apologetico: & ex No. Leonis de Tabulariis, Tabularii jurant per Deum, & per salutem Imperatoris. Utrumque idem potest: nam qui jurat per salutem principum, vel per salutem suam, Deum salutis auctorem appellare videtur, *l. qui per salutem, de jurejur.* At postea Carolus Magnus primus eo modo jurare vetuit. De eo jurejurando est *l. si duo, §. ult. D. de jurejur.* De eodem est accipienda l. 2. hujus tituli, non de eo, quod per principis salutem. Sequitur Divisio. Jusjurandum, quod litem finit, aut est voluntarium, aut necessarium, aut judiciale: quod indicat titulus D. quid sit unumquodque non æque constat inter omnes. Græci volunt: accipiunt pro eo, quod defertur in jure. Necessarium, pro eo, quod refertur; ita Græcos accipere constat ex græca quadam constitutione περὶ ὅρκου ἐπάκτου, quod valde probo. Nam is, cui defertur jusjurandum in judicio, nonnisi volens jurat: ideoque id jusjurandum venire dicitur ex conventione, *l. qui jurasse, §. ult. l. sed etsi servus, l.ult. D. de jurejur.* Is, cui defertur jusjurandum, si nolit jurare, potest referre: & is, cui refertur, necessario jurare cogitur, nec ullo modo eam conditionem recusare potest, *l. pen. §. sed juramento, h. t.* Non probo quod interpretes ajunt voluntarium id esse, quod extra judicium à parte ex conventione defertur: Necessarium, quod à judice datur: nam de jurejurando tractamus, quod litem terminat, *l. 1. ff. eod. l. pen. h. t.* Quod extra judicium defertur, litem non terminat, quia nondum lis est. Ergo de eo hic titulus non est. Lis est ut primum in jus, vel in judicium ventum est: antequam in judicium veniatur, controversia est, non lis. At jusjurandum, quod defertur extra judicium mutuo consensu lites non dirimit, sed iras terminat, ut cum qui tibi injuriam fecit, jurat nolle se ea esse dicta, aut facta, quæ dixit, fecitve: vel etiam alias controversias; ut si sit inter duos controversia de pecunia credita, si quis lite nondum mota juret se non debere: De eo genere jurisjurandi fit tantum mentio *ff. eod. l.* 17. in principio. Quod ajunt necessarium id esse, quod defertur à judice, quæso si ita est, quale erit judiciale? Id nempe, ajunt, quod adversarius adversario defert in judicio. Solus ergo lucis judiciale jusjurandum faciet. Rectius Theodorus lib.13. tit.18. judiciale esse ait, quod ex auctoritate, & sententia judicis defertur, invitis etiam partibus. Id fit dupliciter: Nam vel judex statuit ut reus juret, & postea ex jurejurando præstito, vel relato, vel remisso, vel recusato, sententiam fert, *l.12. infr. l.31. 34. D. eod.* vel in ipsa sententia definitiva jusjurandum imponit. At quomodo? An solum præcipiens jurari? Minime. Nam hæc sententia nullius esset momenti, *l. 11. inf. de sent. & interlocut.* sed ita: Lucium Titium solvere, aut jurare jubeo. Simplex jusjurandum non imponit necessitatem, sicut in noxalibus actionibus, *solvere, aut noxæ dedere*. Idem Theodorus eodem loco, necessarium jusjurandum ait esse, quod deferente adversario ex sententia judicis datur. Quod fit duobus modis: aut enim fit judice approbante delationem ante sententiam definitivam, vel in ipsa sententia, *d. l.* 11. Verum id mihi non probatur. Nam quod defertur ab adversario in judicio, aut ex consensu fit utriusque partis, aut unius. Quod ex consensu utriusque, id est voluntarium, non necessarium: quod ex una parte, id etiam non est necessarium. Idem etiam voluntarii eandem definitionem cum Doctoribus male tradit. Porro hæc divisio jurisjurandi non est inutilis. Nam si quæratur, an possit referri: dicam voluntarium, & necessarium posse referri, judiciale, non item: si quæratur, an possit recusari: dicam voluntarium, & judiciale posse recusari ex justa causa, necessarium non item, *l. pen. inf.* Postremo si quæratur, an lis jurejurando finita, prætextu perjurii possit retractari: dicam judiciali jurejurando decisam posse: voluntario, aut necessario non posse, *l. admonendi, D. de jurejurando*. Cujus duæ sunt partes. Prima est de jurejurando judiciali, quod plerumque judex in ambiguis defert reo, & jurantem absolvit. Post jusjurandum, & sententiam ei consentaneam licet condemnato causam retractare, si dicat se invenisse nova instrumenta, quibus usurus est, non veteribus. Igitur lis decisa jurejurando judiciali retractari potest novis instrumentis repertis. Neque obstat quod dicitur sub prætextu novorum instrumentorum lites finitas non restitui, *l. Imperatores, D. de re judic. & l. 4. inf. eod.* Nam id intellige de litibus finitis cognitione judicis, non de iis, quæ inopia probationum exacto jurejurando finitæ sunt. Ex probationum copia emergente retractabuntur. Secunda pars est de jurejurando voluntario, vel necessario, quod defertur, vel refertur in judicio, & merito à Theodoro arguitur *Stephanus, & alii, qui eam partem acceperunt tantum de eo jurejurando, quod mutuo consensu extra judicium defertur. Nam quæstio est de jurejurando, quod in judicio defertur ab adversario, & hoc etiam genere jurisjurandi lis finita nullo prætextu potest retractari, etiam novis instrumentis repertis, quia hoc genus jurisjurandi, quod deferunt adversarii, transactionem imitatur, *l. 2. l. tutor. §. 1. D. de jurejur. l. quod si deferente, D. de dol.* id est, transegisse videtur de suo jure, qui rem commisit religioni conscientiæ adversarii. Itaque de eo experiri rursus non potest, etiamsi perjurii adversarius arguatur, vel potius hoc jusjurandum, sive verum, sive falsum, pro satisfactione est. Et hoc est, quod lex 1. ait, *utriusque partis*, id est, ipsorum litigatorum, ut *l. 1. D. eod.* Addit exceptionem, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*. Quæ verba Tribonianus adjecit propter legem ultimam hujus tit. quæ non erant in Codice Theodos. ut *l. dudum, infra, de contrah. empt.* adjecit hæc verba, *nisi lex specialiter, &c.* quæ non erant in Codic. Theodos. ea tamen adjicit Tribonianus propter le-

gem t.

gem 1. *non lic. habit. lib. 11. tit. 55. Lex dudum*, generaliter tollit jus *προτιμήσεως*, *d. l. 1. non licet habit.* id conservat inter vicanos .i. si vicanus quid vendiderit, convicanus emptori extraneo præfertur. Sententia legis ultimæ hujus tituli hæc est: Legatarius egit ex testamento legati nomine adversus heredem, & cum non appareret testamentum, herede deferente, juravit legatarius legatum sibi relictum, & ita heres solvit: postea apparente testamento, apparuit legatum non deberi, & legatarium pejerasse. Quæritur an non stetur jurijurando, an vero legatum repeti possit. Justinianus dat heredi repetitionem, sive condictionem: niti vero videtur hac ratione, ne ex perjurio lucrum ei accedat. Quæ ratio manat latissime, & eam si sequamur, nulla erit causa jurejurando decisa, B quæ prætextu illo non retractetur perjurio quæsiti auferendi causa, quod est falsum. Itaque propria quædam ratio est in illa specie. An vero hæc est ratio, quam Accursius tradidit? quia ea lis ex testamento pendebat, & transacta est jurejurando, quod transactioni comparatur, quod fieri non potuit nisi testamento inspecto, *l. 6. de transact.* quæ generaliter ait, non posse transigi de controversiis, quæ ex testamento pendent, nisi inspecto testamento. Verum hæc ratio mihi non probatur; & dico falsam esse sententiam *d. l. 6.* Dico transactiones bona fide factas de controversiis pendentibus, ex testamento prolato, quod tum non fuerat inspectum non rescindi. Cur non licebit transigere de legato etiam non inspecto? *l. Lucius, §. ult. ff. ad Trebell.* C *l. sub prætextu, sup. de transaction.* Dico insuper Tribonianum male eam legem posuisse sub titulo *de transaction.* cum ea lex pertineat ad titulum *quemadmodum testamenta aperiantur*, quod primus animadvertit Æmilius Ferretus. Idque constat ex l. 1. cujus sententia est: Prætor pollicetur se testamentorum inspiciendorum copiam facturum postulantibus. Ratio edicti est: Controversiæ testamentorum transigi, & dirimi non possunt sine judice: judex autem non potest exquirere veritatem, nisi inspectis tabulis testamenti. Ut ergo dirimantur controversiæ testamentariæ, testamentorum inspiciendorum copiam fieri oportet. Ubi *transigendi* verbum significat non conventionem, sed judicationem: judex dum judicat, lites transigit. Male igitur à Tribon. posita D est lex illa sub *tit. de transaction.* alia igitur est ratio legis ultimæ, quia non videtur delatum in ea specie jusjurandum transigendi causa, sed coacte, non apparente testamento. Ideoque testamento emergente, omnia ex integro resolvi oportet, sicut cum judex probationum inopia jusjurandum detulit, id copia probationum postea infirmabit. Sic definio: cujus rei inopia me, vel judicem coegit ad jusjurandum deferendum, suppeditata copia me juri meo restituet. Adjicitur *d. l. ult.* Si legatarius deferente herede juraverit solidum legatum sibi deberi, & reperto testamento postea apparuerit solidum legatum non deberi propter Falcidiam, eandem repetitionem dari heredi totius legati: tum vero competit condictio incerti, ratione possessionis, ut scilicet heres E per retentionem legati sibi servet Falcidiam, qua ratione & occupato legato, heredi datur interdictum quod legatorum. Nec obstat legi ultimæ *l. si legatarius, D. de dolo*, quæ lex dat heredi actionem de dolo, non condictionem; si est de dolo, nulla alia est actio, quia de dolo est subsidiaria. Dico *l. si legatarius* loqui de legatario, non qui juravit herede deferente in judicio, sed qui ultro juravit, & ita persuasit heredi, sibi deberi legatum, & Falcidiam locum non habere. Hic legatarius tenetur, de dolo, quia non tam suo errore heres, quam fallacia legatarii deceptus legatum solvit. Ille autem de quo in lege ultima, non tenetur de dolo, cum heres delato jurejurando, suo errore in captionem inciderit, & solve-

A rit. Qua ex causa habet paratam condictionem indebiti, quæ erranti datur. Sequitur tantum hæc quæstio, sive retractetur lis, seu non, ratione perjurii, an perjurus coerceri potest criminaliter, quod & quæri potest de quolibet jurejurando, etiamsi non pertineat ad lites, an coerceatur, qui id violavit. L. 2. differentiam ponit inter eum, qui pejeravit per Deum, & eum, qui per principem, vel principis venerationem. Nulla pene est differentia inter eum, qui jurat per Deum, & eum, qui per salutem principis: Nam & hic videtur jurasse per Deum, ex quo pendet principis salus. At differentia est inter eum, qui pejerat per Deum, & qui per genium Principis, nomen, venerationem, vel principem. Si quis pejeravit per Deum, Deus solus vindex est, nec ulla pœna ordinaria, vel extraordi- B naria constituta est adversus eum. Et hoc dicitur in prima legis parte, quod & Basilius in Canonibus scribit: si per principem quis pejerit, fustibus castigatus dimittitur, *l. si duo, §. ult. D. de jurejur.* Et ut ea lex ait, ei superdicitur, *προπετῶς μὴ ὄμνυε*, id est, *temere ne jurato*. Id vero superdicitur per præconem interea dum fustibus cæditur, *l. fustibus, C. ex quib. caus. infam.* Ubi legendum, *cui à præcone dictum*, id est, superdictum. Spartianus in Severo: *Hunc*, inquit, *sub præconis elogio cecidit fustibus*. Sic Lampridius in Alexandro; *Eum necari jussit præcone dicente*, *&c.* Sic Zonaras dicit in Valentin. de muliere quadam. Præconis vox, legis vox est, *Novella 69. τοῦ νόμου φωνή*. At quod dixi ex *l. si duo*, eum, qui pejeravit per principem puniri, obstat hæc lex secunda, quæ hoc videtur sta- C tuere in 2. parte, ne puniatur: dicendum igitur est utramque esse de eo, qui pejeravit inconsulto. Nam *l. si duo* ait, *προπετῶς*, altera cum calore: utrumque significat inconsulto. Prima itaque Accursii distinctio non est vera. Altera magis placet, quæ ait eum, qui juravit inconsulto per principem, non teneri lege Julia Majest. nec de vita esse periculum. Sic *l. 2. & l. 2. infr. ad leg. Juliam Majestat.* fustibus tamen eum admoneri temeritatis, & imprudentiæ salva existimatione: Nam perjurii causa ante novissimas constitutiones non infamabat, ut patet ex *tit. de caus. ex quib. infam.* Nam qui non sunt comprehensi dicto titulo, non sunt infames. Et ita qui pejerat per principem, castigatur; qui per Deum, non item, quod notavit Tertullian. in Apologet. *Maiore formidine Cæsa-* D *rem colitis, quam Deum*. Sunt tamen qui existimant, cum etiam, qui pejerat per Deum jure nostro extra ordinem puniri, quod ut persuadeant, inquiunt: perjuros Censores notabant, quod fateor: verum hoc est Censorium, non legitimum. Eos etiam notabant, qui paulo indecentius oscitassent, eos, qui strigosum, & macilentum equum habuissent, quæ tamen notæ non infamabant. Postea sublata Censoria severitate, Magistratus, inquiunt, quorum de criminibus cognitio est, cœperunt punire perjuria extra ordinem. Hoc nego: Nam Magistratus sine lege nullam pœnam infligere potest. Pœna est à lege: & ideo à pœna non appellatur. Nulla autem fuit lex, quæ perjurium puniendum statuerit. Non potuit ergo Magistratus perjurium punire. At probant esse pœnam ex- E traordinariam ex *l. quod si deferente, & seq. de dolo*. Si reus deferente actore juraverit, & absolutus fuerit, & postea perjurii arguatur, an tenebitur de dolo? Minime. Stari oportet jurijurando seu vero, seu falso, ut rei judicatæ statur, seu æquæ, seu iniquæ. Jusjurandum delatum est pro satisfactione, id est, qui juravit ex adversarii delatione, ei videtur satisfecisse, sed, inquit, sufficit perjurii pœna. Quædam ergo est pœna perjurii; Respondeo: Est quædam humana pœna, si per principem sit pejeratum: At si per Deum, non est, nisi pœna divina, ut recte Acc. ibi, & ita Horatius: *ulla si juris tibi pejerati pœna*. Iidem adferunt *l. in duobus, §. ult. ff. de jurejur.* Si utraque pars juraverit delata jurisjurandi conditione; lex ait, posterius jusjur.

præ-

prævalere, nec tamen præjudicium fieri alterius perjurio, id est, non ideo præjudicari criminali judicio de perjurio. Et inde statuunt, de perjurio agi posse criminaliter, etiamsi per Deum sit pejeratum, sed male, ut indicat species proposita. Finge: Actor reo deferente juravit sibi deberi, deinde reus deferente actore juravit se non debere. Hoc casu agenti actori ex priore jurejur. obstabit exceptio posterioris jurisjur. quod reus præstitit; non obstabit exceptio doli, ne quæratur perjurio actoris, *l. adver. D. de doli except.* neque per actionem doli, neque per exceptionem de perjurio quæri potest, *d. l. quod si defer.* Igitur, non quæretur quis pejeraverit, sed quis posterior juraverit, nec ideo, quod valeat posterius jusjur. prius dicemus falsum, nec ideo id elidemus exceptione doli. Et est, quod ajunt, etiamsi potior sit causa posterioris jurisjur. non ideo præjudicari perjurio alterius, id est, non ideo alter videtur perjurus, aut perjurii insimulari. Postremo id probat ex *l. ult. ff. de crim. stellionat.* Si debitor instrumento juraverit sua esse pignora, quæ dat, ex perjurio fit stellionatus crimen, & ideo ad tempus exulare jubetur. Ergo est perjurii quædam. Sic respondeo, sicut in *l. si legat. 23. D. de dolo*, ex perjurio fit dolus, qui etiam fieret ex qualibet callida persuasione: similiter ex perjurio fit stellionatus, qui etiam fieret sine perjurio, si quis sciens rem alienam, quasi suam ignoranti creditori daret pignori, *l. 2. inf. de crim. stellion.* Itaque pœna, quæ constituitur in ea *l. ult.* est stellionatus, non perjurii. Nam etiamsi absit perjurium, eadem pœna locum habet, *l. pen. §. pen. ff. de crim. stellion.* Sic & in Novella 124. Accursius male putat, perjurio pœnam præscribi: Nam ea Novella quasdam pœnas statuit in eum, qui falso juravit initio litis, se nihil cuiquam dedisse, aut promisisse, nisi patronis. Hoc jusjur. est legitimum. Qui pejerant, tenentur pœnis ea Nov. comprehensis, id est, si convincantur dedisse quid, aut promisisse: sed non tam ob perjurium tenentur, quam ob corruptelam. Itaque ea pœna non est perjurii, sed corruptelæ. Ait autem in dicta *l. ult. de crim. stellion.* Si debitor instrumento juraverit: idem dicendum est, & quidem multo magis si corporaliter juraverit; jusjur. autem præstatur instrumento, aut corporaliter, tactis sacris, *l. 1. sup. si adv. ven. & l. 3. inf. si min. se major.* Et inde Theodorus libro 9. c. 7. dixit, σωματικὸν ὅρκον, id est, *corporale juramentum*. Itaque non jurant clerici, sed scripto, id est, instrumento comprehenditur eos jurasse. Summa disputationis hæc erit. Perjurii Deum solum esse vindicem, nisi per principem pejeratum sit. Non inficior, novissimis constitutionibus certis casibus perjurio pœnam constitutam, ut Arcadii & Honorii, *l. si quis major, sup. de transact.* Si quis pacta, vel transactiones jurejurando confirmarit, & fidem non servarit, hic ex ea constitutione fit infamis ipso jure; & præterea re simul & pœna, de qua conventum est, plectitur, cum tamen alias non soleat, nisi alterutrum præstare. At ob perjurium hic & rem amittit, & pœnam infert conventionalem. Item ex constitutione Zenonis, id est, *l. pen. inf. de dignitat. libro* 12. viri illustres, quibus hoc datur pro privilegio, ne damnetur inconsulto principe ex causa criminali, si tamen non pareant in causa criminali cautioni juratoriæ, judicio sisti, cui committuntur, quasi infames ea dignitate spoliantur, & condemnantur inconsulto principe. Hæc est pœna perjurii quædam. Item ex Constitutione Græca, quæ desideratur in titulo de custod. reorum, quilibet alius, qui non paret juratoriæ cautioni, jus suum amittit. Juratoria cautio eo loco speciali nomine dicitur ἐξωμοσία, cum tamen aliis auctoribus verbum illud ἐξωμοσία sit ejuratio fori, aut judicis. *Ulpianus in Demosthenem. Harpocration, Harmenop. tit. 2. lib. 1. ex Novella* 117. Tribunus militum, vel chartularius militia exauctoratur, si mulieri de marito suo inquirenti falso juraverit eum decessisse. Et hæc est etiam pœna. Postremo ex Novella Leonis, & Constant. cujus Harmenop. tradit *libro 1. tit. 7.* ei, qui ex judicis authoritate, vel ex voluntate adversarii delata conditione jurisjurandi pejeraverit, vel etiam testi perjuro est pœna, ut ei falsa lingua abscindatur.

Ad L. III. In bonæ fidei contract. *nec non etiam in cæteris causis inopia probationum, per judicem jurejur. causa cognita rei decidi oportet. PP. 10. Kal. Septemb. Maximo II. & Aquilino Consulib. 226.*

HÆc lex est de jurejurando judiciali. Et hoc ait tantum, eo jurejurando decidi litem inopia probationum: est hujus l. usus summus in foro: & in fine scribendum pro *oportet*, *potest*. De hoc juramento est etiam *lex pen. inf. l. 2. & l. admonendi, ff. de jurejuran. l. admonendi* ait, jusjurandum exigi in dubiis causis, id est, ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις: hæc *l. 3.* ait, *inopia probationum.* Species hæc sit. Is, qui petit certam pecuniam creditam, non probat numerationem, nititur tantum quibusdam argumentis exilibus, est tamen vir tota vita innocens, & probus omnium judicio. Contra reus, qui negat se pecuniam accepisse, est plenus fraudis, & perfidiarum, & sæpe convictus est mendacii: dicit autem reus, se absolvi debere actore non probante. Quid fiet? Sane judex motus probitate actoris, & perfidia rei, testata apud omnes, non absolvet reum, sed vel jurabit ipse judex sibi non liquere, ut apud Gellium *libro* 14. *cap.* 2. De quo genere jurisjur. est *l. Pomponius, D. de re jud. & l. 12. §. ult. de recept. arbit.* vel etiam, ut Bartolus vult, actori deferet jusjurandum, atque secundum actorem jurantem pronuntiabit. Itaque in ambiguis actore non probante reus non statim absolvitur: quoties autem omnia sunt paria, nihilque ambigui, quod judici injiciat dubitationem, actore non probante reus non statim temere absolvitur, sed vel damnatur actore jurante, vel etiam non aliter absolvitur, quam si ipse juraverit se non teneri, *l. admonendi*. Et in specie Novellæ 124. actore nil probante, reus non absolvitur, nisi juraverit se non teneri. Denique sic argumentor: Si deficiente omni probatione adversarius adversarium ad jusjurandum adigere potest delato jurejur. *l. tutor in princ. de jurejur. l. ultim. §. licentia, de jur. delib.* si hoc adversarius potest; cur non etiam poterit judex obscuritate causæ commotus? Plus dico: Si judex omni probatione deficiente ad extremum judiciale jusjurandum deferre potest, poterit etiam semiplena facta probatione, quæ modo scrupulum judici injiciat. Duo faciunt probationum genera interpretes, plenam, & semiplenam. Plena est, si rationes proferantur mensæ, si chirographa, si tabulæ, si testes idonei; semiplenam vocant, quæ nulla est, quæ nihil probat, ut argumenta, quæ judicii fidem non faciunt, sed eum ad suspicionem adducunt: Nam judicem ad suspicionem adducere, est probare argumentis tantum, *l. in lege Aquilia, D. ad leg. Aquil.* Hujusmodi est expensilatio, quæ quidem olim fidem faciebat, cum ab unoquoque patrefamilias diligenter rationes conficerentur. Ideo Gellius supradicto loco inter legitimas probationes refert expensilationem: hodie per se sola fidem non facit, *l. 5. inf. de probation.* Item comparatio scripturarum per se sola fidem non facit, *l. comparationes, infra, de fide instrument.* Idem dici potest de fuga, quæ tamen magnam dat suspicionem. Qui enim fugit, fere seipsum accusat, *Nov. 53. l. si in libert. D. de bon. libert.* An idem potest dici de uno teste? unus testis, nullus testis, id est, unus testis nihil probat. Q. Scævola dicebat, pessimi esse exempli unius testimonio credi. Valerius Maximus lib. 4. cap. 1. Finge: actor producit tantum unum testem, is nil probat: an igitur absolvetur reus? Sane videtur esse absolvendus ex *l. maritus, D. de quæstionibus*. Quidni? Ait ea lex, unius testimonio credendum non esse, & ob unius testimonium non esse habendam quæstionem, ne de servis quidem alienis: Itaque Accursius male eam legem adstrinxit ad servos proprios, ne torqueantur

in

in dominum. Species est: Maritus heres extitit uxori, & agit depositi cum aliquo, dicens uxorem pecuniam apud eum deposuisse; unum testem producit tantum, & postulat, ut quæstio habeatur de ancilla supplendæ probationis gratia, reus negat se accepisse pecuniam, dicit unius testimonio non esse credendum. Deinde non esse à quæstionibus incipiendum, nisi concurrant multa argumenta. Hæc res acta fuit apud procuratorem Cæsaris, qui vice præsidis judicabat: procurator jussit quæri de ancilla, quæ dicit pro actore, & secundum actorem pronuntiavit: jam concurrente duorum testimonio appellatum ad Imperatorem. Imperator pronuntiavit recte appellatum, & quæstionem illicite habitam, & unius testimonio non esse credendum. Sic dico, ob unius testis dictum judicem non deferre jusjurandum, non descendere ad quæstionem, nisi testis auctoritas, & probitas judici dubitationem injiciat: Nam sic argumentor: si sola auctoritas actoris jure movet judicem ad deferendum jusjurandum; multo magis actoris petitioni junctum testimonium unius hominis fidei notæ eum impellet ad deferendum jusjurandum actori: *Lex Theopompus*, quam Accursius adducit, *ff. de dote præleg.* nil ad hoc pertinet: Nam nec probat lex uni testi, nec ob unum testem moveri judicem ad deferendum jusjurandum. Species hæc est: Testator habebat duas filias & filium, filiam majorem jam collocaverat, filium & filias heredes scripsit ex æquo; & filiam nondum nuptam commendavit Polliano cuidam, ut scilicet is eam collocaret secundum animi sui sententiam, quam optime notam habebat, idque ex æquis, *ἐν ἴσοις*, ex quibus collocata fuerat soror. Deinde mortuo testatore hic Pollianus juratus, affirmavit eam mentem fuisse testatoris, ut eadem quantitas dotis nomine daretur etiam minori, quæ majori: Lex ait ita pronuntiandum esse à judice. An ita pronuntiat ob unius testis dictum? Minime. Res, quæ præcipue hanc sententiam movit est voluntas testatoris, qui dixit, ex æquis partibus se filiam suam velle collocari.

Ad L. IV. Si ad excludendam *tutelæ actionem pupillus jusjurandum tutori detulerit: postea eandem litem exercere non prohibetur. PP. Calendis Juliis, ipsis IV. & III. AA. Consulib.* 290.

IN hac l. dicemus de iis, qui jusjurandum deferre non possunt, conjuncta l. 7. hujus tituli. Lex 4. ait, *si ad*, &c. Accursius notat pro *detulerit*, alias legi *dederit*. Recte, ut sunt scripti omnes. Dare jusjurandum alias est præstare jusjurandum, *l. 5. §. dato*, *l. cum quis*, *§. codicillis*, *D. de leg.* 3. Hoc loco dare jusjurandum est deferre, & dictare jusjurandum. Seneca 7. declamat. *Jura*, inquit, *sed ego jusjurandum dabo*. Sententia autem hujus legis hæc est; pupillum non posse deferre jusiurandum sine tutoris auctoritate: ea delatione jurisiurandi nil agi, datoque etiam jureiurando nil agi, *l. 17. §. 1. & l. 1. §. 1. D. quar. rer. act. non dat.* Et ideo, si pupillus posteaquam reo detulit jusiurandum in judicio, rursus eodem judicio egerit: non obstabit ei exceptio jurisiurandi cum effectu, cum possit replicare, se non habuisse jus dandi jurisiurandi sine tutore: Idem quidam dicendum tradunt in pubere curatorem habente, quod non est illis concedendum temere, cum id nullo loco sit proditum, quin potius in contrarium uno loco generaliter traditur: Puberi, qui jusiurandum detulit necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo jure detulit, *l. nam postea*, *§. si minor*, *D. eod.* Et ne qua residеat dubitatio, animadvertendum est in specie *§. si minor*, Puberem, qui jusiurandum detulit, curatorem habuisse, argumento ex eo est, quod jusiurandum detulit pubes in lite, quæ nulla fuisset sine curatore. Præterea in ea specie puberem detulisse jusiurandum sine curatore, est argumento, quod ob id Pomponius senserit, ei cum

A effectu non obstare jurisjurandi exceptionem, quæ curatore interveniente certe obstaret. Verum Pomponii sententia non probatur, nisi pubes impetraverit restitutionem in integrum. Valuit ergo delatio jurisjurandi facta sine curatore: quod etiam ita confirmo. Jusjurandum pro solutione est: quod inferius probabimus. Cui solvi potest, is & jusjurandum deferre potest, quia jusjur. est pro solutione, *l. 20. & 21. D. eod.* At puberi solvi potest sine curatore, *l. ait Prætor*, *D. de minor.* Ergo pubes potest jusjurandum deferre sine curatore. At utroque casu ei subvenietur restitutione in integrum, si captus sit. Itaque in hoc proposito *l. 3. sup. de restitut. in integ.* quam illi proferunt, à quibus dissentimus, suis finibus circumscribenda est, ut scilicet non temere trahatur ad alias, quam alienationum causas, *l.* B *puberes*, *D. de verb.obligat.* ut dixi, fateor hoc, puberem nihil vendere jure sine curatore; cætera etiam eum non facere sine curatore, nego. Pupillus enim non obligatur sine tutore, pubes obligatur sine curatore, *d. l. puberes*. Mora non fit in personam pupilli sine auctoritate tutoris. Mora fit in personam puberis sine curatore. In hac lege 4. actum fuit tutelæ: qua actione non agitur nisi finita tutela. At tutela in specie hujus legis non fuit finita pubertate, alioqui valuisset delatio jurisjurandi facta à pubere, sed alio modo fuit finita, ut tutore dato ad tempus, aut ad conditionem, aut tutore remoto quasi suspecto. Species fit: tutore remoto quasi suspecto, pupillus accepto alio tutore cum eo egit tutelæ, & ei detulit jusjurandum sine auctoritate novi tutoris, is juravit se ex ratione tutelæ dare non oportere: lex C ait, pupillum non prohiberi eadem rursus actione adversus tutorem experiri: & si opponatur exceptio jurisjurandi, replicabit pupillus, & dicet se non habuisse jus rerum administrandarum, nec jurisjurandi deferendi: Plane si auctore tutore pupillus jusjurandum detulerit, certissimum est, ei ex integro agenti, cum effectu obstare exceptionem jurisjurandi. Verum poterit restitui in integrum adversus jusjurandum datum, licet tutor auctor fuerit, si captus doceatur, *l. 2. sup. si tut. vel curat.* Verum in hanc sententiam Accursius ita argumentatur *d. l. 17. de jurejur.* Jusjurandum vice solutionis est, *l. 27. & 28. §. 1. D. eod.* At adversus solutionem factam pupillo, auctoribus tutore, & judice, pupillo non datur restitutio in integrum: si solo tutore auctore, datur, *l. sancimus*, *inf. de administr. tut.* Ergo adversus jusju- D randum delatum à pupillo in judicio, tutore auctore, & judice approbante, ut solet, non dabitur restitutio in integrum. Valet argumentum. At propositio ita est accipienda: jurejurando debitorem æque liberari ac solutione: Nam jurejurando primum tollitur obligatio naturalis, *l. si quis jurasset*, *D. de condict. indeb. l. Stichum*, *§. naturalis*, *D. de solut.* Jurejurando etiam tollitur obligatio civilis ipso jure, quod Accurs. non animadvertit in d. l. 17. sed id indicat *l. nam postea*, *in principio*, *D. eod.* Dices, quorum ergo causa est comparata exceptio jurisjurandi, si ipso jure obligatio exstinguitur? sane non est opus, nisi cum ambigitur an juratum sit, ut eadem lex ostendit. Si de jurejurando constet, necessaria non est exceptio. Igitur jusjurandum perinde reum liberat ac solutio. Præterea is potest jusjuran- E dum deferre, cui & solui potest, *l. 17. §. pen. & l. 21.* Verum quod ad restitutionem in integrum attinet, facilius datur adversus jusjurandum, quam solutionem: ratione æquissima, ne reus bis eandem summam solvat, quod cogetur, si detur restitutio adversus solutionem. Ideoque non æque datur adversus solutionem: qui autem juravit, nihil solvit pupillo, quem diximus sine tutoris auctoritate non posse jusjurandum deferre: adjungamus alios, qui non possunt deferre jusjurandum sine curatore, ut prodigus, furiosus, mentecaptus, *l. tutor*, *D. eod. tit.* Quoniam seu accipias jusjurandum pro pacto, hæ personæ non possunt pacisci sine curatore. Ergo nec jusjurandum deferre, quod est pro pacto: seu accipias pro solutione, his non potest ab eis solvi sine

cura-

curatore : seu accipias jusjurandum pro judicio, id est, litis contestatione, ut *l.qui jurasse*, *§.ult. D. eod.* hæ personæ non possunt judicium accipere sine curatore, neque litem contestari. Item procurator, cui scilicet actio, vel defensio tantum mandata est, aut syndicus, non potest jusjurandum deferre, etiamsi de rato caveat, *l. 17. 18. 19. & 34. §.defensor*, *D. eod.* Nam hic procurator non potest pacisci, aut de lite transigere. Ergo nec jusjurandum deferre, quod dicitur venire ex pactione, *l. transactionis*, *sup. de transact. l.nam & nocere*, *D. de pact.* Quidam ut hoc probent, quod pro certo ponimus, adferunt *legem mandato*, *D. de procurator.* idque male. Nam ea lex non loquitur de procuratore, cui actio tantum mandata est, de quo nos hic, sed loquitur de eo, qui generale mandatum habet. Quid est generale mandatum? Est (quod illi non perceperunt) libera universorum domini seu bonorum, seu negotiorum, seu rerum administratio & procuratio. Id indicant duæ leges præcedentes *legem mandato*, quibus *l. mandato* applicatur; nec enim species mutatur. Hic vero procurator, qui generale habet mandatum, potest jusjurandum deferre, exigere, solvere, pacisci, alienare, & pignori obligare, si expediat, & novare obligationem. Hæc enim omnia continentur generali mandato. Verum in ea *l. mandato* quæritur, an generali mandato comprehendatur transactio, id est, an is, qui liberam habet administrationem negotiorum, possit de lita transigere. Lex ait, non posse, & transactionem decidendi causa factam generali mandato non contineri : quod est falsum. Nam & tutor, & administrator rerum civitatis, quibus comparatur procurator, qui habet liberam administrationem, possunt transigere, *l.præses*, *supra*, *de transact. l.interdum*, *§.qui tutelam*, *D.de furt.* Ergo & procurator, qui habet liberam administrationem : si enim illi, cur non & his. Itaque in ea *lege mandato*, pro *decidendi*, est legendum, *deminuendi*, ut *l.Titius*, *§.ult. D.de administ. tut.* quæ lex ostendit tutorem non posse transigere deminuendi causa, donandi causa. Idemque de administratore traditur *d.l. præses*, non posse eum transigere ambitiose in fraudem reipub. alioquin possunt transigere. Ait illa *lex decidendi*, id est, transigendi. Inepta est locutio, transactionem transigendi causa factam. Itaque hoc vult tantum generalem procuratorem, ea quidem posse facere, quæ continentur duabus legibus præcedentibus : at transigere non posse diminuendi causa. Postremo filius, vel servus non possunt deferre jusjurandum in re patris, vel domini, *l.7. hoc tit.* item in re peculiari, nisi habeant liberam peculii administrationem, *l.20. D. de jurejur.* At dices, quærimus de jurejurando delato in judicio : servus autem non potest stare in judicio, quomodo ergo poterit deferre jusjurandum in judicio? Respondeo non posse agere; verum non omnino vetari jusjurandum deferre ei, cum quo agit dominus ex causa peculiari, vel ei, qui agit cum domino de peculio. Et hoc jusjurandum servatur, si reo detulerit : servatur (inquam) per exceptionem. Et hoc est, quod ait *l.20. D. de jurejur.* Notanda sunt verba, *servus*, *quod detulit*, *vel juraverit servetur*; *si liberam peculii administrationem habuit*. Quæ verba videntur esse edicti, quoniam ait, *servetur*; quod est edicentis. Ergo servabitur jusjurandum per exceptionem. Verum an etiam dabitur actio ex jurejurando in factum de peculio adversus dominum si servus detulerit jusjurandum ei, qui agebat cum domino de peculio? quidam trahebant edictum etiam ad actionem, *l. quidam*, *eodem tit.* & dabant actionem ex jurejurando delato actori à servo. At *l.*ait, *Quidam*, referens illorum sententiam, non tamen approbans : Nam si probat, obstat omnino *l.3. §.si filius*, *D. de pecul.* quæ negat actionem dari, quod is detulerit jusjurandum, qui non potuit consistere in judicio. Itaque ex illo jurejurando facilius datur exceptio, quam actio. Et quod ait, *servetur* per exceptionem scilicet, ut in edicto de pactis, *pacta*

A *servabo*. At in filiofamil. omnes consentiebant, videlicet si filiusfamil. habens liberam administrationem detulisset jusjurandum reo, ex eo jurejurando omnes existimarunt dari & actionem, & exceptionem, quia filiusfamil. est persona idonea.

Ad L.V. Cum etiam à pupillorum *tutoribus*, *velut ab ipsis pupillis relicta fideicommissa videantur*, *super fideicommissis præses provinciæ cognoscet : & si id tibi relictum esse constiteris*, *reddi tibi efficiet*. *Idem*, *si inficietur*, *ad jusjurandum (ut desideras) tutorem adiget.PP.4.Cal.Decemb. ipsis IV.& III.A.A.Conss.290.*

INitio hujus legis ostenditur, à tutoribus heredum pupillorum relicta fideicommissa, à pupillis ipsis relicta
B videri, & ideo etiam esse utilia. Idem dicitur in *l.etiam*, *inf. de fideicommis.* Finge : Filio impubere herede instituto, & ei tutore dato à patre, vel matre (quamvis ea jure non det) à tutore fideicommissum Juliano relictum esse : id Julianus consequetur per præsidem, cujus in Provinciis cognitio fideicommissorum est propria, *l.si res*, *D.de legat.2.* Hoc ita, si constet Juliano relictum. Cæterum si neget tutor, nec inter partes de fideicommisso constet, Juliano deferente tutor interventu præsidis cogetur solvere, aut jurare, aut deferre jusjurandum.

Ad L.VI. Cum proponas *partibus placuisse*, *jurisjurandi religione*, *generis & ingenuitatis quæstionem decidi : præses provinciæ juxta decretum arbitri ad voluntatis vestræ*
C *placitum amitæ tuæ filiis consulet.PP.V.Idus Februar.Tiber. & Dione Conss.291.*

DIfferentia est inter judicem & arbitrum. Uterque datur à præside, vel alio magistratu : arbiter in actionibus bonæ fidei : judex in strictis. Arbiter æquitatem spectat : judex jus & formulam. Aristotel. 1. Rhetoricorum. Decreta sententiasque judicum & arbitrorum, præsides, qui eos dederunt, exsequuntur, *l.à Divo Pio*, *D.de re judic.* Sciendum est etiam, causam status, & ingenuitatis pertinere ad cognitionem præsidis, nec posse delegari, *l.pen. sup. ubi caus. stat. l.2. de pedan. jud.* (†) Cæterum, si in quæstione hereditatis, cui arbiter est datus, vel si in actione familiæ erciscundæ, cui addictus est arbiter, quæstio status, & ingenuitatis
D inciderit, tum arbiter delegatus etiam de ea cognoscet, quod incidat quæstio, non etiam principaliter, ut *l.8. sup. de jud. l.1. de ord. jud.* Ubi quod ait *l.1. docere*, interpretandum est, scilicet judicem à præside datum : alioquin lex dicet hoc præsidem non posse cognoscere de causa status. Ergo arbiter familiæ erciscundæ potest etiam de causa generis, & ingenuitatis, si ea incidat, cognoscere. Sic prætor non cognoscit de crimine capitali, nisi incidat : sic latrunculator non cognoscit de re pecuniaria, nisi incidat. His cognitis ita ponamus hujus legis speciem : Cujusdam agnati hereditas est delata Decio, & amitinus Decii est arbiter acceptus familiæ erciscundæ : ac apud eum arbitrum Decius, ut repellat amitinos, eis facit controversiam generis & nativitatis. Placet autem eam controversiam dirimi
E jurejurando amitinorum, partis utriusque consensu. Partium voluntatem arbiter secutus pronunciat de hereditate, amitinis imposito jurejurando. Decretum arbitri præses, qui arbitrum dedit, exequitur. Ergo causa generis jurejurando decidi potest, *l.3. §.sed etsi*, *l.eum*, *qui*, *§.pen. D.eod.*

Exposuimus legem VII.in l.4.supra.

Ad L.VIII. Actori delato, vel relato *jurejurando*, *si juraverit*, *vel ei remissum sit sacramentum*, *ad similitudinem judicati in factum actio competit*, *S.12.Kalend.Maii CC. Conss.294.*

(†) *Vide Merill. variant.ex Cujac. lib.1. cap.1.*

QUæstio hujus legis est de actione, & exceptione jurisjurandi. Prius est dicendum de jureiurando actoris, tum de rei. Si actori delato jureiur. quod voluntarium appellavimus, vel relato, quod diximus necessarium, actor juraverit sibi deberi; vel si jusiurandum ei à reo remissum sit (nam is, cui jusiurandum remittitur, jurasse intelligitur) Judex secundum actorem judicium dabit, reu condemnato, *l.34. §.ult. D.eod.* An autem ex ea sententia est actio judicati? videtur non esse: nam actio judicati est ex sententia, quæ in invitos fertur. Hæc autem sententia datur ad voluntatem litigatorum, *l.6. sup. de petit. hered. l. pen. §.sive autem, hoc titul.* Ideoque ex ea sententia non est, nisi actio utilis judicati. Et hoc est, quod ait hæc *lex 8.* ad similitudinem judicati in factum competere actionem. His verbis ad similitudinem, ad exemplum, & ad instar, significantur actiones utiles, *l.1. de precar. l.1. de interd. l.locum, §.ult. D. de usufr. l.hujus, D.quod tut. auct.* Hoc etiam potest notari in *§.item si quis postulante, Instit. de act.* ait, prætorem accommodare actionem, quod verbum est proprium actionum utilium, *l. quia actionum, D. de præscript. verb. & l.1. sup. de inoffic. testam.* Et ideo etiam sæpe ex jureiurando dicitur dari actio utilis, id est, instar judicati: sic appellatur in *l.sed etsi possessori, §. 1. l.quod si juravi, l.si duo, §.1. de jureiur.* In tribus locis ibi actio illa dicitur utilis. At subest alia quæstio. Qui jurat ex aliqua causa sibi deberi, ex ea causa jurat, quæ exprimitur, vel intelligitur. An igitur ex ea etiam causa est ei actio præter actionem jurisiurandi utilem? Putant omnes fere interpretes esse etiam ex causa actionem. Ego autem puto unam tantum actionem competere, id est, utilem in factum ex jureiurando: non esse autem actionem ex causa, de qua juravit actor sibi deberi, quoniam exemplo judicati prior actio jureiurando novatur, *l. grege, §.etiam, D.de pign.* Idemque est in judiciis in rem, si actor juraverit rem suam esse: nam ei dabitur actio in factum ex jureiurando, non actio in rem, *l. nam posteaquam, §.ult. & l.11. sed si possessori, D. de jurejur.* Igitur nova est actio ex jureiur. prior extincta. Huic autem sententiæ tria obstant. Primo *l.si duo, §.si quis juravit, & §.Marcellus, D.eod.* quæ lex ait, ei, qui juravit se emisse, dari actionem ex empto, non novam in factum actionem. Item ei, qui juravit se pignori dedisse, pigneratitiam dari, non novam in factum. Breviter autem distinguendum est. Aut enim jusiurandum defertur in judicio, aut in jure: quod defertur in jud. jam actione reddita defertur, & ei est consentanea Judicis sententia, quæ vel indicit jusiurandum, vel jam præstitum probat. Ex eo jureiurando est quasi judicati actio: Nam res judicatur ad voluntatem litigatorum: quod autem defertur in jure, id est, apud Prætorem, nondum constituto judicio, nondum reddita actione defertur, ut in *l.34. §. ait Prætor, D.eod.* De eo agitur in dicta *l.si duo, §.si quis juraverit, & d. §. Marcellus.* Nam ex lectione apparebit nondum fuisse ullam actionem datam: ex eo autem jureiurando non est proprie actio, sed petenti actionem ex empto, & juranti se emisse, Prætor dat ex empto actionem secundum intentionem ejus. Nos autem tractamus de jureiurando, quod defertur in judicio. Secundo obstat *l.illud, §.1. D.de constit.pecun.* Ex ea lege colligunt, eum, qui juravit sibi constitutam pecuniam fuisse, agere de constituto. Ergo non est nova actio; pessime ex eo §. colligitur. Ejus enim §. hæc est sententia: Non constitui, nisi quod debetur: non valere constitutum, nisi sit debitum. At ex jurejurando debetur: Ex jureiurando in judicio delato, & præstito est actio propria. Id ergo, de quo est actio jurisiurandi, recte constituitur: & recte de eo constituto agitur: nam ex jureiurando debitum constituitur: quæ tamen actio de constituto non novat actionem jurisiurandi, *l.item illa, §. 1. de constit. pec.* Postremo obstat *l.7. sed etsi, §.petenti, D. de Public. in rem act.* Species est: Mihi petenti rem, quam possidebas quasi meam, tu jusiurandum detulisti in judicio: lex ait, mihi competere actionem Publicianam in rem: non dat actionem utilem ex jureiurando, sed Publicianam in rem. Respondeo, actio Publiciana non datur antequam res sit tradita, & postea amissa: ut res tradatur, agitur in factum ex jureiurando: ut autem res tradita ex causa jurisiurandi, & postea amissa recuperetur, agitur Public. Itaque actor rem aufert primum actione in factum, postea si eam amittat, utitur Publiciana, quasi bonæ fidei possessor ex jurisiurandi causa justissima. Nunc de reo. Si reus delato jureiurando in judicio juret se non debere, habet exceptionem jurisiurandi, quæ comparata est ad exemplum exceptionis rei judicatæ, quasi judicati exceptio est, *l. 1. D. quarum rer. act.* Et ideo sicut actio judicati, & exceptio rei judicatæ datur domino, non procuratori, cum procurator litem elegit, *l.hujus, D.de solut.* ita actio, & exceptio jurisiurandi dabitur domino, non procuratori, *l.nam posteaquam, §.penult. & l.ult. §.ult. D.eod.* Aut etiam competit reo, qui juravit, exceptio pacti, *l.sed etsi servus, D.eod.* Hoc enim jusjurandum ex pactione deferri dicitur, cum reus jurat, volente & deferente actore: hoc pro pactione est. Itaque utetur vel exceptione in factum, vel pacti. Hæc de jurejurando voluntario, & necessario. Ex jurejurando judiciali, quod ultro exigit judex datur actio, & exceptio judicati directa. Nam id jusjurandum vel sententiæ imponit, vel postquam juratum est, ei consentaneam sententiam dat judex. Accurs. in *l.hujus, tit.d.*

Ad L.IX. Delata conditione *jurisjurandi, reus (si non per actorem, quo minus de calumnia juret, steterit) per judicem solvere, vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet. S.5.Kal.Maii. Sirmii, A.A.Cons.299.*

LEx hæc est de jurejurando rei: & sententia ejus hæc est. Reus, cui ab adversario jusjurandum defertur in judicio, vel in jure, jurare debet, solvere, aut referre: & cogitur à Prætore, vel Judice, *l.34. §. ait Prætor, & l. 38. D. de jureiur.* Et quidem hoc tantum genus jurisiurandi refertur, quod voluntarium appellamus, judiciale sane non refertur. Item necessarium, id est, quod relatum est, rursus non refertur, *d.l.38.* quæ ait eum turpiter facere, & quasi pro confesso haberi reum, qui delatum jusiurandum nec accipit, nec refert in deferentem. Sunt qui eam *legem 38.* ajunt esse conjungendam cum *leg.12. rer. amot.* Regulam ponit in *l. 38.* exceptionem in *l.12.* Exceptionem poni fateor in *l.12.* nego tamen esse conjungendas, quod sint inscriptiones diversæ, ut apparet ex legibus ipsis. Exceptio autem hæc est; si ei, cum quo agitur furti, aut rerum amot. deferatur jusiurandum, id referre non potest, *l. tt. §.jurare, l.12. l. 13. rerum amot.* Videamus quæ sit ratio cur hic reus jusiurandum sibi delatum non potest referre. Ratio an hæc erit, quod æquius sit, reum jurare de suo facto, quam actorem, qui certo non scit, sed tantum suspicatur eum furem esse, aut res amovisse, nec ei plane liquet: jurare insciente animo suo, qua de re non liquet, jurare nemo compellitur: hæc non est ratio. Utitur ea ratione Jurisconsult. in alia specie: dum ait, reum, qui res amovisse dicitur, delato jureiurando jurare compelli, partem autem ejus non compelli, quod sit iniquum, de alieno facto quenquam insciente animo suo anceps jusiurandum subire. Qua ratione heres de contractu defuncti, tutor, curator, non jurant, & procurator de facto domini non jurat: nec defertur, nec refertur eis jusiurandum, *l. 34. §.procurator, D. de jureiur. l.videamus, §.1. D.de in lit.jur. Paulus 2. sentent. tit.1.* At cum Jurisconsf. ait in his locis, in actione furti, & rerum amotarum, reum delatum jusiurandum non referre, non utitur hac ratione, sed alia, quia ita edicto ordinatum videtur. Certe si prior ratio relationi obstaret, obstaret etiam delationi. At delationi non obstat: Ergo nec relationi. Delationi non obstare probat *l.in duobus, §.pen. de jureiur.* Ubi is, qui agit furti, delato

delato jurejurando jurat, sibi a reo furtum factum esse, nec ei illa ratio obstat, quæ obstaret æque delationi ac relationi: Sicut ob eam rationem heredi de contractu defuncti, nec defertur nec refertur jusjurandum. Et sane plerumque ei, qui agit furti iis actionibus ea de re licet jurare, quia vix unquam temere ea de re litem movet ex suspicione sola: at in illis litibus deferri jusjurandum potest, non referri: illa ratio displicet. Ea Jurisconsult. utitur, quia edicto de furtis prætor deferri jusjurandum permittit, referri non item, cum in edicto de relatione nulla fiat mentio. Itaque referri permissum non videtur, sicut deferri palam edicto permissum est, quod omissum est. Ita etiam l. Cornelia de injur. permittitur actori jusjurandum reo deferre, *l. 5. §. hac lege, l. non solum, §. proinde, D. de injur.* De relatione non fit mentio in ea lege. Itaque referre etiam ea lege permissum non videtur. Et generaliter reus, cui defertur jusjurandum de actione furti, vel rerum amotarum, vel injuriarum, omnino jurare cogitur, nec referre potest. In actionibus ex contractu pro compendio litium jusjurandum moribus receptum est, seu in usum venit, *l. 1. D. de jurejur.* In actionibus ex maleficio quales sunt prædictæ jusjurandum lege nominatim vel edicto permissum est, sicut pactum, & transactio de furto, & injuriis est permissa, *l. juris gentium, §. si paciscat, l. si tibi 7. D. de pact.* Ut lex de furto pacisci permittit, ita & jusjurandum deferre, referre non permittit. Hoc omissum cum sit, non supplebimus, *l. si vero, §. pen. D. solut. matr.* Interpretari tantum possumus, non supplere, *l. Gallus, §. quid si quis filium, & seq. D. de lib. & postum.* Interpretes adserunt aliam causam, qua censent etiam jusjurandum delatum in judicio, non posse referri, *l. ult. inf. de fideicommis.* Et male: nam jusjurandum, de quo agitur ea lege, quod scilicet fideicommissarius defert heredi, lex non negat posse referri, sed recusari. Inter ea autem multum distat. Itaque cum lex non dicat, non posse referri, censebitur eodem jure, quo censentur cætera de re pecuniaria, de actione ex contractu, vel quasi, qualis est actio illa fideicommissi. Et hæc quidem diximus de jurejurando, quod litis finiendæ causa in judicio defertur. Nunc de eo, quod fit extra judicium. An id referri potest, quod ex conventione defertur extra judicium: lite nondum mota, referri non potest, *l. 17. in princi. D. de jurejur.* quæ de eo genere jurisjurandi accipitur recte: sed potest etiam ea lex pertinere ad jusjurandum, quod defertur extra judicium sine judicis auctoritate, de lite jam mota, ex conventione partium. De quo jurejur. nihil diximus. Hoc volumus includi sub appellatione voluntarii, quia sponte suscipitur, licet semel susceptum non possit referri, ut ea l. ostendit. Et hoc modo nempe extra judicium delato jurejurando interdum accidit, ut utraque pars juret, Actor sibi dari oportere, reus contra. *l. in duobus §. ult. D. de jurejur.* I. ait recte, *extra judicium*. nam in judicio ea variatio non admittitur: ex ideo ponit *extra judicium*, sed jurat alteruter tantum. Addatur etiam, jusjurandum quod defertur in judicio approbationem judicis exigere. Quod defertur extra judicium, etsi de re litigiosa agatur, non exigit approbationem judicis. Nam absque eo interponitur extra forum. Ideoque delatum jusjurandum in judicio, licet susceptum sit, antequam id approbarit judex, referri potest, cum & revocari posit ab eo, qoi detulit, *l. 11. inf. hoc tit.* At extra judicium, mutuo consensu delato & accepto jurejurando, nec relationi, nec revocationi locus est. At in eo, quod est delatum in judicio, dum pendet judicis approbatio, sicut actor delatum revocare potest, sic reus susceptum interim potest referre. Illud quoque notandum est, eum, qui defert jusjurandum, priorem debere jurare de calumnia, id est, se non calumniandi animo deferre jusjurandum, sed recta conscientia, quod putet rem ita esse ut intendit: quid enim si actor scit se nullum jus habere, reum tamen vult jurare: id facit calumniose. Itaque debet jurare imprimis, sed non calumniandi animo jusjurandum deferre, sed recta conscientia id deferre. At si id non faciat, jusjurandum, quod detulit, habebitur pro præstito, hac *l. & l. 34. §. qui jusjur. & l. 37. de jurejur. l. 11. §. pen. rerum amot. l. ult. inf. de fideicommiss. Paulus 2. sententiarum tit. 1.* Ergo qui petit jusjurandum, debet prior jurare de calumnia. Idem etiam debet jurare, qui petit alias probationes, ut qui petit instrumenta edi ab adversario. Nam forte hoc petit differendi judicii causa, aut quia scit hæc se habere, non adversarium. Itaque prius debet purgare se jurejurando, *l. 1. sup. de jurejur. propter calumniam, l. si quis ex argentariis, §. exigitur, l. quædam, §. ult. ff. de edendo.* Idem etiem jusjurandum præstat, qui petit servos ad quæstionem, *d. l. 1. l. ult. inf. de quæst.* quæ sunt coniungendæ. Præterea ex constitut. Justin. id est, *ex l. 2. eod.* initio litis utraque pars jurat, se non calumniandi animo litem instituere, quod jusjurandum olim non prælabatur. Et ex aliis auctoribus quidem male tradunt locos ex Cicerone de eo jurejurando, quod primus Justinianus introduxit. At *in Novella* 49. dicitur, ut litigatores initio litis non tantum jurent se bona fide ad litem accedere, sed etiam in ea lite se probationes non petituros differendi negotii causa, quod dicitur jusjurandum dilationis, & calumniæ, quanquam calumniæ nomen utrumque possit complecti, id est, vexationem quamlibet, & procrastinationem; Probationes, id est, instrumenta, & rationes adversarii. Id vero semel tantum jurari sufficit initio litis, ut quoties probationes petuntur, tale jusjurandum non exigatur. Ex ea re plerique opinati sunt jurejurando ita præstito ex præscripto *Novell.* 49. abeo, qui defert jusjurandum, vel ab eo, qui vult de servis quæstionem haberi, aliud jusjurandum ab eo speciale non exigi, id sufficere: quod non approbo: Nam ex ea Novella hoc tantum juratur, se ad litem non accedere calumniandi animo, se probationes non petiturum vexandi adversarii causa. Quamobrem *Novell. Leonis* 99. intermissa jurisjurandi de calumnia præstatio in jurejurando deferendo revocatur. Qui tamen Leo & in *Novell.* 97. id fere jurari jubet, quod Justinianus præscribit in sua Nov. Itaque etiamsi ex præscripto Novellæ Justiniani initio litis sit juratum, nihilominus à deferente jusjurandum exigetur contrarium jusjurandum calumniæ. Ita etiam quibus casibus, & articulis in Pandect. exigitur jusjurandum calumniæ: ut si quis petat cautinnem damni insecti, aut nunciet novum opus, aut rationes sæpe dispungi velit: His omnibus casibus etiam hodie exigetur jusjurandum, nec sufficiet illa conceptio jurisjurandi, de qua in ea Nov. *l. qui bona, §. qui damni, de damno inf. l. ult. de bon. auctor. iud. poss. l. de pupillo, §. qui opus, de novi operis nunc. l. de die, §. iubetur, qui satisdare cog.* Budæus hoc jusjurandum calumniæ putat interpretari *ἀντωμοσίαν*, & *διωμοσίαν*, cum Ulp. generaliter in Demosth. tribuat has signific. cuilibet jurijurando.

Ad L.X. In actione etiam depositi, *quæ super rebus, quasi sine scriptis datis, movetur, jusjurandum ad exemplum cæterorum bonæ fidei judiciorum deferri potest.*

LEx ait, exemplo cæterorum bonæ fidei judiciorum in actione depositi jusjurandum deferri. Dixi in *l. 3. sup.* in bonæ fidei judiciis jusjurandum deferri auctore judice, etiam invito, utroque litigatore. Deferretur ergo etiam jusjurandum in actione depositi inopia probationum: ut si pecuniæ sint depositæ sine testibus, & scripto, quod si de deposito constet chirographo depositarii, quia non potest exceptio non numeratæ pecuniæ opponi, chirographum sufficit actori, nec insuper jurare cogitur, nec ei jusjurandum potest imponi à judice, vel à parte, *l. in contractibus, §. ideoque sancimus, & §. illo, inf. de non num. pec.* Ideoque recte hæc lex 10. ponit factum fuisse depositum sine chirographo.

A

Ad L.XI Si quis jusjurandum intulerit, *& necdum eo præstito, postea (utpote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: sancimus nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere (satis enim absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit: & cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare) & Judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Si quis autem sacramentum intulerit, & hoc revocare maluerit: licere quidem ei hoc facere, & alias probationes, si voluerit, præstare: ita tamen, ut hujusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei præstetur. Post definitivam autem sententiam, quæ provocatione suspensa non sit, vel quæ, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare juramentum, & iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne repetita lite, finis negotii alterius causa fiat exordium.* B

Ad L.XII. Generaliter de omnibus juramentis, *quæ in litibus offeruntur, vel à Judice, vel à partibus, definiendum est. Cum enim jam increbuit, Judices in plenissima definitione sacramentum imponere: evenit, ut provocatione, lite suspensa, hi quidem, qui jusjurandum præstare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant: cum multum discrepet juramentum hereditarium à principali sacramento. Necessitate itaque rerum coacti, & probationibus pinguius subvenientes, ad hujusmodi venimus sanctionem. Omne igitur juramentum, sive à Judicibus, sive à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso Judice detur, non exspectata vel ultima definitione, vel provocationis formidine.*

Ad §.Sed juramento illato, *cum hoc à partibus factum fuerit,* C *& à Judice approbatum, vel ex auctoritate Judicis cuicunque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur, vel referatur: necessitate ei imponenda, cui jure refertur relationis sacramentum subire: vel si hoc recusaverit, quod illato sacramento præstito, causa, vel capitulum decidatur: nullo loco provocationi relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda provocavit.*

Ad §.Sin autem is, *cui sacramentum est illatum vel à parte, vel à Judice, hoc subire minime voluerit: licentiam quidem habeat sacramentum recusare: Judex a. si hoc omnimodo præstandum existimaverit, sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit recusatum: & ita cætera sive capitula, sive totius negotii summa examinentur, & lis suo marte pro-* D *currat, nullo ei obstaculo obviante. Ipse autem, qui sacramentum sibi illatum dare recusaverit, vel hoc attestetur: vel, si forte non audeat, habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium: & si Judex appellationi præsidens, bene quidem illatum jusjurandum, non rite autem recusatum pronunciaverit: res secundum quod judicatum est, permanebit. Sin autem non rite quidem illatum, recte autem recusatum sacramentum pronunciaverit: tunc ei licebit emendare sententiam Judicis, quæ quasi ex recusato sacramento processit: & nihil penitus nec præjudicii, nec injusti dispendii cuicumque incurret: sed & causæ cursus ab initio usque ad novissimum terminum non impedietur: & lis æqua lance trutinabitur.*

Ad §.Sive autem illatum *juramentum præstitum fuerit, sive recusatum: ipsi parti, quæ hoc intulit, nullum provocatio-* E *nis remedium in hoc reservabitur: cum nimis crudele est, parti, quæ hoc detulit, propter hoc ipsum, quod Judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem.*

Ad §.Hic de præsentibus personis statutis, *nec absentes nos fugiunt, sed etiam eos huic legi subjungamus, & si persona præsens non inveniatur, cui sacramentum illatum est, sive forte per procuratorem ventilata necesse est, vel ipsam principalem personam datis certis induciis ad Judicem venire, ut ea, quæ de sacramentis statuta sunt, impleat, vel (si Judex existimaverit) in provincia, ubi degit, sub actorum testificatione juramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recusari, hoc procedere: ut singulis casibus eventus jam definitus imponatur: licentia danda etiam parti alteri, vel per se, vel per procuratorem super hoc ipsum ordinatum, adesse his, quæ de juramento aguntur: vel si neutrum facere maluerit, & ex una parte sub fide tamen gestorum, juramentum præstari, vel referri, vel recusari: expensis propter hujusmodi causam præstandis, officio Judicis trutinandis, an ab utraque parte, an ab altera oporteat eas dependi: nullo tamen ex hoc litibus impedimento generando, sed donec ea procedunt, aliis vel capitulis, vel litis membris à Judice examinandis, & postquam fuerint ei intimata gesta super juramento subsecuta, tunc iterum ad hoc capitulum Judice redeunte, & eo adimpleto ad cætera perveniente: omnibus aliis, quæ de præsentibus sancita sunt, & in absentium parte observandis.*

Ad §.In omnibus autem casibus, *in quibus sacramenta præstantur, observationem judicialem permanere censemus secundum personarum qualitatem, sive sub ipso Judice præstari oportet juramentum, sive in domibus, sive sacris scripturis tactis, sive sacrosanctis oratoriis.*

Ad §.Similique modo *in sua firmitate manere quæ de calumniæ jurejurando, vel relato sacramento legibus cauta sunt, vel à nobis, vel à retro divis principibus introducta. Non enim, ut aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolata sunt: sed ut, si quid deesse eis videatur, hoc repleatur.*

LEx 11. est de revocatione jurisjurandi, lex 12. est de recusatione. Dicamus primum de revocatione. Qui revocat jusjurand. quod detulit, multum distat ab eo, qui remittit jusjurand. quod detulit: qui remittit, injurato credit: qui revocat, ne jurato quidem credit. Sententia a. & constitutio *legis* 11. hæc est: eum, qui detulit jusjurandum, id posse revocare ante sententiam definitivam; post sententiam non item, nisi appellatione suspensa, vel potius extincta sententia. Itaque interposita appellatione adhuc licebit delatori pœnitere, & jusjurandum revocare, quoad litis extrema sententia fuerit: post terminum litis sero revocat jusjurandum. Revocatum a. jusjurandum semel postea deferri rursus non potest. Hoc enim esset ludificare judicium: semel variare licet, id est, delatum revocare: rursus variare non licet, id est, revocatum non licet deferre. Apud *Senecam* 7. *Declamat.* est exemplum, quo centumviri revocationem delati jurisjurandi non admiserunt. Et quidem jocose delati, & σχηματικῶς, ut oratores in agendis causis solent σχήματα inserere. At inique fecerunt. Non his exemplis est jus dicendum, sed legibus, *l. nemo, de sent. & interloc.* Et ob id in eo exemplo Senecæ: *Albutius Advocatus, qui jusjurandum detulerat contumeliam non ferens, nunquam amplius in foro causam dixit*, ut ex Græcis auctor est Athenæus *lib.* 24. Sicut autem delatum jusjurandum pendente sententia Judicis potest revocari, ita & susceptum semel interim referri, *l.* 9. *supr.* Ita non susceptum jusjurandum, sed statim relatum interim revocari, & suscipi potest: At quod susceptum est, & postea relatum, denuo suscipi non potest revocata delatione, quoniam bis non permittitur variatio. Judex etiam, quod solus in re dubia jusjurandum detulit, re integra, id est, nondum neque præstito jurejurando, nec sententia dicta, poterit revocare. Constat enim quamlibet interlocutionem Judicis posse revocari, non sententiam. Itaque ex his concludendum est, & voluntarium, & necessarium, & judiciale jusjurandum posse revocari. Meminisse autem oportet eorum, quæ diximus *l.* 1. quæ ad has leges pertinet, dupliciter jusjurandum auctoritate Judicis exigi, vel à parte delatum à Judice approbari: Nam vel in ipsa sententia Judex jusjurandum, quod pars detulit, vel quod ipse præstari censet, in sententia imponit, vel ante sententiam præstari jubet, deinde sententiam dicit, id est, sententia vel sequitur, vel præcedit jusjurandum. Si Judex sua sententia jusjurandum imposuerit, quæritur an ab ea possit appellari, ut si ita pronunciarit, *solvi, aut jurari?* Et videtur jusjurandum exigi debere confestim: quoniam

peri-

periculum est, ne si res trahatur appellatione, interim moriatur is, cui jusjurandum delatum est, & heredi ejus æque non liqueat jurare. Itaque Justin. *l. pen.* hoc constituit, ut sententia imposito jurejurando ab ea non appelletur; quod hanc distinctionem recipit, ut is, cui non imponitur jusjurandum, ob id, quod imponitur alteri non appellet, is tamen, cui imponitur, appellet si velit: item constituit in *l.* 12. ut jusjurandum initio, vel medio litis ante sententiam delatum à parte, vel à judice, sub eodem iudice præstetur, non exspectata sententia definitiva. At quid si recusetur ab eo, cui defertur, id est, quid si nolit præstare jusjurandum, vel præstari facta relatione? tum sequetur sententia: sed id etiam hanc distinctionem recipit. Aut enim ab adversario delatum jusjurandum ei relatum est, & delator recusat jurare, & tum iudex sententiam fert, perinde ac si ex delatione esset juratum. Nec appellabitur, quia non probe delator recusat jusjurandum, cujus conditionem elegit, *l.* 34. *§. ait Prætor, D. eod.* Aut is, cui delatum est jusjurandum à parte, vel à iudice, id recusat: quod fit, si nec velit jurare, nec referre. Quid vero tum fiet? tum judex sententiam dicet, quasi invito se recusato jurejurando: quasi contra suam voluntatem pars recusaverit jusjurandum, *§. fin autem, l.* 12. ubi quidam codices recte habent, *nolente eo*. Male alii, *volente*. Quod perturbavit Accurs. *Est* in eo verbo sæpe error, ut & *l.* 1. *§. si vir uxori, ff. de acq. poss.* ubi ait, *Marit. ubi noluit possid. amit. possess.* Græci legunt, *l.* 50. *Basilic. tit.* 2. ὅτε θέλει ἀνὴρ: *ubi voluit maritus*. Igitur in proposito judex sententiam fert quasi invito se recusato jurejurando, id est sententiam feret quasi in confitentem. Recusatio jurisjurandi est confessio manifesta, *l.* 38. *ff. eod.* At ab ea sententia poterit appellare is, qui jurejurando adigebatur, quia fieri potest ut justa sit causa recusationis, ideoque condemnatus, quasi ex recusato jurejurando, quod deferebatur, potest appellare. Videamus, quæ sit justa causa recusationis, forte impius pio jusjurandum defert, quæ conditio, sive πρόκλησις est inæqualis, *Arist. in fin. lib.* 1. *Rhet.* Et est perinde atque si valens imbecillum & debilem invitaret ad pugnam, cum scilicet, impius pium provocat ad jusjur. *l. ult. inf. de fide inst.* ubi Justinianus tradidit hunc ritum juris. Cum impius pio defert jusjurandum, is nimia religione deterretur à jurejurando, & tutum non est. impio idem jusjurandum referre. Itaque justa est causa recusationis, de qua æstimabit appellationis judex. At si pares sint litigatores, pii aut impii, non erit iusta recusationis causa: qua de re æstimabit etiam appellationis iudex. Potest etiam iusta esse causa recusationis, si is, qui detulit jusjurandum, & revocavit, rursus deferat, *l.* 11. *sup.* Item si conceptio jurisjurandi displiceat: potest enim conditio non displicere, cum tamen conceptio, & formula displiceant. Quia igitur fieri potest, ut iusta sit recusationis causa, condemnatus quasi ex recusato jurejurando, cum ei deferretur, appellare potest. Ad summam sic omnia procedunt. Jusjurandum necessarium, id est, quod refertur, non potest recusari ab eo, cui jurare liquet, quod autem defertur à parte, vel à judice, iusta ex causa recusari potest. Item quemadmodum secundum delationem adversarii sententia imposito jurejurando, vel etiam præstito, & postea secundum jusjurandum sententia dicta, delator non appellat: ita si vincatur delator, vel damnetur quasi recusato jurejurando, quod ei relatum fuerat, non appellabit: quia videtur à se ipso appellare, aut ab eo, quod ipse elegit, & petiit: & hoc est quod ait in *§. sive autem*, in verbo *sive recusatum*, cum scilicet referretur, ita omnino legunt Græci, εἴτε ἐκ παραιτήσεως, &c. *sive ex recusatione consequuta fuerit sententia*: male quidam legunt *relatum*. Victus autem & damnatus quasi recusato jurejurando cum deferretur, potest appellare. Excipitur casus *l. ult. inf. de fideicom.* In quo recusatio nullo modo permittitur favore fideicommissorum. Sed hæc omnia traduntur de præsentibus litigatoribus. Quid autem fiet, si is, cui defertur jusjurandum, absit, ut quia litigat per procuratorem? Domino defertur jusjurandum, non procuratori, cui non liquet jurari. Quid fiet? an venire debet in judicium jurandi, vel referendi, vel recusandi causa? Regulariter necesse est, ut veniat in iudicium intra tempus, quod definierit iudex pro locorum intervallo. Per procurationem enim nequit jurare, id est, procurator eius nomine recte non jurat. Jure tamen Pontificio hodie per procuratorem juratur. Valerius Flaccus creatus Ædilis, cui necesse erat ut iuraret in leges, cum non posset iurare, quia erat Flamen Dialis, ex Plebiscito admissus est, qui pro eo juraret: jure singulari: regulariter secus. T. Livius lib. 31. in fi. Sunt tamen quidam, qui propter sexum, vel propter dignitatem, aut valetudinem non coguntur venire si absint, sed ad eos mittitur domum ut jurent, *l. ad personas, de jurejur. l.* 2. *§. fin. autem, sup. de jurejur. propter cal.* Ii non jurant per procuratorem, quamvis sint in dignitate positi, & valetudine laborent. Et hoc est quod ait in fine hujus legis. *Arbitrio judicis si absit is, cui est delatum jusjurandum, vel jusjurandum præstat in domibus, aut templis*. In domibus, si sint in dignitate constituti. Et præstari utroque casu tactis sacris Evangeliis, quod semper requirit Justinianus in Novell. Itaque ut Græci legunt, ita videtur legendum, *sive in domibus sacris scripturis tactis, seu in sacrosanctis oratoriis*: Nam ita interpretantur, *seu in domibus, seu templis*; ita tamen, ut qui jurat, tactis sacris juret. Præterea additur, ut dum præstatur jusjurandum ab eo, qui peregre abest, recte præstetur, aut recusetur, aut referatur μονομερῶς, id est, ab una parte altera absente. Cui igitur delatum est iusiurandum, iurabit altera parte præsente, aut ejus procuratore. quod si absit altera pars, quæ detulit, non ideo minus recte iurabit. Sententia autem non recte fertur μονομερῶς. At jusjurandum præstitum μονομερῶς valet: hujusmodi semper est jusjurandum in litem: Nam id semper præstatur non vocata altera parte. Itaque eleganter Græci vocant hoc jusjuran. μονομερῆ ὅρκον, *l. arbitrio, de jurejur.* Postremo sumptus in eam rem factos, ut viatica dum mittitur ad eum, qui jurare debet, vel etiam pro actis: nam acta conficiuntur de jurejur. præstito vel relato, vel remisso: hos, inquam, sumptus factos in eam rem agnoscet arbitrio Judicis, altera pars victa: vel etiam inquit, utraque pars agnoscet, cum judex neminem damnandum censet expensarum nomine: Nam quas quisque impensas fecerit sibi imputabit. Ad id exprimi sententia est necesse, alioqui victus semper tenetur expensarum nomine, Nov. 82.

Legem ult. explicui supra in l. 1.



AD TITULUM II.

SI CERTUM PETETUR.

HUJUS libri primus tit. est de rebus cred. & jurejur. sub eo tamen de jurejurando tantum tractatur: causam illius reddidi in illo titulo. De rebus autem creditis tractatur sub hoc titulo, si certum petatur. Ideoque in Pandect. ita concipitur, *De rebus credit. si certum pet.* Vulgo ab omnibus existimatur pertinere ad universam partem tertiam ff. quæ constat 8. libris. Moventur *l.* 1. *ff. eod.* quæ lex ait, sub eo titulo prætorem inseruisse multa jura ad varios contractus pertinentia; crediti nomen esse generale, & nomen rei, denique eum titulum esse generalem: moventur ex eo, quod Justin. eam partem Digestor. vocat *de rebus, in constit. de conceptione, & confirm. Pandect. sup. l. un. de veteri iure enucl.* At ego his argumentis non moveor: Nam primum est fallacia, si quis ita argumentetur: Titulus de rebus creditis si certum petetur est generalis, ut dicit

l. 1.

l. 1. Ergo pertinet in universum ad tertiam partem A Pandectarum vitiosa est collectio, quod possit esse generalis, id est, multa & varia complecti, nec tamen referri ad universum corpus tertiæ partis Pandectar. Vitiosa etiam est hæc argumentatio: Tertia pars ff. vocatur *de rebus*. Ergo tota est de rebus, cum possit aliud vocari, aliud esse; ut qui dant operam *libro* 20.21.*&* 22. *ff.* auctore Justiniano vocantur Papinianistæ, a primis legibus titulorum libri 20. quæ sunt Papiniani: non tamen ideo soli Papiniano operam dant, sed etiam Ulpiano, & reliquis. Ita tertia pars ff. vocatur *de rebus* a primo titulo: non tamen ideo tota est de rebus. Sunt in ea parte tituli *de jurejurando*, *de in litem jurando*, qui nil pertinent ad res creditas. Sunt tituli, *de condict. indebiti*, *ob rem dat. & sine causa*, quæ nascuntur ex æquo & bono, non ex contractu, aut ullo credito. Et ideo B non competunt illæ condictiones, nisi quatenus is, cum quo agitur, factus est locupletior. Dico igitur eum titulum de *rebus credit. si certum petetur*, generalem esse, non quod sequentes titulos complectatur, & totam 3. partem ff. sed quod sub eo titulo prætor proposuerit primum certi condictionem, quæ late patet, quæ ex omnibus contractibus datur, *l. certi*, *§. quomodo eod.* quæ quidem certi condictio in illo titulo his verbis significatur, *si certum pet.* ut alibi, *si usufructus pet.* quibus verbis vindicatio usufructus significatur. Actio si certum petatur late patet, *l.* 1. *ff. de interrogat. in jure fac.* & nihil aliud est, quam certi condictio, qua non tantum pecunia numerata petitur, sed etiam alia quælibet res certa credita. Quint. *lib.* 4. *cap.* 2. ad eam respicit, *certam*, inquit, *pecuniam creditam peto ex stipu-* C *latione*, item *lib.* 12. *cap.* 10. *Interdictis & sponsionibus*, *ac de re certa credita*. Ideo in *l. certum*, *ff. eod. tit.* quæ lex explicat quid sit certum, propter illa verba *si cert. pet.* ejus definitio complectitur non tantum pecuniam numeratam, sed & species etiam & corpora. Et in C. Theodos. duo sunt tituli, *si certum petatur de chir.* & alius, *si certum petatur de suffragiis*, qui pertinent etiam ad alias res, quam ad pecuniam numeratam. Verum sunt, qui putant, actione *si certum petatur* pecuniam tantum numeratam peti, non aliam rem, licet sit certa. Et pro iis facit *l.* 1. *ff. de condict. tritic*, quæ prima specie id videtur affirmare, nisi dicamus in ea lege 1. condictionem triticariam comparari cum condictione certi, quod verius est, & notavit etiam Accurs. in ea l. 1. Hoc modo utraque est generalis in hoc conveniunt. Cæte- D rum condictione triticaria pecunia numerata non petitur: Certi condictione sive actione si certum petetur petitur etiam pecunia numerata. Ex quo male idcirco colligunt, solam pecuniam numeratam peti actione si certum petatur, cum id dicatur comparatione condictionis triticariæ, qua non petitur pecunia numerata, sed aliud quidlibet. Est etiam alia differentia, quod certi condictio certum duntaxat condicat: triticaria, & incertum, ut servitutem, possessionem, *l.* 1. *&* 2. *de condict. tritic.* In lege 1. ea actio appellatur *triticiaria*, ut in Pandect. Flor. est scriptum, id titulo appellatur *triticaria*, & a Græcis quoque, a tritico scilicet (ut opinor) re omnium, quæ per eam actionem petuntur nobilissima, ut dicuntur *sementes triticariæ* in antiquo Kalendario Romano, Ergo sub titulo *de reb. cred. si* E *cert. pet.* prætor proposuit certi condictionem generalem: proposuit deinde condictionem specialem ex mutuo: de qua potissimum eodem titulo agitur. Et ideo ibi additur *& de condictione*, id est, de actione etiam ex mutuo. Justinianus hoc probat *§.* 1. *quibus mod. re contrah. ex mutuo*, inquit, *nascitur actio*, *quæ vocatur condictio*, ut in illo titulo. Male quidam addunt certi condictione: condictio enim est repetitio pecuniæ creditæ sive mutuo datæ: sic Græci dicunt condictitia, *ἡ ἀπαιτητικὸς λόγος τοῦ δανείου*. Ergo in eodem titulo Prætor proponit certi condictionem generalem, & condictionem specialem ex mutuo. In sequen. titulis proponuntur aliæ quædam condictiones, ut *indebiti*, *ob rem dati*, *& sine causa*, *& furtiva*, cui est proxima condictio *rerum amot.* quæ tamen est rejecta in quartam ff. partem, ubi agitur de dotibus. Item condictio ex lege, *& triticaria*. Inter condictiones Græci quoque numerant condictionem *bene depensi*, his verbis: *Condictio de bene depensis τουτέστιν ἀπὸ καλῶς δαπανήματος*. De ea condictione nihil in Pandect. quod exolevisset. At in sentent. Pauli est de ea aliquid *lib.* 1. *tit.* 19. dum ait, quasdam actiones ex inficiatione crescere in duplum, ut *judicati*. Hæc si reus inficietur crescit in duplum. Item *depensi*, ut si quid procurator, vel gestor bene dependerit in rem domini, habet condictionem bene depensi: quod si inficietur dominus, id est, si nolit depensum agnoscere, crescit in duplum: inficiatio it in duplum: Et ideo specialiter de bene depensis proposita fuerat condictio: Sub eo titulo *de rebus cred. si cert. pet.* edixit etiam prætor de aliis quibusdam, ut de commodato & pignore, ut ait *l.* 1. Non dicit lex Prætorem edixisse de mandato, aut deposito, aut societate, aut empto, vendito, locato, conducto: de quibus tamen in ea ff. tertia parte edicta proponuntur: sed dixit tantum, sub eo tit. Prætorem edixisse de commodato, & pignore: quia ille titulus non profertur ad universam tertiam Digestorum partem, sed suis finibus continetur. Eo autem titulo una cum certi condictione, & condictione speciali de commodato, & pignore aliquid fuit insertum, non de aliis contractibus. Postremo sub eo titulo prætor edixit de jurejur. Et ideo in sententiis Pauli lib. 2. & in tit. 1. hujus libri additur, *& de jurejurando*. Tractatur autem ibi prius de solo jurejurando ab honorem religionis. At quod diximus de hoc titulo, idem est existimandum de titulo *de Judiciis & ubi quisque agere*, scilicet non esse titulum cum totius secundæ partis generalem, sed specialem, in quo tractetur *de judic. accipiendis & contestandis*, de *officio judicis*, *de foro compet.* de quibus nihil in sequentibus titulis 2. partis. Theophil. tit. *de offic. judicis* vocat de judiciis: in *§. quædam*, *de actionibus* in Græco scilicet: non in versione latina. Temere etiam quidam ad quintam partem D. apposuerunt titulum de testam. quasi eius quintæ partis generalem. Male. Repugnant Pandectæ Florent. & constitut. Just. scilicet illæ de confirm. Digest. in quibus cæterarum partium singulos libros singulas partes appellat. Unde illud quæri dignum est, cur prima pars ff. habeat propriam appellationem *τῶν πρώτων*, secunda item de *judiciis*, tertia *de rebus*: cæteræ partes ff. non habeant propriam appellationem: sed *singuli earum libri singulares* dicuntur. Id demonstrat Constitutio Justinianæa de confirmatione Pandectarum, ex qua constitutione auditoribus juris, prima, secunda, tertia pars ff. explicatur quælibet integra, vel (ut ipse ait) *continua serie*, sed & nulla penitus derelicta. Itaque singulæ hæ partes propria appellatione demonstrantur. Prima *πρῶτα*, quod nulla alia præcedat: secunda *de judiciis*, ob primum titulum, non quod sit tota de judiciis: tertia *de rebus* a primo tit. reliquæ partes Digestorum secundum Justiniani constit. non explicantur integræ, non continua serie, sed abrupta, ideoque propriam appellationem non habent, sed singuli eorum libri dicuntur *μονοβίβλια*. Si quarta pars ff. quæ constat octo libris, explicaretur uno contextu, & tenore, integra appellaretur a primo titulo de pignoribus, sed quia explicatur abrupte & inordinate, ideo singuli ejus libri singulares dicuntur.

Ad L. I. Neque æquam, *neque usitatam rem desideras*, *ut æs alienum*; *patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu & frater coheres tuus*, *sed pro æstimatione rerum prælegatarum*, *cum sit explorati juris*, *hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis*, *non pro modo emolumenti pertinere*. *Quod nec tu ipse ignorare videris*: *cum creditoribus*, *secundum formam veteris juris*, *pro portione tua caveris*.

Pri-

PRimæ legis species hæc est: Pater duos filios heredes scripsit, singulis quædam prælegavit, ut ea haberent præcipua: unus ex eis mortuo patre cavit creditoribus hereditariis pro portione sua: nunc postulat à principe, ut non ex hereditariis portionibus ipse, & frater coheres æs alienum patris agnoscant, sed pro modo rerum prælegatarum. Cautio, quam præstitit, est secundum formam veteris juris, quia cavit pro portionibus hereditariis: veteris juris, id est, legem 12. tabularum: Nam hoc est ex 12. tabul. ut actione si certum petatur heredes tantum teneantur pro portione hereditaria. Hæc obligatio ipso jure dividitur ex 12. tabul. *l. ult. inf. de hered. act. l. pacto, sup. de pact. l. 7. sup. famil. ercisc. l. heredis, §. idem juris, ff. famil. ercisc.* quod vocatur alibi lex antiqua, *l. 1. inf. de except.* & jus civile, *l. si se bonis, inf. de jure delib.* Cum ergo cavit pro sua portione, secundum 12. tabulas, cavit: desiderium tamen ejus est contra 12. tabulas; nam ex 12. tabulis heredes debitoris hereditariis creditoribus tenentur pro portione hereditaria, non pro ratione prælegatorum, *l. 35. ff. de hered. instit.* Legatarii, & prælegatarii non conferunt ad æris alieni solutionem, ad Falcidiam conferunt. Deducto prius ære alieno, ex eo quod superest, legata, & prælegata sumuntur, & solvuntur. Itaque sunt pura sæpe, id est, sine onere æris alieni, & solvuntur purgato patrimonio defuncti. Verum quod dicitur ex 12. tabulis heredes teneri pro portione hereditaria, hoc ita procedit, si conveniantur certi condictione, non si incerti, & si conveniantur in personam, non in rem, *l. 1. ff. de interrog. in jure fac.* si conveniantur incerti, puta ex stipulatione iter dari, vel ex stipulatione opus fieri, quæ obligatio est individua, & incerta, singuli heredes tenentur in solidum plerumque, *l. 2. §. ex iis, l. in executione, ff. de verb. oblig.* Rursus si agatur in rem, qui possidet rem, in solidum tenetur, damnaturque in solidum, vel pro qua parte possidet, non pro parte hereditaria: nam hanc actionem possessio parit, *l. si possessor, ff. de rei vindicat. l. 2. §. ult. de prætoriis stip.*

Ad L. II. Quamvis pecuniam *tuam Asclepiades suo nomine crediderit, stipulando tamen sibi jus obligationis quæsivit. Quam pecuniam, ut possis petere, mandatis tibi ab eo actionibus consequeris.*

HÆC l. est de eo, qui alienam pecuniam mutuam dat suo nomine, quod sæpe faciunt procuratores & gestores, interdum curatores, & tutores. Is autem, qui id facit, ex numeratione condictionem non habet, quia alienæ pecuniæ datione mutuum non contrahitur: quia dominium accipientis non fecit, quod in mutuo desideratur. At ex consumptione condictionem habet. Consumptio conciliat mutuum, quod numeratio non conciliarat, *l. si ego 18. l. non omnis, in fin. & l. nam etsi fur*, de *reb. cred. l. si quis pro eo, §. si nummos, ff. de fidejussor.* Denique exstans pecunia ab eo condici non potest, consumpta potest. Quod est accipiendum de condictione certi. Nam exstantem pecuniam puto ab eo etiam condici posse, incerti tamen, ut scilicet, vel possessio reddatur, quam habuit ante pecuniam numeratam, dominium quidem non transtulit in accipientem, sed possessionem, quam incerti condicet, extante pecunia non consumpta, argumento *legis indebiti, §. sed etsi nummi, de condict. indeb.* quod si is, qui alienam pecuniam suo nomine credidit, eam sibi reddi sit stipulatus, tunc habet certi condictionem ex stipulatione, ut in *h. l.* non ex numeratione, vel consumptione, non aliter quam si suo nomine suam pecuniam creditam sibi stipulatus fuisset, nam & tunc haberet tantum condictionem ex stipulatione, non ex mutuo, *l. 6. & 7. ff.* de *novation.* Nunc videndum est an actio competat pecuniæ domino. Certe ex numeratione, vel consumptione dominus pecuniæ condictionem non habet, quia utraque est ex mutuo. At mutuum non est contractum ejus nomine. Ergo non habet condictionem ex mutuo, non habet etiam ex stipulatione, cum etiamsi is, qui numeravit pecuniam suo nomine ei stipuletur, nihil agat. Alteri enim stipulamur inutiliter: alieno tamen nomine non credimus inutiliter. Hoc jure singulari receptum est, ut si tuo nomine credam pecuniam, tibi acquiram actionem, cum tamen si tuo nomine stipuler, eam tibi non acquiram: verum habet alias actiones pecuniæ dominus, nimirum exstantis pecuniæ vindicationem, & de male pecunia consumpta actionem ad exhibendum, *l. rogasti in fin. ff. de rebus credit. & §. nunc admonendi, Instit. quibus alien. lic. vel non.* Idem etiam dominus pecuniæ habebit condictionem ex consumptione, & stipulatione directam, si is, qui pecuniam suo nomine credidit, vel qui eam sibi reddi stipulatus est, eam actionem illi cesserit, & mandaverit: ex cessione habebit condictionem ex stipulatu, vel mutuo directam, *h. l. 2.* imo vero habebit etiam condictionem ex stipulatu, & ex mutuo sine cessione, argumento *l. 4. inf. hoc tit. l. si & me, & Titium, ff. de rebus cred.* Ita etiam videtur Cyno, & Bartolo. Nec obstat si dixeris, hanc actionem utilem tantum pupillis dari, vel adolescentibus, vel mentecaptis, & militibus, quorum pecuniam alius suo nomine credidit. Videtur tantum illis personis hæc actio utilis dari, non aliis, *l. 2. ff. quando ex facto, &c. l. si pecuniam, ff. de reb. cred. l. 6. sup. de rei vind.* Idque ita verum est, his personis actionem utilem dari, seu is, qui pecuniam eorum numeravit, sit solvendo, seu non. At aliarum personarum pecunia credita, ejus, quorum pecunia est, utilem condictionem non dabimus, nisi cum is, qui numeravit, non est solvendo, id est, cum dominus pecuniæ, actione mandati, vel negotiorum gestorum ab eo propter inopiam ejus suam pecuniam servare, & consequi non potest. Hoc plane casu domino pecuniæ dabimus utilem actionem, sine cessione adversus eum, qui pecuniam accepit, argumento *l. uxor a marito*, de *donat. inter vir. & uxorem*. Sic è contrario ex l. 4. hujus tit. si negotiorum gestor absentis pecuniam ejus nomine crediderit, non proprio, & is nomen improbaverit, id est, si nolit agere cum illo debitore, tum gestori dabitur condictio directa ex cessione, id est, si dominus eam ei cesserit, vel etiam sine cessione utilis, *d. l. 4.* Non est illud omittendum, quod hic Accursius tradit hac lege. Cum quis credidit alienam pecuniam suo nomine, & ipsum, & dominum pecuniæ habere actionem: Nam dominus pecuniæ habet vel vindicationem, vel utilem actionem. At agente domino tuendus debitor adversus eum, qui numeravit, ne duobus ejusdem summæ nomine teneatur.

Ad L. III. Eos, qui officium *administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est.*

IN l. 3. hoc tantum ostenditur: Præsides provinciarum, vel procuratores Cæsaris in provinciis exercere non posse fœnus tempore sui officii: Nam ii honores erant annui: addendum etiam eos non posse mutuam pecuniam neque gratuitam dare, *l. principal. de reb. cred.* ne scilicet inde aliquid tacite semper extorqueant à Provincialibus. Qua ratione etiam ibi non possunt negotiari, nec emere, *l. non licet, l. cum officii, de contr. empt. l. un. C. de contr. judicum:* nec donata consequi. Verum aliud servatur in apparitoribus eorum, & officialibus: Nam ii fœnus exercere, & mutuam pecuniam possunt dare, *l. 34. præsidii, ff. de reb. cred.* Lex utitur hac ratione, quia sunt perpetui, id est, perpetuo manent in provincia, & singulis quibusque præsidibus ad tempus parent, *l. 59. C. Theod. de appellat.* Præses apparitores secum non ducebat, sed sumebat in provincia, in qua erant certi, & statuti apparitores præsidum. Si iis non licet fœnerari, aut mutuum dare in perpetuum ratione officii, quod est perpetuum, interdicetur eis commercio mutui, quo maxime humana vita indiget. Ob id licet

cet eis mutuum dare, & fœnerari. At quæritur an præses possit mutuum sumere, & d. l. *præsidis* ait posse. Opponitur *l. quisquis*, *infra h. t.* ex qua colligunt præsidem etiam non posse sumere mutuam pecuniam, quod esset illi auferre subsidium inopiæ. At non est ita. Duo tantum casus proponuntur *in l. quisquis*, quib. is, qui pecuniam credidit præsidi, coercetur: unus est, si pecunia credita præsidi, in provincia versetur, is, qui credidit quasi mercator legum, & provinciæ, id est, *νομῶν*, & quasi à preside jus ad suam voluntatem nundinari possit, quasi à præside quidvis obtinere possit, quem ubaratum habet. Si ita versetur in provincia quasi quidvis possit in præsidem, ipse relegatur, non judex, qui pecuniam sumpsit ut suæ inopiæ consuleret, & nihil admisit. At coercetur etiam judex, si collectarius honorem ambienti pecuniam crediderit, qua honorem emeret, quo casu uterque relegatur, & qui sumpsit, & qui dedit: collectarius, id est, nummularius. Symmachus *Epist.* 42. *lib.* 10. quos initio vocat collectarios, postea dicit nummularios. Igitur ea *lege quisquis* coercetur emptor honorum, & potestatum, & qui pretium honorum ei mutuum dat. Id non est omittendum, magistratus à reis sumere turpiter mutuam pecuniam, *Gellius lib.* 12. *cap.* 12. Sunt qui dicunt, sumere mutuum proprie dici eos, qui non sunt reddituri. Sic intelligunt illum versum in *Svetonii Cæsare*, *heic sumpsisti mutuum*: at id certum non est: putant etiam in *l. scriniarios*, *inf. de num. & actu. lib.* 12. usum mutuæ pecuniæ interdici scriniariis, & numerariis præfectorum prætorio, & male: Nam ea lex, est scripta ad præfectum prætorio. Nam si licet præsidibus mutuam pecuniam sumere, licebit etiam præfecto prætorio: si eis, cur non & eorum officialibus? sed lex ait, ut præfectiani, id est apparitores præfecti prætorio pro expensis publicis non cogantur mutuam sumere pecuniam, vel se obligare, vel etiam promittere, aut polliceri pecunias, ne officio deposito damnum sustineant. At mutui usus non interdicitur, sed ne cogantus mutuum sumere pro expensis publicis.

Ad L. IV. *Si absentis pecuniam*, &c. Explicui supra in l. 2.

Ad L. V. Si non singuli in *solidum accepta mutua quantitate*, *vel stipulanti creditori sponte vos obligastis* (*licet uni numerata sit pecunia*) *vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem*; *frustra veremini*, *ne ejus pecuniæ nomine vos convenire possit*: *quam alii mutuo dedit*, *si intra præstitum tempus rei gestæ quæstionem detulistis*. *Ac multo magis inanem timorem geritis*, *si pecunia numerata*, *oleum susceptum instrumento sit collatum*: *cum si reddendi stipulatio nulla subjecta est*, *& hujus rei est habita solemnis contestatio*, *in suo statu remanente eo*, *quod vere factum intercessit*, *ex olei accepti scriptura nihil debere*, *manifestum est*.

Duo rei debendi quemadmodum constituantur stipulatione notissimum est: si singuli separatim eandem rem stipulatori promittant, vel si pro reo principali singuli in solidum fidejubent. At quemadmodum ex mutuo duo rei debendi constituantur, non satis constat: quinimo videntur non posse constitui, cum non possit duobus pecunia ita dari, ut dominium eius penes duos sit in solidum: quam dubitationem adfert Accurs. verum quia duo te rogarunt pecuniam mutuam, id agebatur, ut singuli tibi in solidum obligarentur: uni pecuniam numerasti, duobus in solidum numerari non potuit, duo sunt rei debendi, qui te rogarunt. Et generaliter cum id agitur, ut numeratione uni facta, singuli in solidum teneantur: ita ex mutuo fiunt duo rei debendi, sive ambo promiserint, se eam pecuniam soluturos, sive non, & is, cui pecunia non est numerata, non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. Satis enim est, quod uni sit numerata, *l. 4. inf. de duobus reis*. At si id non agatur, ut numeratione uni facta, singuli in solidum obligentur, aut si ambo non promittant stipulanti; vel si pro reo principali, ambo non fidejubeant, non sunt duo rei. Et licet instrumento sit comprehensum, duobus fuisse pecuniam numeratam; tamen is, cui non est numerata, habet exceptionem pecuniæ non numeratæ, quam debet contestari intra præscriptum tempus, id est, intra quinquennium ex veteri jure, vel, ex constitut. Justin. intra biennium: post biennium sequimur instrumentum, nec locus est exceptioni: contestanda est igitur intra biennium: contestatione perpetuatur, *l. ult. de condict. ex lege*. Et querela potius, quam exceptio, cum etiam nullo agente contestetur. Querela igitur est, & contestatio non sumptæ pecuniæ. Similiter si numerata pecunia instrumento sit comprehensum oleum mutuo datum esse, intra præstitutum tempus competet exceptio non dati olei. Quod ita procedit, nisi is, qui pecuniam mutuam sumpsit, pro ea stipulanti promiserit se oleum redditurum, *l. eo quod*, *infra*, *hoc tit.* Et est quod ait *l. 5. cum si reddendi stipulatio nulla subiecta*, &c.

Ad L. VI. Si ex pretio debitæ quantitatis *facta novatione per stipulationem*, *usuras licitas ab eo, contra quem supplicas*, *stipulatus es*, *falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa*, *cum obligationis substantia non defecerit*, *quo minus usque ad modum placitum usuræ possint exigi*, *nihil nocet*. *Si vero citra vinculum stipulationis*, *tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est*, *& ejus præstari fœnus convenit*: *simulatis pro infectis habitis*, *hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione*.

Ad L. VII.

Species hæc est: Debes mihi pecuniam ex causa venditionis: novandi animo eam sic de te stipulor, quod te mihi dare oportet ex causa mutui, id dare spondes cum usuris semissibus? Error est in causa obligationis: Nam quod mihi debetur ex causa venditionis, stipulor quasi debitum ex causa mutui. Hic error non vitiat stipulationem, nec impedit novationem, quia aliqua existit obligatio: si vero nulla prorsus extitisset obligatio, indebitum esset, argumento *leg. indebitum* 47. *D. de cond. indeb.* si modo id non scivisset promissor, *l. fideicommissum*, *ibid.* existit, inquam, obligatio, si non mutui, ut falso præmissum est, at certæ venditionis; quæ in stipulationem transfertur. Et, ut ait hæc lex, non deficit substantia obligationis, quæ dicitur constantia debiti, *l. 11. §. si rem suam*, *de leg. 3.* Igitur novatio fiet, etsi falso præcedentis obligationis causa sit expressa, id est, pro vendito mutuum. At quæro quid sit, si sine stipulatione ita convenerit pacto nudo, quod mihi debes ex causa mutui, cum usuris semissibus dabis: ita convenit sine stipulatione. Et placet ex hac conventione non novari obligationem empti venditi. Obligationem non novat obligatio. Pacti nudi nulla est obligatio. Igitur permanet eadem obligatio. Puto tamen usuras, de quibus illo pacto convenit, venire in judicium ex vendito, quod non novatur, *l. qui negotia*, *ff. mand.* quod Accurs. non animadvertit. Id autem hoc modo, quem proposui, non convenit, ut pecunia, quæ debebatur ex vendito, mutua fieret, sed adscripta falsa causa obligationis, puta mutui, convenit de usuris: verum si ita convenisset, ut ea pecunia fieret mutua, quod tamen non ita proponitur in hac lege an fieret mutua? Accurs. existimat *l. adversus*, *inf. de non num. pec.* probari mutuam fieri ex conventione pecuniam, quæ debebatur antea ex alia causa: quia lex ait, *cum ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur*. Sed eo loco *chirographum*, id est in stipulationem, non in creditum. Id tamen aperte probat *l. singularia*, *D. de rebus credit.* Species est. Si ei, qui mihi pecuniam debet ex causa mandati, eam creditam volo, creditum fit. Ergo si ei, qui mihi debet pecuniam ex causa venditi, creditam volo, creditum fiet. Initio lex ait, *quædam singularia*, id est, contra jus commune, *esse recepta circa pecuniam creditam*, propter eius usum crebrum, & necessarium. Jure communi mutuum non contrahi-

trahitur, nisi nummos meos acceperis; jure tamen singulari est receptum, ut mutuum contrahatur, si debitorem meum jussero tibi solvere pecuniam, dum eam tibi volo credere, & eam acceperis ab eo debitore: mutuum contrahitur, licet meos nummos non acceperis. Idemque est, si alium, quam debitorem meum jussero tibi dare meo nomine, & is dederit; vel etiamsi alius ultro me ignorante tibi pecuniam dederit meo nomine, ego videor tibi credidisse, licet nummos meos non dederit, *l.certi*, *§.si nummos*, *eod. tit.* quod fictione quadam sustinetur, quasi videar ipse nummos dedisse: ex eo, quod receptum est, Ulp. colligit in *d.l. singularia*, mutuum contrahi (quod tamen non ita est receptum omnium consensu) si pecuniam, quam mihi debes ex mandati causa, in causam crediti te habere volo, & mihi debere. Nam & hæc est ratio Ulpiani: si dum nummos mihi ab alio debitos accipis, meos videris accipere, cur etiam, dum nummos à te mihi debitos usurpas, non videris meos nummos usurpare? Denique cum utroque casu mutuum non contrahitur, si per debitorem meum hoc fit, cur non fit etiam per teipsum, qui es debitor meus? Cur non admittitur fictio in hac specie, quæ in illa est recepta? Hæc est ratio Ulpiani. Cum quo pugnat Africanus, *l.qui negotia*, *ff. mand.* Et certe pugnat, ut ex veteribus Fulgosius; ex novis Molinæus adverterunt: cujus sententiæ duo sunt argumenta. Primum, quod dicit Africanus *d.l. qui negotia*, aperte opinionem Ulpiani refellit, & rationem, qua Ulpianus nititur; itaque plane ei est animus contradicere. Alterum est, quod in alia etiam re, in eadem lege dissentit ab Ulpiano. Species *l. qui negotia* hæc est: Pecuniam mihi debes ex causa mandati, ex negotiorum meorum administratione, forte quia pecuniam exegisti à debitoribus meis, ut meus procurator: convenit, ut eam pecuniam, quam mihi deberes ex mandato, quasi creditam debeas cum usuris semissibus. Quæritur, an credita fiat? Africanus ait, nuda conventione pecuniam creditam non fieri. Obstant duo: primo, quod si pecuniam, quam mihi debes ex causa depositi, creditam volo, mutuum contrahitur, *l.certi*, *§.ult. & l.seq. ff. de reb. cred.* & quidem solo consensu. Sed hoc casu nummi depositi mei erant, & qui mei erant tui fiunt. Ex causa autem mandati nummi nondum erant mei, quia nondum traditi. Nummorum non meorum creditum non fit nudo pacto. Obstat secundo ratio, qua utitur Ulpianus *in l.singularia*, mutuum contrahi, si à debitore meo mea voluntate nummos accipis. Cur ergo non est etiam in hac specie? ita respondet Africanus, id hoc tantum casu benigne esse receptum usu & consensu omnium, ut mutuum fiat, si mea voluntate à debitore meo nummos acceperis, licet meos verum sit te non accepisse, id est singulare: ideo non est hoc temere trahendum ad consequentiam, & ad casus alios. Itaque non dicemus mutuum contrahi, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo. Item non dicemus mutuum contrahi eadem ratione, si ego tibi dedi rem vendendam, ut pretio utereris, quasi credito; qua in re & Africanus adversatur Ulpiano, qui putat etiam hoc casu mutuum contrahi, *l.rogasti*, *de reb. cred.* Ulpiani sententia nititur fictione quadam & utilitate, ideo tutius est eam sequi propter utilitatem. Africani sententia nititur mero jure, quo quidem jure mutuum contrahitur re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non pacto. Pacto quidem fieri hoc potest, ut pecuniæ redactæ ex ea re, quam tibi vendendam dedi, ad te pertineat periculum: idque videtur agi, cum id agitur, ut eam retineas mutui jure, propterea quod in mutuo pecuniæ periculum est semper debitoris, *l.incendium*, *inf. hoc tit.* Et ob id ex hoc etiam pacto pecuniæ periculum ad te pertinebit, & pecunia tamen non erit mutua. Idem dicendum est, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo: Nam periculum pecuniæ ex ea conventione ad te pertinebit, quod etiam admittit African. mutua tamen pecunia non fiet. Ideoque usuræ etiam; de quibus illa conventione cautum est, venient in actionem mandati, quod sit bonæ fidei, id est, judex addictus actioni mandati habebit rationem usurarum, de quibus convenit, quæ tamen non deberentur ex nuda conventione, si pecunia esset credita: nam in mutuo nunquam veniunt usuræ ex pacto, necessaria est stipulatio usurarum, *l.idemque*, *§.si quis Titio*, *ff. mand. l.Titius*, *ff. de præscript. verb. l. 3. inf. de usur.* Itaque in illa specie non mutatur obligatio mandati, & pactum proficit ad usuras. Item ut procuratoris sit periculum, ut pecunia sit periculo mandatarii, non mutat tamen pactio causam obligationis. Postremo in mutuo non est spectandum, à quo sit pecunia profecta, sed an qui dedit, propriam dederit. Nam propriæ pecuniæ mutuum contrahitur, non alienæ. Non est quærendum qui dederit à quo habuerit pecuniam, sed an sibi acquisitam dederit. Ita si dederit, mutuum fiet, *l.7. hoc tit.* ubi legitur rectius, *si propriam*, id est, an propriam, Græcorum more.

Ad L.VIII. Si pro mutua pecunia, *quam à creditore poscebas, argentum, vel jumentas, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori: licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen sors, quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus, quod dedisti, proponis, quo minus hujusmodi quantitatis solutioni pareas.*

SI ego tibi rem vendendam dedi, ut pretio utereris quasi credito, & eam vendideris, & pretio sis usus, mutuum est ex sententia Ulpiani, & mihi competit condictio, *l.rogasti*, *de reb. credit.* Ex sententia Africani non est mutuum ex *l.qui negotia*, *mand.* sed negotium est incertum, ex quo dabitur actio præscriptis verbis. At quid si cum me mutuam pecuniam rogares, non tibi rem vendendam ea lege dedi, ut pretio utereris, sed tibi dedi rem æstimatam pro pecunia, an mutuum contrahitur? Hæc lex vult contrahi mutuum datione rei æstimatæ. Quem casum Accurs. male confert cum specie *l.rogasti*, qua mutuum non contrahitur, nisi re vendita, & demum pretio contrectato. Hoc autem casu æstimationis, mutuum contraheretur statim ab initio. Finge igitur, pro centum aureis, quos mutuo petebas, dedi tibi rem 100. aureis æstimatam utriusque consensu, etiam accepi abs te pignus minoris pretii, puta 80. Sorti, quæ est 100. non respondet pretium pignoris. An ergo eo minus condicetur ex sorte? Non: quod in fine hujus leg. proponitur. Nam etsi pignus datum pluris fuerit, non ideo tamen plus veniet in obligationem sortis, quam sit numeratum. Denique ex pignoris pretio sortis petitionem augeri, vel minui non oportet. At finge, ejus sortis, vel æstimationis nomine stipulatus sum abs te usuras ultra centesimam: & ideo supra modum legitimum: Nam ante Justinianum usura legitima erat centesima, nec excedebat centesimam, *l.1. & 2. C. Theodos. de usur.* Item etiam constat ex eo, quod Paulus scribit 2. *sentent. tit. de usur.* usuras supra centesimam solutas sorti imputari, quod scilicet supra centesimam jure non exigantur. Idem probat *l.4. §.operis*, *ff. de naut. fœn.* si modo ita accipiatur, post diem suscepti periculi, id est, quo jam non est periculum creditoris, usuram, vel pœnam pro operis servi nauticæ pecuniæ causa non deberi supra centesimam, id est, post diem periculi jus commune servari, quo usura gravior centesima non permittitur. Idem hæc lex etiam 8. optime probat; quia hæc lex 8. quam vocat initio *centesimam*, postea vocat *legitimam*: Nam initio est legendum, *licet ultra unam centesimam*, ut scripti habent: deinde sequitur, *usurarum titulo*, *legitima tantum recte petitur*. Ita recte in Norico, non addito, *summa*, id est, usura centesima,

non quæ excedit centesimam. Videtur illa esse sententia, illam stipulationem immodicæ usuræ, in eo, quod excedit centesimam, esse illicitam: usuram centesimam tamen ex ea stipulatione peti posse, & utile per inutile non vitiari. Ideoque sortis etiam petitionem ob immodicam stipulationem usurarum non vitiari, *l. pecuniæ, in pr. & l. usuras, & l. placuit. D. de usur. l. eos, §. si quis autem, infra eodem tit.* Denique creditores sortem non amittunt, quod contra legem sint usuras stipulati, vel exegerint. Quid igitur fit? an coercentur alia pœna creditores? Non, sed quod excedit legitimum modum usurarum, si exigatur usurarum nomine imputatur sorti, & sorte impleta repetitur quasi indebitum: nulla alia pœna jure nostro est constituta in eum, qui fœneratur supra modum legitimum: olim tenebatur in quadruplum, *l. 2. C. Theod. de re usur.* quod est ex jure vetustissimo. *M. Cato lib.* de *rustica: Majores*, inquit, *in legibus posuerunt: furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli*. Ascon. de Divinat. Cic. *Quadrupli condemnari solent aleæ, aut pecuniæ gravioribus usuris fœneratæ*. Sunt etiam qui notarunt ex 5. *ad Atticum l. Gabinia* eum, qui esset fœneratus supra modum legitimum, amisisse sortis petitionem. Hoc non continetur libris nostris. Nam creditor sortem non amittit ob usuras illicitas, neque etiam ulla pœna tenetur: sed vel reddit, quod superexegit, vel imputat sorti.

Ad L. IX. Cum te in Gallia *cum Syntropho certum auri pondus, itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romæ solveretur, precibus adseveras; aditus competens judex, si duos reos stipulandi, vel re pro solido tibi quæsitam actionem, sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum alioqui, quod dedistis solum restitui tibi jubebit.*

Ad L. XII. Si in rem communem *cum Jone mutuam sumpsisti pecuniam; nec re, nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum: & si eam post integram solvisti: de restituenda tibi parte contra Jonem experiri, ut debitum poscens, judice cognoscente potes. S. xv. Kal. Septemb. CC. Conss.*

Finge: duo pecuniam mutuam dederunt: singuli habent actionem pro parte, non in solidum, nisi facti sint duo rei credendi: fiunt autem duo rei credendi per stipulationem, si singuli in solidum pecuniam eam sibi reddi stipulentur. Et fiunt ex mutuo, id est, *re*, ut l. 9. loquitur, videlicet si id agatur, ut uno numerante pecuniam, debitor singulis obligetur in solidum: quo genere fiunt etiam duo rei debendi: re, id est, ex mutuo, *l. 5. supra*. Et omnino hac in re, quod traditur de creditoribus idem est statuendum in debitoribus ex *l. 12. §. 1.* Finge: duo mutuam pecuniam sumpserunt in rem communem: singuli tenentur pro parte, non in solidum, nisi sint facti duo rei debendi, per stipulationem scilicet, vel re, id est, ex mutuo. Igitur si cum non essent facti duo rei debendi, unus pecuniam solidam solverit, qui tenebatur tantum pro parte, partem, quam solvit pro altero, ab eo repetet actione negotiorum gestorum. Putat Accurs. *d. l. 12.* etsi fuerunt duo rei debendi, ei, qui solidum solvit, dari actionem negotiorum gestorum: quod est falsum, cum solverit pro sua obligatione, non quasi alienum negotium gerens. Verum dabitur ei, qui solvit actio pro socio, si socii fuerint, *l. 1. alias 2. inf. de duobus reis*, vel etiam ei, qui solvit solidum, dabitur actio mandati, si duo rei debendi vice mutua fidejusserint, & solverint partim suo nomine, partim fidejussorio, *l. reos, D. de duobus reis*, quæ lex ait, duos reos non inutiliter vice mutua fidejubere. Cur non inutiliter? quia ita sibi parant actionem mandati: vel etiam utroque casu, id est, sive fuerint duo rei debendi, sive non, ei, qui solvit solidum, dabitur condictio ex cessione creditoris, id est, si creditor ei suam actionem cesserit. Puto etiam utroque casu dari utilem condictionem etiam sine cessione. Et hoc significari in *l. 12.* dum ait, *ut debitum poscens*, id est, creditam pecuniam utili condictione: sic accipi debet. Deinde quod attinet ad speciem legis 9. non est dubium ei, qui solvit solidam pecuniam condictionem partis dari: ei, qui dedit mutuam pecuniam cum altero, licet non sint duo rei credendi, condictionem competere in solidum, partim suo, partim procuratorio nomine, si habeat mandatum: alioquin si non sint duo rei credendi, singulis competit condictio pro parte tantum; idque, seu pecunia, quam dederunt, communis fuerit, sive unius propria, in solidum: cum detur communi nomine, benigne receptum est, ut mea pecunia videatur numerata, cum meo nomine alius suam pecuniam numeravit, *l. certi, §. si nummos, D. de reb. cred.* Ergo, si quid communi nomine numeretur, uterque habet condictionem pro parte, cum non sunt facti duo rei, licet pecunia ad unum tantum pro solido pertinuerit, nec communis fuerit.

Ad L. X. Eo quod à multis *proprii debiti singulorum obligationis uno tantum instrumento probatio continetur, exactio non interpellatur. Nam si pro pecunia, quam mutuo dedisti, tibi vinum stipulanti, qui debuerant, spoponderunt: negotii gesti pœnitentia contractum recte habitum, non constituit irritum.*

Hujus legis duæ sunt partes. In prima hoc ostendit, in uno instrumento multorum debita singulorum propria comprehendi posse, nec cuique debito seorsim suum instrumentum tribui necesse est. Non ideo interpellatur condictio, quod singula debita, singula instrumenta non habeant. Possunt una charta diversorum plura debita contineri. In secunda parte ostenditur, mutua sumpta pecunia, pro ea vinum condici posse, si reddendi vini stipulatio sit subjecta, *l. 5. sup.* etiamsi promissorem promissi statim pœnituerit: hæc enim pœnitentia non rescindit stipulationem jure factam. Id tantum notandum in *hac l. 10.* articulum, *Nam*, esse accipiendum παρασυναπτικῶς, quia sunt duo diversi casus.

Ad L. XI. Incendium ære alieno *non exuit debitorem.*

In hac lege debitor accipitur stricte, & proprie pro eo, qui mutuam pecuniaam sumpsit, atque ita etiam creditor proprie pro eo accipitur, qui mutuam dedit pecuniam, *l. creditores, D. de verb. signif.* creditores, inquit, dicuntur non tantum, qui mutuam pecuniam dederunt, quia non dicuntur plerunque creditores. Sic Harmenopulus recte lib. 3. epit. scribit, creditoris, & debitoris nomine plerunque dici ἐπὶ τῶν δανειζόντων, καὶ δανειζομένων. Sententia legis est: pecuniæ mutuæ periculum ad debitorem pertinere, nec mirum, cum sit ejus pecuniæ dominus. Commodatarius, depositarius, mandatarius, pecuniæ, quam ex his causis debent, periculum non agnoscunt, quia ejus pecuniæ non sunt domini, nisi pacto convenerit, ut eorum esset periculum; ut e contrario, pacto fieri potest, ut mutuæ pecuniæ periculum sit creditoris, id est, ut ea pecunia amissa, debitor liberetur, quod fit in nautica pecunia, *l. periculi, D. de naut. fœn.* & aliis etiam causis. Rursus, qui mutuam pecuniam sumpsit, eam ipsam pecuniam, quam sumpsit, non debet, sed neque ullum certum corpus pecuniæ: Ideoque perempta ea pecunia, vel etiam consumptis omnibus bonis debitoris incendio, vel alio graviore casu, non ideo videtur periisse, quod debet: nec enim debet certum corpus, sed quantitatem, quæ solo intellectu percipitur, nec perire potest: at qui debet certum corpus, ut Stichum, vel pecuniam, quæ est in arca, eo perempto ante moram, obligatio extinguitur, at perempta pecunia mutua, amissis omnibus bonis debitoris, non dicetur periisse quod debet creditori. Itaque obligatio permanet. Et hoc est quod ait, *incendium*, id est, si incendio omnia sua bona amiserit debitor, non exuitur ære alieno, quod tantum pertinet ad eum, qui mutuum accepit.

Ad

Ad L. XIII. Eum, qui mutuam *sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fœnori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.*

Ad L. XV. Non adversus te *creditores, qui mutuam sumpsisti pecuniam, sed ejus, cui hanc credideras, heredes experiri; contra juris formam evidenter postulas.*

HOc ostendit l. 13. condictione eum teneri, qui mutuam sumpsit pecuniam suo, vel alieno nomine. Et est quod ait, licet in res alienas, id est licet alieno nomine. Is autem, cujus nomine est sumpta pecunia, vel cujus in rem sumpta est, nulla actione tenetur, videlicet si non ejus contemplatione creditor pecuniam numeravit. Dices, at qui meo nomine pecuniam dat mutuam, mihi acquirit condictionem, cur etiam is, qui accipit meo nomine, condictioni me non obligat? Nimirum quia quod quis dat meo nomine, ego dare videor, & qui accipit, à me accipere videtur. Ideoque mihi condictio competit. At quod quis meo nomine accipit, mihi quidem intelligitur acceptum. Non tamen & datum mihi intelligitur statim, nisi is fuerit animus dantis. Potest quis meo nomine accipere pecuniam; cum tamen creditor eam pecuniam dando me obligari nolit, sed accipientem, cum creditor cum accipiente tantum velit negotium gerere. Quo casu qui pecuniam accipit principaliter obligatur, non is, cujus nomine accepta est, non *is, cujus in rem versa est*. Et generaliter qui pecuniam sumpsit, tenetur condictione, etiamsi sibi eam non insumpsit, sed alii. Is, cui est insumpta pecunia, & generaliter is, ad quem quoquo modo ea pecunia pervenit, non tenetur; licet ex ea pecunia sit factus debitor debitoris, ut, quia sumpta pecunia mutua, eam mox alteri credidit, debitor debitoris priori creditori non tenetur, *l.* 15. *§.* 1. Posset hic disputari an debitor debitoris possit conveniri. Sed id dicemus titulo *Quan. fis. vel priv.* verum addatur *l. pen. inf. de oblig. & act.* quæ etiam ostendit, eum teneri, qui sumpsit mutuam pecuniam, non eum, ad quem ea pecunia pervenit. Seneca 5. *de Benef. cap.* 19. Excipitur tamen ab hac sententia pater, vel dominus prædiorum, aut negotiorum, aut rerum, in cujus rem versa est pecunia accepta à filiofamil. vel procuratore, vel actore, vel colono libero homine. Qua ex causa non tantum filiusfamil. tenetur, vel actor, aut procurator, sed etiam pater, aut dominus negotiorum, de in rem verso, *l. ei, qui, & l. ult. inf. quod cum eo, qui est in aliena potest:* tenetur etiam directa condictione, *§. ult. Inst. eod. tit.* At quid dicemus, si creditor ejus contemplatione numeravit, non accipientis, forte sciens me tibi mandasse, ut pecuniam mutuam sumeres meæ rei causa? aut pignorum meorum liberandorum causa? finge igitur: ego id tibi mandavi, creditor pecuniam numeravit negotii mei contemplatione: cognito eo mandato negotii mei causa, quæritur in quem ei actio competat? Et placet hoc casu te, qui sumpsisti non teneri ex mutuo, licet mutuum acceperis, quia non tui contemplatione est numeratum. Ego etiam in hac specie non teneor ex mutuo, quia non mihi credendi causa, sed negotiorum meorum contemplatione eam pecuniam procuratori meo dedisti, ut mea negotia expediret. Itaque non teneor condictione, sed actione negotiorum gestorum quasi institoria, id est, quasi videatur institori meo negotiorum meorum causa credita pecunia; idque, sive sit versa ea pecunia in rem meam, sive non: Satis enim est, eam dari negotiorum meorum contemplatione, nec ideo minus tenebor, quod ea sit abusus procurator meus, *l. si pupilli, §.* 1. *& l. liberto, D. de neg. gest.* Itaque hoc casu mutuum contrahitur, nulla tamen in quenquam datur actio ex mutuo, sed datur actio negotiorum gestorum in eum, cujus contemplatione est creditum. Diversa

A species est, si Titio mihi pecun. credituro, quam rogavi, mandavero, ut eam tibi numeraret ad me perlaturo: quo casu non est dubium me teneri cond. & actio quod jussu non competit, *l. ult. D. quod juss.* Diversa etiam est species, si mandavi creditori, ut tibi tua causa pecun. numeraret: hoc casu teneor mandati, quasi accessio, tu condictione, *l. 7. inf. mand.* Lex ait, *si literas ejus sequutus, qui pecuniæ auctor extitit*, id est, is unde pecunia originem habuit, *l. 7. supra hoc tit.*

Ad L. XIV. Mutuæ pecuniæ, *quam aliis dedit creditor, citra solemnitatem verb. subscribentem instrumento te non habet obligatum.*

B NOtandum est, pro altero, cui pecunia numerata est, alterum non teneri, eo quod subscripsit chirographo debitoris. Non dico, si subscripsit quasi testis, non si ut tutor, quasi interponens auctoritatem, non si ut curator, aut procurator, quæ sunt certissima: Nam qui ita subscripsit, plane non obligatur, sed dico si subscripserit, etiam ut fidejussor non obligatur, quia deficit stipulatio. Subscriptio non est stipulatio. Fidejussor non obligatur, nisi interveniente stipulatione. Subscriptio illa habetur pro pacto nudo, quod non parit oblig. Aliud est si quis subscripserit ut pater, vel dominus chirographo filii, aut servi, qua ex causa tenetur actione quod jussu, *l. 1. §. sed si servi, D. quod juss. l. 3. inf. quod cum eo, qui in aliena potest.* Subscriptio jusso comparatur: ex jusso tantum obligatur pater, vel dominus, cæteri non obligantur.

C Lex XV. Exposita est in l. 13. supra. L. XVI. in l. 3.

Ad L. ult. Super chirographariis *instrumentis hæc pro communi utilitate sancienda duximus, ut si quis pecunias credere supra 50. libras auri voluerit, vel super reddito debito securitatem accipere, cum amplius sit memorata quantitate, sciat non aliter debere chirographum à debitore, vel creditore recipere, quam si testimonium trium testium probatæ opinionis per earum subscriptiones idem chirographum capiat: Nam si contra hujusmodi observationem chirographum super pecuniis memoratam auri quantitatem excedentibus proferatur: minime hoc admitti à judicantibus oportet: Quod & in futuris creditis, vel debitorum solutionibus locum habere oportet.*

D COnd. de qua agitur in hoc tit. nascitur ex re, id est, mutui datione: an etiam nascitur ex syngrapha, aut chirographo? Constat etiam nasci condictionem ex syngrapha: cui tamen potest opponi exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium. Ea actio, quæ competit ex syngrapha, crescit in duplum ex inficiatione. *Novel.* 18. *§. studium*, si qui scripsit syngrapham, inficietur, & postea convincatur, condemnatur in duplum. Unus tantum hic proponitur casus, quo ex syngrapha non est actio, si excedat quinquaginta libras auri, id est, ter mille, & 500. aureos; nisi habeat superscriptionem trium testium fide dignorum. Igitur syngrapham, quæ majorem quantitatem continet, judex non recipiet, nisi subscripserint tres testes ex hac constitutione: tractatur etiam in hac lege de E apocha, quæ dicitur etiam chirographum, & securitas: syngrapha probatur creditum: Apocha solutio, ut syngrapha fidem facit crediti; ita etiam soluti apocha, etsi testes non intercesserint, *l. si acceptolatum, D. de acceptil. l. Lucius, §. tutelæ, D. admin. tut. l. ult. §. Titius, de cond. ind. l. testium, inf. de testib. l. qui tab. §. apocha, D. de furt.* Verum potest etiam apochæ opponi exceptio non solutæ pecuniæ intra certa tempora, *tit. de non num. pec. inf.* Chirographum, syngrapham, vel apocham accipimus pro nuda professione acceptæ, vel solutæ pecuniæ. Interdum tamen chirographum accipitur pro stipulatione scripta, & signata utriusque manu stipulatoris & promissoris. Et sic interdum loquuntur, chirographum cavere, *l. si ut cer-*

to, §.neque, D.commod. Ubi quidam legunt male, *Chirographo cavere*, Nam Jureconsult. dicit chirographum cavere, ut cautionem cavere, *l.6. D.rem rat.hab.* Verum quod dicimus de apocha, ab ea idem excipitur casus ille, qui supra, si apocha contineat quantitatem majorem 50. libris auri: quo casu etiam est necessaria trium testium subscriptio, alioqui Judex non recipit apocham, etsi de ea non dubitetur: & hoc est, quod constituit Justinian. *l. ult.* Accursius opponit *l.scripturas, inf. qui pot. in pign. hab.* quæ lex in chirographis non exigit testes. Excipiendus enim est tantum hic casus, si chirographa excedant eam quantitatem. Opponit quoque *leg. testium, inf. de test.* Hæc lex ultima tres tantum exigit, Verum hoc ita procedit, si data non sit apocha: in probanda solutione quinque testes exigimus: data apocha, nullos exigimus, vel tres tantum exigimus, vel trium subscriptionem cum apocha superat 50. libras auri. Postremo id, quod traditur in hac *l.ult.* Accursius putat mutari *Novella* 73. quod falsum est: Nam ea Novella tantum definit, quæ exigantur in chirographis, ne eorum fides in dubium vocetur, quæ si non sint observata, non ideo minus recte agetur ex chirographis, dum eorum fides in dubium non vocetur, id est, si non negentur scripta ab eo, à quo dicuntur scripta. Tunc ex his agitur recte, etiam non observatis, quæ ea Novella continentur, Ut autem hoc non possit allegari non esse scripta manu auctoris, exigimus Novellæ observationem. Sententiam ejus Novellæ explicabimus in *l. comparationes, inf. de fide instrum.*



AD TITULUM III.
DE SUFFRAGIO.

SUB hoc titulo proponitur condictio si certum petatur de suffragio. Et in C. Theo. ita inscribitur, *si certum petatur de suffrag.* Suffragium dicimus favorem, & opem, quam quis nobis præbet apud principem alicujus rei obtinendæ causa. Dicitur etiam suffragium alia significatione pecunia, quæ datur ejus intercessionis nomine, *l.ultim. de silent. inf. lib.* 12. ea forma, qua pactum accipitur interdum pro eo, quod datur pacti nomine, *l.3. de obs. patr. & Nov.* 120. eadem forma, qua *μίσθωμα* significat non tantum conventionem de mercede pensionis, sed etiam pensionem ipsam. Harmenop. 3. Epitom. Male autem Accursius hoc loco suffragium accipit pro patrocinio advocati. Et *l.militem, sup. de procurat.* eodem errore suffragatorem accipit pro advocatu. Quod autem datum est pro suffragio ei, cujus interventu aliquid impetravimus à principe, ejus non est repetitio, *l.1. Cod. Theod. eodem.* Lex lata fuit à Juliano ne quis repeteret quod dedisset suffragatori. Ammianus Marcellinus libro XXII. *Lex est promulgata*, inquit, *qua cavetur, nullum interpellari suffragatorem super his, quæ eum recte constiteris accepisse.* Primum h.l. si quid sit suffragatori promissum, non datum, potest peti condictione si certum petatur à suffragatore, qua intenditur dari, id est, dominium rei, aut pecuniæ promissæ transferri oportere in suffragatorem, & si res sit mobilis, quæ est promissa, dominium transfertur traditione bona fide facta, etiam sine scriptura, & hoc est quod dicit, *collatio rei mobilis inita integra fide*, id est, traditio rei mobilis bona fide facta: hac ratione cumulatur, id est, hoc modo perficitur translatio dominii. Quod si res immobilis sit promissa suffragatori, ut dominium mutetur, & in suffragatorem transferatur, necessaria est traditio, & scriptura. Sola traditio non sufficit, quæ in aliis causis sufficeret, ut in emptione, permutatione, donatione, & aliis: non tamen sufficit in hac causa dari suffragii nomine. Necesse est negotium scripto committi, si res immobilis sit promissa. Additur in extremo legis: si suffragator bona sibi

A promissa occupet sua auctoritate; vim facit; & tenetur interdicto unde vi, ut ereptam possessionem restituat: præterea actionem si certum petatur, amittit, quod sibi ipsi temere jus dixerit. Hoc autem congruit cum *l.extat, D.quod metus caus. & l.6. inf. unde vi.* Si suffragator, inquit lex, ea bona occupet, dum solo commonitorio de suffragio nititur (sic enim legendum, ut in *Cod.Theod.*) Commonitorium vocat promissionem suffragatori factam ex scripto si suffragaretur promissori: ex hoc commonitorio est actio si certum petatur, quæ tamen amittitur, si promissa suffragator sua auctoritate invaserit, non expectata traditione, & scriptura non confecta. Commonitorium generaliter aliis locis accipitur pro memoriali libello, qui alteri datur; & sic libellus de suffragio, quo rogatur suffragatur, quoque ei promittitur vicissim aliquid, commonitorium dicitur. Et ita in Concilio Carthaginensi commonitorium Zonaras interpretatur mandatum, quod legatis datur. Hoc loco est suffragatori facta sponsio ex scripto, quæ pro stipulatione habetur: quia cum scriptum est, aliquid alicui promissum, omnia videntur acta solemniter. Ideoque hæc actio si certum petatur de suffragio est ex stipulatione. Male putat heic Accursius, pactum nudum parere actionem si certum petatur, quo nomine recte ab Alciato reprehenditur. Ex hac igitur constitutione apparet, eos, qui valent gratia apud Principem, posse recte vendere suam suffragationem, id est, suffragationis suæ præmia jure capere, suffragia eorum eblandiri, & pecunia elicere permitti: sunt tamen in aula qui simulant se suffragari, cum non suffragentur, nec quicquam re ipsa efficiunt, sed ostentant se facturos, qui dicuntur à Martiale, *vanos circum palatia fumos vendere*, Ad eos hæc constitutio non pertinet, sed ad veros suffragatores, quibus non datur actio, antequam nos voti compotes fecerint, ut hæc lex indicat. Loquitur autem lex generaliter de eis, quorum intercessione nostra desideria implentur. Ergo loquitur etiam de his, qui nobis suffragantur ad honores obtinendos. An igitur colligemus ex eo *honores mercari licere?* Minime. Id enim jure est vetitum, *l.penul. sup. tit. prox. l.ult. inf. ad leg. Jul. repetund.* Et ut Theodorus Lector scribit *lib.1. Hist. Ecclesiast.* jam olim Marcianus, & Anastasius Imperatores id vetuerant. Quales sunt nobis constitutiones D.Ludovici, & Caroli V. At non licet quidem ex professo pro honoribus, iis, quorum judicio promovemur, id est, D qui deferunt honores, puta Principi, vel Præfecto prætorio pecuniam dare venditionis titulo, vel etiam donationis, vel alio. Turpe est pro honore ex professo dare pecuniam ei, qui honorem defert quoquo titulo, *dict. l.ult.* At per suffragii causam, quod quis nobis suffragandi studium navarit in honore petendo, aliquid rependere licet pro opera, & dati non tantum repetitio non est, sed etiam promissi, & non dati exactio est: Et hoc etiam prætextu, id est, suffragiorum nomine à petitoribus honorum, & administrationum, ipsi etiam Principes pecuniam accipiebant; quæ dicuntur suffragia [illegible], in jurejurando, quod præstatur ex Novella Justiniani 8. At hoc totum sustulit ea Novell.8. ut *Judices sine quoquo suffragio*, id est, datione, & Novel. Tiberii, quæ est 161. inter Novellas Justinianæas: eis Novellia generaliter constituitur, ne quid à magistratibus detur suffragii nomine, vel suffragatoribus, vel etiam, ne quid publicis rationibus inferatur. Itaque abrogata est hæc lex: & merito: Nam hoc est propemodum mercari honores, & provincias, sed tamen hujus rei cognitio est valde necessaria.

AD

AD TITULUM IV.

DE PROHIBITA SEQUESTRATIONE PECUN.

HIC titulus pertinet etiam ad condictionem si certum petatur, quia videlicet petitur pecunia ex quocunque contractu, ex mutuo, vel alio; & constituitur hic, ne in hac actione si certum petatur, pecunia, quæ petitur sequestro deponatur: ut si petam abs te pecuniam ex mutuo, vel ex credito, vel stipulatu, vel vendito, an possim te cogere, ut pendente lite eam summam deponas? Non. Sed prius te convinci oportere, tum cogeris solvere. Interim non fit sequestratio pecuniæ, id est, non interponitur media manus, quæ servet pecuniam, quæ petitur. Ita cavetur *l. 1. Cod. Theodos. si certum petat. de chirographis*: ubi tamen unus excipitur casus, quo pecuniam, quæ petitur, sequestro deponi necesse est, alias vero prohibetur sequestratio pecuniæ. Pecuniam autem hoc loco accipere oportet stricte pro summa, & quantitate, non late, ut Accursius putavit. Nam cæterarum rerum mobilium, quæ petuntur sequestratio fit recte. Cur ita? quia res, quæ certum corpus habent, facile corrumpi possunt, & dissipari. Et ideo pendente lite collocantur in tuto, exigente id adversario. Quantitatis nullum subest corpus, quantitas non potest perire. Igitur cæterarum rerum recte fit sequestratio: non quidem immobilium, quæ numquam fit, nisi fructuum ratione, ut fructus habeantur in deposito, ut Græci ἐν μεσιτείᾳ. Mobilium rerum, de quibus lis est, fit sequestratio, & ita possessor rei mobilis, si ejus fides sit suspecta, & non satisdet judicio sisti, judicatumve solvi, res pendente lite sequestratur, *l. 7. §. ultim. D. qui satisd. cogant.* Et post appellationem possessore, vel petitore condemnato, si bona dissipentur ab adversario, mobilia, & fructus agri sequestrantur, *l. ab executione, inf. quor. appell. non recip. l. Impp. §. ultim. de appellat.* Interdum etiam dos sequestratur constante matrimonio, vel fructus prædiorum dotalium, si dissipentur à marito, & si interveniant alia, quæ sunt in *l. si cum dotem, §. si vero dotem, D. solut. matrim.* Interdum etiam liberi, de quibus exhibendis si agitur, sequestrantur, *l. 3. §. in hoc interdicto, de lib. hom. exhib.* Et mulier ἐπίδικος, de cujus nuptiis quæritur, quam duo petunt, ex *cap. cum locum, de spons.* Item, si quis ex libertate vocetur in servitutem, & is, qui dominum dicit, dicatur rapuisse ei aliquid pendente quæstione status, id reddi oportet sub cautione, vel etiam sequestro deponi, *l. ult. infr. de ordi. cogn.* Item si quis proclamet in libertatem, eo pronuntiato libero, incipiet statim alia quæstio de rebus, quæ ad eum, vel dominum pertinent: quas interim oportebit sequestro deponi, *l. ult. inf. quibus ad libert. proclam. non licet.* Ea vero sequestratio sæpe fit Judicis auctoritate, partibus sequestrem eligentibus, *l. postquam, D. ut legat. nom. cau.* vel etiam sine Judice, ex conventione partium, ea lege, ut re judicata victori reddatur. Ea est conditio sequestrationis, ut victori reddatur. Plaut. *Servabo, quasi sequestro detis.* Et cum sequestro est actio depositi, qua agit victor: Nam sequester est depositarius rei litigiosæ, *l. 1. apud quem, §. 1. & l. si in Asia, §. cum sequestre, D. depos. l. si quis affirmavit, §. Labeo, D. de dol.* Ex eo *§. Labeo*, quidam colligunt sequestrem teneri præscriptis verbis; quod non est admittendum. Ibi qui judicatur sequester, tenetur præscriptis verbis, ut *l. si apud te, ff. de præscr. verb.* sed proprie non fuit contractum depositum, & ideo non competit actio depositi, sed subsidiaria præscriptis verbis: cum quis verus est sequester, depositi tenetur, quæ actio dicitur depositi sequestraria. Itaque concludamus, quoties lis est de rebus mobilibus, aut fructibus, recte fit sequestratio. Quoties autem pecunia petitur, non cogitur is, quo cum agitur, pendente lite pecuniæ sequestrationem facere, antequam de re sit judicatum. Igitur in actione si certum petatur, prohibetur sequestratio si pecunia petatur, non si alia res certa, & mobilis petatur.

AD TITULUM V.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

ILLUD in primis quærendum est, qua ex causa sit hæc condictio. Sic statuo: Qua actione tenetur is, qui mutuam pecuniam sumpsit, eadem tenetur qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit. Qui sumpsit pecuniam à creditore, tenetur condictione. Eadem actione tenetur, qui pecuniam quasi à debitore solutam accepit, *l. 5. §. is quoque, D. de oblig. & act.* ait, qui non debitum accepit, eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: ubi creditorum, & debitorum stricte nomen refertur ad mutuum. Idem indicat *§. item is, cui, Instit. de oblig. quasi ex cont.* perinde tenetur, ait, ac si mutuum accepisset, ideo condictione tenetur. Eadem igitur est actio ex mutuo, & ex promutuo: ex contractu, & quasi ex contractu mutui. Indebiti solutio promutuum est, videlicet si ea solvantur, quorum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur; qualia sunt ea, quæ pondere, numero, & mensura constant. Igitur si ea solvantur, quorum datione itur in creditum, solutio hæc promutuum est. Mutuum est contractus. Promutuum est quasi contractus, id est, quasi mutui datio, *dict. §. is quoque.* Mutui non debentur usuræ, nisi deductæ sint in stipulationem, *l. Titius, D. de præscr. verb.* sic promutui usuræ non debentur, id est, pecuniæ indebite solutæ, *l. 1. hoc titul.* Rursus pupillus ex mutuo non obligatur sine tutore, ita nec ex promutuo, *§. is quoque, Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Præterea ex mutuo interdum non datur condictio, *l. 6. si pupilli, §. 1. D. de negot. gest.* Sic interdum ex promutuo non datur condictio: ut si solvero quod nondum debeo, postea debere cœpi, vel certo sum debiturus, ut si solvero ante diem, cessat condictio ex promutuo, *l. 10. in diem, l. sub conditione 16. 17. 18. D. de cond. indeb.* At si solvero, quod nondum debeo, nec postea debere cœpi, ut si solvero nautæ vecturam, antequam vehendi munere fungeretur, & postea me, vel meas merces non vehat, est actio ex promutuo, seu repetitio, id est, condictio, quæ quasi ex mutuo nascitur, *l. ex conducto, §. item cum quidam, D. loc.* Ubi etiam promutuum appellatur ea solutio indebitæ pecuniæ secundum Floren. scripturam. Promutuum autem non est, si corpora solvantur, quorum datione non solemus ire in creditum, quorum datione mutuum non contrahimus, ut si solvantur homines, vasa, hisque similia, tunc non dices condictionem indebiti esse ex promutuo, quoniam rerum, quæ sunt solutæ, natura id non patitur, sed dices esse condictionem ex bono, & æquo, non promutui, scilicet ex quasi contractu. Indebiti enim solutio est distractus, non contractus, quia obligationem distrahit, quæ subesse existimatur, aut fit dissolvendæ obligationis causa. Igitur hæc condictio non est ex contractu, sed ex æquo, & bono, ut apparet ex *l. 15. indebiti, D. de condict. ind. l. pen. D. ad Trebell.* Et ideo hæc condictio non datur, nisi quatenus is, qui accepit pecuniam indebitam, ex ea est factus locupletior, *l. 8. cum hi, §. sane si is, qui, D. de transf.* Etsi detur ex promutuo hæc condictio, non tamen datur supra, quam factus sit locupletior qui accepit; cum tamen constet actionem ex mutuo dari etiam in eum, qui non est factus locupletior, *l. incendium, sup. si cert. petatur*: sed hæc condictio indebiti semper datur ex æquo, & bono, nec datur in ignorantem, ut si homine indebito soluto, qui accepit hominem ignorans, id est, credens sibi deberi, cum manumisit,

misit, non tenebitur condictione, quoniam æquitas non patitur, quæ est causa hujus condictionis, *l. in summa, §. pen. D. de cond. ind.* Igitur hæc condictio non est ex contractu, sed ex æquo & bono, non ex stricto jure: quamquam non adnumeretur actionibus bonæ fid. sed strictis. Attamen non ideo male dicitur esse ex æquo & bono, nec tam stricto jure censetur, quam cæteræ strictæ actiones. Non enim omnes strictæ eodem jure censentur. Argumento est actio ex testamento, quæ est stricta, in qua veniunt usuræ, ut in actionibus bonæ fi. quæ non veniunt in aliis strictis. Itaque omnes strictæ actiones non eodem jure censentur. Rursus cum ea solvuntur, quorum datione itur in creditum, hæc actio est quasi ex mutuo, ex tacito mutuo, ex promutuo, non ex mutuo. *Et* (ut Justin. ait) *magis est ex distractu, quam ex contractu:* ubi (*magis*) non comparative ponitur, sed positive: sic *l. 1. ff. communi dividundo. Actio pro socio magis pertinet ad præstationes personales, non ad communium rerum divisionem.* Hæc a. actio est duplex, certi & incerti. Certi, veluti solutæ pecuniæ: incerti, veluti cautionis indebitæ, aut promissi indebiti, ut si promisi quod non debui, non agam certi: cautio incerti condicitur. Sic accipe l. 3. hic. Item possessionis condictio est incerti, *l. indebiti, §. sed & si nummi, D. de cond. ind. l. qui exceptionem, §. si pars, eod. tit.* & adhibita *l. heres, ad Trebel.* ex quibus locis intelliges possessionem indebite traditam incerti condici, sicut dominium indebite translatum. Obstat *l. si in area, & l. ex quibus cau. eod.* quæ leges negant ei competere condictionem, qui tradidit possessionem, quam dare non debuit. Dicendum utramque l. loqui de condictione certi, non de incerti, & de retensione facti, non juris. Retentio facti est, quæ fit per exceptionem, ut si quis in alieno solo bona fide ædificaverit, non habet actionem, qua sumptus repetat: sed domino soli ædificium vindicante, is, qui ædificavit per exceptionem doli retinebit rem, quoad sumptus ei solvantur: atque ita sibi servabit impensas, quas non potest petere, *l. Paulus, ff. de dol. except.* Retentio juris est, quæ fit ipso jure, ut dotis retentio fit ipso jure propter impensas in res dotales factas: quoniam impensæ dotem ipso jure minuunt. Item peculii venditi cum servo, si postea servus venditori furtum fecerit, ipso jure est retentio .i. ipso jure ob id factum peculium ipsum minuitur, *l. servus, quem, ff. de act. emp.* Hoc cognito, ita rem definiamus: ex quibus causis ipso jure retentionem habemus, ea si solverimus, nec retinuerimus, certi condicere possumus quasi indebita, *d. l. servus, & l. quod dicitur, §. ult. ff. de impens. in res dot. fact.* Sequitur altera propositio. Ex quibus causis retentionem opposita exceptione habemus, ea si solverimus, certi condicere non possumus, quia nullius rei dominium in accipientem transtulimus, ex *l. ex quibus, & d. l. si in area.* Possumus tamen incerti condicere possessionem, quam per exceptionem retinere potuimus. Illud quoque est sciendum, condictionem indebiti soluti, aliam ex numeratione vel traditione esse, aliam ex consumptione. Est ex numeratione, si meam pecuniam dedi solvendi animo: ex consumptione, si alienam pecuniam solvi, & sit consumpta. Quod si non sit consumpta, non certi, sed incerti est condictio, ut vel possessio reddatur, quia ejus pecuniæ possessio erat mea, dominium non item. Itaque accipientem feci possessorem, non dominum. Condicam ergo tantum quod in eum transtuli, id est, possessionem. Igitur hac condictione vel condicitur possessio, quæ nostra fuit, & in accipientem translata, vel corpus, quod nostrum fuit, vel si sit promutuum, ut si sit pecunia soluta, vel vinum, tantumdem ex eodem genere condicitur, *l. quod indebitum, l. si pœnæ, §. si falso, ff. de condict. indeb.* Quod autem est nostrum, nec est translatum in accipientem, licet datum sit & solutum (plerique n. solventes non mutant dominium) cessat hæc condictio certi. Et generaliter, ubi est vindicatio, vel actio ad exibendum, re mala fide consumpta, cessat hæc condictio certi, *l. dominus, l. interdum, l. si in area, eod. tit. l. servus inscio domino, ff. de fidejuss.* Denique hæc condictio domino non datur, sicut nec alia ulla præter furtivam. Ex quo apparet, eum, qui solvit pecuniam indebitam, dominium in accipientem transferre: & ideo condictionem habere, si eam per errorem solverit, quam non haberet, si dominium pecuniæ solutæ retineret. Ergo errans rei suæ dominium amittit. Hoc videtur pugnare cum *l. si procurator, ff. de acq. rer. dom.* Nemo errans rem suam amittit. Item in *l. 3., §. subtilius, ff. de cond. cau. data, &c.* Distinctio hoc explicabit. Ita constituamus. Errans in re ipsa, reive dominio, dominium non amittit; ut si rem suam tradat quasi alienam, dominium non amittit, quia nec eo fuit animo, ut suæ rei dominium transferret, sed alienæ, mandato ejus, quem putabat dominum. Errans hoc modo, rei suæ dominium non amittit: at errans in causa traditionis, dominium amittit, ut si quasi ex causa debiti tradam rem meam, quam non debeo: nam hoc casu volui eam rem facere accipientis, volui mutare dominium rei. Cæterum id dominium condicam hac actione. At error ille non obstat translationi dominii. Errans in persona, dominium non amittet, ut si quis solvat Titio quasi creditori, qui se Titium esse mentitur, & simulat, quo casu ab accipiente fit furtum, *l. falsus, D. de furt.*

Ad L. I. Pecuniæ indebitæ, *per errorem, non ex causa judicati, solutæ, esse repetitionem jure condictionis non ambigitur. Si quid igitur probare potueris, patrem tuum, cui heres extitisti, amplius debito creditori suo persolvisse: repetere potes. Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras. Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.*

IN l. 1. hoc tit. tria sunt adnotanda. Primum est, ex causa judicati solutum condici non posse, licet jure debitum non fuerit. Res judicata, sicut non tollit naturalem obligationem, *l. Julianus, D. de condict. indeb.* ita nec parit obligationem: eadem n. est causa producendæ, & tollendæ obligationis cujusvis; civilem tantum obligationem parit res judicata, quæ nulla exceptione infringi potest. Actionem judicati parit, quæ olim ex inficiatione crescebat in duplum. *Paul. l. 1. Sent. t. 20.* Ideo ex sententia judicis solutum condici non potest, licet antea non deberetur, *l. 1. & l. cum putarem, D. famil. ercisc. l. 2. inf. de compensat. l. 29. si fidejussor, §. in omnibus, D. mandat.* Et ideo in *l. servo, D. de condict. indeb.* recte adjicit, *si sine judice solverit.* Nam quod per judicem .i. judicis sententia solvitur, non condicitur. Excipiuntur duo casus: si ex falsis instrumentis sit judicatum, ut falso chirographo, & falsi crimen probetur, *l. ult. inf. si ex fals. instrum.* Item si quod quis jure solvit ex causa judicati, postea redierit ad injustam causam, vel potius nullam, ut in specie *l. 2. D. de condict. sine causa.* Species est: Ego dedi fulloni vestimenta lavanda, quo modo contrahitur locatio, & conductio si constituta sit merces. Fullo vestimenta mea sua culpa amisit. Cum eo egi ex locato. Judex eum condemnavit ad pretium vestimentorum: mihi pretium solvit ex causa judicati. Debitum igitur solvit. At postea vestimenta inveni, & in potestatem meam venerunt, & ita rem habeo, & pretium, quod est iniquum. Qua actione fullo consequetur pretium, quod dedit? L. 2. dat condictionem sine causa, quia quod initio fullo jure debuit, deditque, postea repertis vestimentis rediit ad injustam causam, vel potius nullam: His igitur casibus, licet sit solutum ex causa judicati, competit condictio sine causa, atque etiam indebiti: Nam quod apud te est sine causa, indebitum videtur: itaque hac, vel illa condictione condicitur. Condictionum autem harum ob rem dati, indebiti, sine causa, ex injusta causa, est usus promiscuus. Nulli alii casus videntur excepti. Quid igitur dicemus in hac specie,

cie, de qua Fulgosius dixit se consultum esse? Finge, pecuniam, quam debitor meus mihi solvit, post mortem ejus ab herede petii, heres condemnatus ex causa judicati eam mihi iterum solvit; postea inventa apocha, quam defuncto dederam, heres agnovit me bis idem exegisse. Quid fiet? An est aliqua actio ob apocham postea inventam? Sententia non retractatur, *l. 4. inf. de re judic.* Condictio etiam cessat, quoniam hic casus non est exceptus, & nominatim condictionem cessare in hac specie traditur *d. §. in omnibus*. In hac specie de creditore loquitur, qui semel solutam pecuniam iterum accipit. Cessat hoc casu restitutio in integrum ex illa clausula, si qua justa causa sit, quam restitutionem hoc casu competere putat Accurs. *d. §. in omnibus*, & Fulgos. sed male. Illius enim clausulæ argumento, quam latissime accipiunt, abutuntur plerumque nostri DD. sed illa debet tantum accipi de absentibus, *l. nec non, ex quib. cau. maj.* alioqui si latissime acciperetur, & ex ea fieret restitutio omnibus casibus, quibus æquitas id postulat, numquam daretur actio de dolo, quia semper hæc restitutio competit, & tunc cessat actio de dolo: præterea furti actio cessat, quia qui sciens indebitum accipit, furtum non committit, quia dominus fit, si non erret in persona. At in ea specie in scientem est actio criminalis stellionatus .i. in eum, qui bis sciens eandem pecuniam accepit, *d. §. in omnibus* propter calliditatem, ait. Ergo est de dolo civilis eo casu. At in ignorantem quænam est actio? ut si heres creditoris, cui debitor pecuniam solvit, egerit cum herede debitoris ignorans solutum, & ex causa judicati pecuniam exegerit: & putem, quia iniquum est duplum pervenire ad creditorem, aut creditoris heredem, competere hoc casu actionem prætoriam, quæ semper est subsidiaria, concurritque cum actione de dolo, *l. qui servandarum, D. de præscr. ver. l. jurisgentium, §. 1. de pact.* Ubi in scientem datur actio de dolo: plerumque in ignorantem est actio in factum prætoria, quæ datur ex decreto. Secundo notandum ex h. l. 1. in condictione indebiti incumbere actori onus probandi indebitum fuisse: quia præsumitur debitum solutum. Nonnumquam tamen actoris conditio, & qualitas, ut si sit pupillus, vel dissolutus quidam, aut inficiatio rei, transfert in reum onus probandi, debitum fuisse, quod accepit; præsumptione faciente pro actore, quod explicatur *l. cum de indebito, D. de probat.* quæ tota l. est Triboniani. Postremo notandum ex l. 1. usuras indebitæ pecuniæ solutas non posse repeti: ut mutui, ita promutui usuræ non debentur. Unde apparet in h. l. 1. pecuniam accipi stricte pro nummis. Idem est error Accurs. hic, qui in tit. super. ubi pecuniam late accipit. Idem servatur in aliis condictionibus. Nam usuræ non condicuntur, *l. 4. de condict. ob turpem caus.* Alia est ratio fructuum rei solutæ, ut cum non pecunia, sed species est data. Nam & species condicitur, & fructus, *l. indebit. l. in summa, §. qui indebitum, de cond. indeb.*

Ad L.II. Si citra ullam *transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es: advers. eam, quæ te delegavit, condictionem habere potes.*

Ad L.III. & IV.

DUO notanda sunt in h. l. Primum, Condictionem indebiti mihi dari adversus te, non tantum si tibi promisero, aut solvero, sed etiam si creditori tuo solvero te delegante. Est etiam hoc casu actio mandati, si solvero, aut promisero cui me delegasti, *l. si quis delegaverit, D. de novat. l. si mandatu. §. si judicio, D. mand.* Hæ condictiones concurrunt cum actionibus bon. fid. non utique cum strictis. At adversus tuum creditorem, cui me delegasti, mihi neque condictio competit si solvero, nec exceptio doli, si promisero, & agat, quia suum repetit, aut suum recepit. Aliud est dicendum, si me ei delegaveris, cui non debebas; nam tunc etiam adversus eum habeo exceptionem doli, & condictionem indebiti, *l. Julianus, ff. de except. doli.* Est ea sententia Juliani in *l. 2. §. aliud, D. de donat.* & hoc cum revera tibi non debebam. At si cum revera deberem, me delegasti ei, quem falso tuum creditorem putabas, tum non competit mihi condictio, quia vere debui, sed tibi competit condictio, *l. quamvis, §. interdum, ff. ad Vellej.* Itaque hæc condictio indebiti datur, non tantum solventi, aut promittenti, sed etiam deleganti, quia delegatio solutionem imitatur: quæ datur solventi, est certi condictio, quæ promittenti aut deleganti, est incerti .i. liberationis condictio, & facilius datur promittenti, quam ei, qui jam solvit, ut ait *l. 3.* Si solutum repeto; quod est difficilius, & minus probabile, repetam & promissum. Argumentum est à minori .i. à minus probabili: vulgo dicitur à majori, ut si diceres, si ex pacto civitas petit usuras creditæ pecuniæ, *l. etiam, de usur.* petet etiam ex stipulatione. Postremo notandum ex l. 2. solutum ex causa transactionis condici non posse, puta ut à lite discedatur, vel controversia, licet res nulla fuerit media, licet is, qui à lite discedit, nil juris in re habuerit. Ita accipienda *l. in summa, §. 1. de condict. ind.* Ex eo loco notandum quæ sit differentia inter rem, & litem, & notandum, litem potius dici debere, quam rem, verum si calumnia sit evidens .i. si perspicuum sit, constetque rem nullam seu jus fuisse, datum ob causam transactionis, condici potest, quia transactio est imperfecta. Huc etiam pertinet *l. nec intentio, sup. de transact. l. 6. sup. de jur. & facti ign.* Similiter solutum ex causa, quæ ex infitiatione crescit in duplum, non condicitur, licet non debeatur, cujus rei est obscura ratio, *§. ult. Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu.* Ratio est, quia videtur solvi à sciente propter metum pœnæ dupli, argum. *l. illud, D. de petit. her. & l. si non sortem, §. si quis falso, de cond. ind.* Infitiatione crescit actio l. Aquiliæ in duplum, *l. inde Neratius, §. hæc actio, D. ad l. Aquil.* Item actio legatorum piorum, in *d. §. ult. Instit. & in §. ex maleficiis, de action.* Item actio depositi ex certis causis, ut tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, *§. sed & furti, de action.* Item condictio ex syngrapha, *Nov. 18.* & ex contractu habito cum argentariis sine scriptura, ex *edicto Justin. 7.* Olim etiam actio legatorum relictorum per damnationem crescebat, *d. §. ult.* Item actio ex empto ob ementitum modum agri, *Paul. 1. Sent. tit. 19. & in 2. tit. 18.* Id fuit ex 12. tab. Item actio judicati. Cic. *pro Flac. decrevi, ut si judicatum negaret, in duplum iret.* Postremo condictio bene depensi. Hodie igitur legatorum piorum per errorem solutorum non est condictio, quia solvuntur ex causa, quæ infitiatione crescit in duplum. Item æstimationis damni per errorem solutæ non est condictio: item depositi propter causam tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, & crediti chirographarii per errorem soluti non est condictio: quoniam hæ causæ infitiatione crescunt in duplum, & qui solvit, ultro videtur, & sciens solvere, evitandæ pœnæ causa. His tantum casibus est pœna constituta ei, qui it ad inficias, *l. inter coheredes, §. qui familiæ, ff. famil. ercisc.* Ita loquitur ad inficias ire, ut ad incitas, uno verbo pro egestate. In illo a. *§. qui familiæ*, sunt duo versus Triboniani ex constitut. Justinianæa de jurejurando propter calumniam, quod ante Justinian. non exigebatur. Nam ait, *in actionib. duplicib. &c.* Et postea subjicit, *& ideo uterque debet jurare non calumniæ causa ad inficias ire*, quod totum est Justiniani.

Ad L.V. Si à patre emancipatus, *et non intra tempora præstituta jure bonorario successisti: quicquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, ejus condictionem tibi competere, non est incerti juris.*

Ad

Ad L.VI. Si per ignorantiam *facti non debitam quantitatem* A *pro alio solvisti, & hoc adito rectore provinciæ fuerit probatum: hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.*

QUæstio l. 5. hæc est, an is; qui solvit quod non ipse, sed alius debet, habeat condictionem. Finge: quidam falso existimans se heredem esse, aut bonor. possessorem, vero hereditario creditori, quod debetur solvit: an habet condictionem? Hæc l. 5. ostendit ei condictionem dari, itemque *l. si pœnæ, §. 1. D. de cond. ind. & l. 2. §. 1. de his, qui in priorum creditor. locum success.* Obstat *l. repetitio, D. de cond. ind.* quæ dicit non teneri condictione eum, qui suum, i. sibi debitum recipit, licet à non debitore receperit, B Dominus Budæus *ad l. ult. D. de ædil. edicto* affirmat esse antinomiam, quod non scripsisset, si doctissimum juris interpretem Accursium non abhorruisset, quo vitio etiam Petrus Stella, discedens ab Accursio in ea lege, nescio quæ monstra finxit, quæ Zasius refutavit. Accursius recte dicit: *aut quod alius debet, tu solvis tuo nomine, aut debitoris*. Si tuo nomine, tibi condictio competit, & verus debitor ex eo non liberatur, ut *h. l. 5. & d. l. a.* Addatur etiam *l. in summa, in fin. D. hoc tit. l. cum quis, §. de pecul. de solut. l. si quid possess. D. de petit. hered.* si solvis nomine debitoris, nulli tum condictio competit, & debitor liberatur, *l. quod nomine, & l. servus cujusdam, in fin. de cond. ind.* Et ita accipienda est *l. repetitio*. Addatur etiam *l. de hereditate, sup. de pet. hered.* in qua est ponendum, eum, C qui falso putavit se esse heredem, solvisse heredis nomine, & ideo cessare condictionem: in specie hujus l. qui falso putabat se heredem, solvit suo nomine, & ideo condictioni locus est. Hæc Accursii distinctio est frequentissima: qua etiam utimur in specie *l. 11. ff. de cond. ind.* si pater, vel dominus, cum quo actum est de peculio, per errorem solverit plusquam est in peculio, an condicet, quod plus solvit? si servi, vel filii nomine solvit, non condicet, quoniam debebat id omne, *d. l. 11.* si suo nomine, condicet: quia non debuit supra peculii quantitatem, *l. si quis reum, §. idem, de libert. leg. l. 1. inf. & l. 2. de constit. pec.* Eadem etiam distinctione utitur in specie *l. indebitum, & l. frater, §. ult. D. de cond. ind.* Indebite promissæ pecuniæ fidejussor acceptus solvit. Quis condicet solutum? Ipse D fidejussor si suo nomine solvit: promissor, si promissoria nomine. Itaque illa distinctione Accurs. neque verius, neque certius quicquam. Fateor esse antinomias in jure, in ea quæstione certe nulla. Antinomiæ quæ sint Bud. non percepit, non erit a proposito alienum eas, quas putat *ἀντινομίας* hic recensere, & refellere. Primam constituit ex *l. percipiunt, & l. ultima, D. de Ædil. edict. leges præcipiunt* veteratorem accipi pro mancipio, trito, longo usu, longo spatio serviendi. L. ult. ait, veteratorem non pro spatio serviendi, sed genere, & causa æstimandum. Nulla est antinomia. Nam in *l. ult. non*, accipere oportet pro *non solum*. Aliam constituit ex *l. per servum, §. denique, D. de usu & habit. & l. huic stipulationi, D. usufruct. quem. caveat. L. per servum* ait, inutile esse legatum si fructus legetur sine E usu, quia vix potest esse fructus sine usu. *L. huic stipulationi* videtur repugnare, quia ait fructum sine usu obtineri posse. Hæc non sunt pugnantia: regulariter fructus non est sine usu, accidit tamen interdum, ut sit sine usu: quod explicat *d. l. per servum, §. ult.* posita hac specie. Testator ab herede tibi legavit nudum usum fundi: deinde heres ejusdem fundi fructum Titio constituit, & cessit: non potuit heres in Titium transferre usum, qui tibi soli fuerat testamento adscriptus. Ergo in Titium transtulit nudum fructum heres. Sic fiet, ut heres ejusdem fundi habeat proprietatem nudam, & tu nudum usum, Titius nudum fructum sine usu. Itaque in eo fundo Titius A non potest habitare, & à te prohibetur illuc venire nisi ad fructus percipiendos. Tertio constituit aliam ex *l. quid tamen, & l. cum ab eo, §. ultim. de contr. empt.* Sed *l. quid tamen* loquitur de inauratis, & inargentatis; *l. cum ab eo* de argento coopertis, quæ sunt diversa: quod diximus late in *l. 22. de verb. oblig.* Quarto constituit aliam antinomiam in *l. 10. & l. stipulationes, §. ult. de ver. obligat. cum l. insulam, eod. t.* Inter quas tamen est evidens ratio differentiæ, si ita concipiatur stipulatio: Insulam ante biennium fieri, non committitur ante diem, *d. l. Insulam*. At si ita concipiatur, si insulam intra biennium non feceris, 10. dari. Hæc committitur ante diem .i. statim atque certum erit insulam non posse absolvi ante biennium: Igitur committetur ante diem, quia est conditionalis tantum, non in diem, *l. 10.* B Idemque est si die non addito, ita stipulor, insulam fieri, *d. l. stipulationes, §. ult.* Melius Budæus commisisset *d. §. cum l. 14. eod.* in quibus continentur duo diversæ scholæ præcepta. Idem etiam aliam antinomiam constituit ex *l. si filiusfamil. ff. de judic. & l. ultim. ff. de extraord. cognit.* Una lex ait, judicem litem suam facere, si dolo malo iniquam sententiam tulerit. Altera ait, judicem litem suam facere, si per imprudentiam inique pronuntiaverit. Quæso quid vetat utrumque esse verum? Judex litem suam facit, si dolo inique pronuntiet. Judex etiam litem suam facit, si per imprudentiam, & ignorantiam juris inique pronuntiet. Item aliam adfert *ex l. cum quidam, & l. in fraudem, de jure fisci*. Sciendum est .a. fiscum revocare ea, quæ debitor alienavit C in fraudem fisci, vel quæ reus capitis, qui postea condemnatus est. Ea *l. in fraudem* adjicit in fraudem fisci fieri non tantum si quid alienetur, sed etiam si quid non quæratur .i. si debitor fisci non utatur occasione acquirendi: in omnibus ait, æque fraus punitur. Male Alciat. 3. *πάρεργων*, c. 19. illa verba *& si non quæratur*, sic exponit, etiamsi debitor fisci, qui rem alienat, in accipientem dominium non transferat, id est, etiamsi non acquiratur à debitore fisci. Rectius Græci, qui dicunt revocare fiscum: *τὰ ἐκποιούμενα, κ μὴ κτώμενα i. alienata, & quæ debitor non acquisivit*. Verum *l. cum quidam*, à reo capitis filio emancipato, ut is delatam hereditatem adiret, sibique adquireret non patri, ait, non videri factum in fraudem fisci, quod non sit acquisitum. Breviter ita D dicendum est, æque puniri fraudem seu in alienando, seu in non acquirendo fiscum fraudaverit quis, *d. l. in fraudem*: licet aliud servetur in privatis creditoribus actione Pauliana vel Fabiana, in quorum fraudem non acquirere licet, alienare non licet. In fraudem fisci neutrum licet: nec obstat *l. cum quidam*: nam hoc non significat non videri factum in fraudem fisci, si non acquiratur, sed non recte ita colligit: Si filium emancipet reus capitis ut hereditatem habeat, occasione acquirendi non utitur. Ergo facit in fraudem fisci, & gesta sunt revocanda. Vitiosa est collectio illa, ut ea l. significat, alioquin non liceret reo capitis filium suum emancipare, quod soli reo perduellionis ademptum est, *l. ult. §. emancipationis, ad l. Jul. Majest.* Ergo reo emancipandi causa E licet acquirendi occasionem negligere, licet ex ea re fraudetur fiscus. Nunc circa l. 5. restat hæc quæstio, an si quis solverit alieno nomine, quod nullus debet, an ei, cujus nomine solvit, competat condictio? sic videtur in l. 6. hic. Dices, ergo per liberam personam non acquiri actionem. Sic sane acquiritur ex mutuo, *l. certi, §. si nummos, D. de reb. cred.* Ergo acquiritur etiam ex promutuo. Per liberam personam acquiritur actio non tantum ex mutuo, sed etiam ex promutuo, quam constat ex aliis causis non acquiri. Restat etiam dicere quod in specie *l. 5.* videatur erranti in jure dari condictio indebiti. Species est: Petiit filius emancipatus bonorum possessionem unde liberi post annum, quod non licet, & lcro fit:

ea .n. anno finitur. Bonor. possessio est sine re, quia sero petita est: At filius putat se esse bonorum possessorem. Errat in jure, si putet post annum se fieri bonorum possessorem, & tamen si hoc errore ductus solverit hereditariis creditoribus, solutum condicet: Breviter dicendum est, filium non jure, sed in facto errasse, ut quia putavit nondum annum praeteriisse, alioquin erranti in jure non datur condictio indebiti, *l. cum quis, C. de juris, & facti ign. l. pen. §. si quis, D. eod. l. error, inf. ad legem Falc.* Minori tamen succurritur per restitutionem in integrum, *l. 2. sup. si advers. sol.* Et interdum etiam majori, *l. illud, ff. de minor.* Justa ex causa, & benigne, ut ait *l. 1. D. ut in possess. leg.* Sed quod benigne fit, non est in consequentias trahendum, *l. qui negotia, D. mand.* Male igitur Accurs. scripsit *l. 1. h. tit.* erranti in jure condictionem dari. Movetur hac ratione. Error juris in damnis non nocet, *l. 7. & 8. D. de jur. & fact. ign.* Ergo erranti in jure debet condictio dari, ne versetur in damno. Cui ita respondendum est. Error juris in damnis non nocet, i. damnum non infert, at damno etiam non liberat, nec damno subjicit, nec subducit. Ut ecce, quod quis jus ignoraverit, non ideo habetur pro confesso, ut & si quis ignorans legem Falcidam confiteatur se debere legatariis solida legata, *l. 2. D. de confess.* Verum quod quis jus ignoraverit, ideo non habetur pro confesso, ne juris ignorantia damnum adferat. At quod quis jus ignoraverit, non ideo habetur pro non confesso, si alias sit confessus. Similiter quod quis jus ignoraverit, non ideo non habet condictionem indebiti, puta ex transactione imperfecta, *l. eleganter. §. item si ob transactionem, D. de condict. indeb.* At etiam quod jus ignoravit ei non datur condictio, quae quidem non competit ipso jure, sed ex bono, & aequo, sic in *l. 3. D. ad Macedon. & l. si fidejussor, §. 1. D. mand. l. sicut, in fi. inf. de praescript. 30. & 40. ann.* Juris error his omnibus locis non hoc facit ut denegetur actio, sed etiam non obstat quo minus denegetur. Denique ut juris error damnum non infert, ita etiam damno non eximit.

Ad L. VII. Fideicommissum, *vel legatum indebitum per errorem facti solutum, repeti posse explorati juris est.*

IN l. 7. hoc ostenditur, legatorum, seu fideicommissorum per errorem solutorum, condictionem esse, *l. 2.* D *& 3. D. eod.* Et Paulus 3. *Senten. tit. de legat. in fi.* In fragmen. Ulpiani *tit. de leg.* scriptum est, non esse verum, superest negatio. Excipiuntur ab hac sententia legata pia, & olim omnia legata per damnationem excipiebantur, *§. ult. Institut. de obligat. quae quasi ex contract. nasc.* quae quidem legata debita, qui inficiantur, cunt in duplum, qui ultro solvunt etiam indebita, non condicunt secundum regulam *l. 4. sup.* excipiebantur etiam olim legata relicta incertis personis, ut si quis legasset advocatis, ea legata non valebant, nec poterant peti; soluta tamen non poterant condici, *§. incertis, Instit. de legat.* Hodie valent, & si solvantur, debita solvuntur, nec repetuntur.

Ad L. VIII. Creditoris falso *procuratori solventi, adver-* E *sus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.*

VErus debitor, qui solvit vero procuratori creditoris, liberatur. At quid si solvat falso procuratori creditoris? id est, ei, qui simulat se esse procuratorem creditoris? ita distinguendum est: creditore ratum habente debitor liberatur, *l. si vendidero, §. si Titius, D. de furt.* creditore ratum non habente, debitor non liberatur, sed habet adversus falsum procuratorem, cui solvit, ut Paulus ait, *l. si procuratori, D. de cond. causa dat.* condictionem ob rem dati: ut haec l. 8. ait, habet condictionem indebiti. Haec non sunt

A pugnantia: ubi est condictio ob rem dati, ibi est etiam condictio indeb. si quis ita malit formare condictionem. Et ita quae dantur conditionis implendae causa, si dandi nulla causa sit, vel quasi indebita, vel quasi ob rem data, condicuntur actoris arbitrio, *l. ult. D. de condict. indeb. l. 3. §. si quis quasi, D. de cond. causa dat.* In specie autem proposita ita demum illae duae condictiones dantur debitori adversus falsum procuratorem, si ea mente ei solverit, ut nummi ejus fierent, deinde tradantur domino. At si ea mente dederit, ut perferrentur ad creditorem, nec pertulerit eos, furtiva tum in procuratorem condictio datur, quasi furto nummorum facto. Haec condictio ubi est, illae cessant. Haec est de re, quae nostra mansit: illae sunt de re, quae nostra fuit, *d. l. si procuratori.* Et haec quidem,
B si procurator debitum accepit: at quid si indebitum ei solutum sit? quis tenebitur condictione? Eadem est adhibenda distinctio, quae supra. Si dominus ratum habuerit, ipse tenebitur condictione indebiti: si non habuerit ratum, procurator tenebitur condictione ea, vel etiam furtiva, si furtum fecerit, *l. falsus, §. 1. D. de furt. l. si indebitum, D. rem ratam hab. l. si pupilli, §. idem quaeritur, D. de negot. gest.* Et haec de procuratore, qui accepit debitum, aut indebitum. Nunc videndum quid sit, si procurator verus, aut falsus dederit, aut solverit indebitum. Eadem utemur distinctione. Domino ratum habenti datur condictio indebiti, idque seu in mutuo, seu promutuo, *l. 6. sup.* domino autem non habente ratum, procuratori datur utilis condictio indebiti exemplo mutui, *l. 4. sup. si cert. pet.* Sicut sequi-
C mur exemplum mutui domino ratum habente: ita sequimur domino ratum non habente. Igitur quod dicitur in *l. si procurator, D. de condict. indeb.* Julianum scripsisse, procuratori non dari condictionem indeb. qui solverit nomine debitoris, id est accipiendum de directa. Utilis namque dabitur domino ratum non habente, exemplo mutui. Quid si procurator debitum solverit nomine debitoris? Constat tunc cessare condictionem, *l. 5. sup.* id est, nec dari domino, nec procuratori, & dominum, id est, debitorem liberari etiam invitum, & ignorantem, seu verus, seu falsus sit procurator.

Ad L. IX. Indebitum solutum sciens, *non recte repetit.*

Ad §. Citra mandatum autem *ab alio re distracta: dominus, evicta re, vel ob praecedens vitium satis emptori faciens, non indebitum praetendere potest, sed per hujusmodi factum ratum contractum habuisse probans, a se debitum ostendit esse solutum.*

Ad L. ult. Pro dubietate eorum, *qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen ll. latoribus incidit, idne, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes, sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, & praesumptionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.*

REm meam vendidisti sine mandato meo: valet venditio, si ratum habuero. Nam ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur. Videor autem ratum habere, si re evicta emptori solvero, quod ejus interest: Vel etiam si ob vitium, aut morbum rei venditae ei solvero; quanto minoris emisset, si id scisset, qua in re actio illi competit ob praecedens vitium: Nam ob vitium, quod post venditionem res contraxit, venditor non tenetur, *l. quaero, §. ult. de aedil. edic.* ob praecedens tenetur, non ob sequens vitium. Haec pro ratihabitione habetur: ideoque condictionem indebiti mihi qui solvi, non parit: scientibus non datur condictio indebiti: vel quia videntur rata habuisse, quae sunt gesta, vel quia videntur donare, *l. qui fundum, §. servus meus, D. pro empt.* vel etsi non habuerint animum donandi, id sibi imputare debent, *l. quod quis sciens, D. de condict. indeb.* Una ratio non semper fa-

eit, ut scienti denegetur condictio, sed vel prima, vel secunda, vel tertia: Omnes sunt idoneæ rationes. Errantibus tantum, & ignorantibus datur condictio, & ignorantibus factum, ut errantibus in calculo, non ignorantibus jus. Nunc quæritur quid sit dicendum de dubitantibus, hæsitantibus, & titubantibus: hæc est quæstio *l.ult.* Hi videntur mediæ esse cujusdam sortis inter scientes, & ignorantes, vinctis similes, ut ait Aristot. 3. *Metaphys.* magis tamen accedunt ad ignorantes. Qui dubitant, ignorant rem propositam, *l.1. in princ. de leg.3.* Uno loco ait, *dubitat*. postea, *ignarus sit*, *l.qui in test. & seq. D.de testam.* Igitur qui dubitat ignarus est. Dubitatio est inhibitio progressionis ad sciendum, propensio tamen ad inquisitionem. Et ideo Latinis error est dubitatio plerumque, ut Cicer. 1. *in Rullum, jam omnis*, inquit, *omnium tolletur error*. Et ideo Justinianus censet *l.ult.* dubitanti æque, ac ignoranti dari condictionem indebiti, & adjicit eos non præsumi solvisse in dubio transigendi causa, nisi hoc probetur. Præsumptio transactionis obstat condictioni. Transactio fit de re dubia, *l.1. D.de transact.* at solutio non statim ideo quod fiat in re dubia, transactionis causa fieri intelligitur, nisi hoc probetur: Hoc probato cessabit condictio.

Ad L.penult. Si quis servum *certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, & cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cujus rei daretur à legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniæ: & utrum stipulator, an promissor habeat hujus rei facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ei præstat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, & tam Marcellum, quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat: qui & antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit præstare: & hujus sententiæ sublimissimis testem adducit Salvium Iulianum summæ auctoritatis hominem, & prætorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis hæc decidentibus, Iuliani, & Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui & dandi habuit.*

Legis species hæc est: ego debeo Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione: habeo electionem solvendi quem velim. In disjunctivis enim debitoris est electio. Finge: per errorem solvi utrumque, putans me utrumque debere conjunctim. Quæritur an sicut habebam solvendi electionem, si non errassem; habeam etiam condicendi, quem velim, electionem. Ulpianus, Celsus, Marcellus, negant dari electionem, & dicunt, creditoris esse arbitrium retinendi quem velit, non sine ratione: Nam hic creditor nunc est debitor, quoniam debet alterutrum reddere, in disjunctivis autem debitoris est electio. Debet ergo potius esse creditoris electio retinendi, aut reddendi, aut retinendi quem velit, Ulpianus *l. si non sortem, D.de condict.indeb.* ubi citat Celsum, & Marcellum: Iuliano est aliud judicium; dat enim debitori electionem repetendi quem velit, Justiniano auctore, quod hæc repetitio resolvat solutionem. Debet ergo restituere electionem ei, qui habuit: & sic qui habet solvendi electionem, quem velit habet & recipiendi. Cujus sententiæ est vestigium in *l.cum is, in princ. D.de cond.indeb.* Ait, ego debeo Stichum, aut Pamphilum: utrumque solvo per errorem: Si uterque moriatur, vel alter, non condicam, quia qui superest, in soluto remanet. Ergo ex contrario, si uterque vivat, condicam quem voluero. In h. l. pen. appellat Julianum edicti perpetui ordinatorem. Constat Julianum edicta perpetua, id est, ex quibus jus prætores dicebant *perpetuo, ex lege Cornel.* in ordinem composuisse, auctoritate Adriani, & Senatus, *l.2. §.si quid igitur tale, sup. de vet. jure enucl.* adhibita distinctione titulorum, *l. 2. D.de statu hom.* Et hi sunt Juliani, qui dicuntur Digestorum libri, Edictorum scilicet, qui in inscriptione *l.1. de his, qui not. inf.* significantur his verbis: *Ad edictum*, id est, Digestorum. Permisit Adrianus Juliano, ut Justinianus Triboniano, ut de suo adderet quæ vellet, quod & fecit: Addidit pleraque instar edicti, quæ pro edicto sunt: & dicuntur nova edicta, *l. 1. §.si pater nurui, D. de vent. in poss. mitt.* & novæ clausulæ, *l.qui duos, D.de conjung. cum emancip. lib.* Postea Severus Imperator hanc compositionem Digestorum Juliani abolere decrevit, quod non obtinuit, ut scribit Spartianus. In quæstione autem proposita, quod videtur Juliano, idem est visum Papiniano. Et horum sententiam Justinianus hic confirmat: solventis esse electionem, quem condicat, non accipientis, quem restituat. Itaque corrigit aperte Justinianus *§. ultim. l.si non sortem*, quod & Accursius refert: nec mirum: Nam *l.pen.* est ex 50. decisionibus. Duæ fuerunt editiones Codicis. Primam statim Justinianus retractavit, & ideo hic Codex dicitur repetitæ lectionis. Et in secunda editione addit 50. decisiones. Hæ multa abrogant eorum, quæ continentur Pandect. Qua ex re dignoscantur illæ 50. decisiones, si quæras, Alciatus recte docuit 5. *parergon*. Verum sicut in hac specie Julianus Celso adversatur, Ulpiano, & Marcello, ita etiam necessarium, & consequens ut etiam ei adversetur in speciem, quæ sequitur. Finge: is, qui debet Stichum, aut Pamphilum disjunctim, non solvit utrumque, sed Stichum per errorem, dum putat se Stichum solum pure debere, nec posse liberari alterius præstatione. Quid fiet? an condicet? Celsus ei non restituit electionem, atque adeo ei condictionem denegat. Locus Celsi est 10 *l.si is, cui legatus, de legat. 2.* Contra Julianus debitori dat Stichi condictionem, ut recipiat electionem, *l.cum is, §.ultim. D. de cond. indeb.* Hæc est certa antinomia, ut & *l.pen.* arguit necessario, ad quam Tribonianus animum non advertit. Et certe sicut utroque soluto Julianus debitori servat electionem, necesse est, ut eam ei etiam servet altero soluto. Contra Celsus, qui utroque soluto debitori non servat electionem, nec altero soluto ei eam debuit servare. Igitur hac sententia Celsi utroque casu creditor habebit retentionem Stichi, scilicet si solus sit datus: retentionem alterutrius, si uterque sit datus. Sed est Juliani sententia sequenda utroque casu secundum mentem Justiniani, licet secundum casum non attingat Justinianus. Sed ex decisione primi sequitur decisio secundi. His igitur duobus casibus discordant inter se Julianus, & Celsus: sed sic sæpe inter se dissident, ut in specie *l.si procur. D. de condict. indeb.* quod ex Juliano refertur est contra Labeonem, & Celsum. Sic in *l.1. §.1. D. de usufr. accresc.* quod refertur ex Juliano est contra Celsum, *l.& Proculo, de leg.2.* Unus tantum casus est excipiendus ab hac *l.pen.* qui continetur in *l.plane si duos, D.de cond. ind.* Duo sunt rei debendi, qui debent Stichum singuli, aut Pamphilum; utrumque pariter solverunt per errorem: an singuli condicent partes, unus partem Stichi, alter Pamphili, sicut si 10. debuissent, & solvissent per errorem 20. singuli condicerent 5. an igitur hominum partes condicent? Non: Nam hominum divisio talis non fit, qualis pecuniæ: & initio non potuissent solvere partes. Ergo non condicent. Quid fiet? Is condicetur in solidum, quem creditor maluerit reddere. Hoc igitur casu cum plures debuerunt sub disjunctione, & solverunt, necessario creditori servatur electio reddendi, secus, si unus tantum solvisset, ut in *l.penult.*



AD TITULUM VI.

DE CONDICTIONE OB CAUSAM DATORUM.

Ad L.I. Pecuniam, quam te *ob dotem accepisse pacto interpo-*

terposito (ut fieri, quum jure matrimonium contrahitur adsolet) proponis : impediente quocunque modo juris auctoritate, matrimonium constare, nullam de dote actionem habes, & propterea pecuniam, quam eo nomine accepisti, jure condictionis restituere debes, & pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.

IN hoc titulo occurrit dubitatio, quid significet causa. Causæ nomen est commune, & pro principio agente, & pro fine. In hoc autem titulo accipitur pro fine, qui proprie dicitur res, *l. 1. D. de condict. ob turp. caus. l. damus, D. de condict. indeb.* Ob causam igitur dari dicitur, quod datur ob rem, id est, ob finem aliquem, ut quod datur ob transactionem, ut à lite, vel controversia discedatur, vel ob conditionem implendam, quæ testamento adscripta est, legati, vel hereditatis consequendæ gratia, *l. 1. D. de condict. caus. dat.* Et generaliter quod datur ut sequatur, vel contingat aliquid, ex his causis condictiones ob rem nasci solent, *l. senatus, §. 1. D. de mort. caus. donat. l. periculi esse, D. de naut. fœn.* In qua lege est legendum, ex *quibus condictiones nasci solent*, non *conditiones*, ut vulgo, non est dubitandum, sic enim Græci ἐξ ὧν ἀρμόζει κονδικτίκιος, *lib. 53. Basil. tit. 5.* Igitur dati ob rem re non secuta, id est, si fine suo non potiatur, qui dedit, condictio est. Dato addatur etiam factum : ob rem facti re non secuta est condictio. Non quod factum revocetur (id enim est impossibile) sed æstimatio facti condicitur, *l. si non sortem, §. libertus, de condict. indeb.* At dati, cujus principium est falsa causa, condictio non est semper, ut si do tibi aliquid donandi causa, quod negotia mea curaveris, datio principium habet negotiorum curationem : in quo principio etiamsi fallat, id est, etiamsi mea negotia non curaveris, mihi dati condictio non competit, *l. in summa, §. ideoque, D. de cond. indeb.* At si do tibi aliquid solvendi causa, quia id me tibi stipulanti promisisse existimo, dandi habeo principium stipulationem, quæ si revera nulla fuerit, condictio indebiti mihi competit, quia quasi coactus dedi, quod solutionis nomine dedi : quod autem donationis nomine, non quasi coactus, sed ultro, & liberaliter dedi. Dandi causa solutioni cohæret : dandi causa donationi non cohæret : sicut nec falsa causa legatum vitiat. Verum quod ad condictionem ob rem dati attinet re non secuta, ut condictio indebiti, ita & hæc nascitur ex æquo, & bono, *dict. l. in summa, §. ob rem, l. 3. §. si quis quasi, D. de condict. ob caus. dat.* non nascitur ex contractu hæc actio, sed ex naturali æquitate : Nam etsi ita habitus sit contractus do ut des, do ut facias, hoc est etiam dare ob rem : ex eo quidem contractu est actio præscriptis verbis, ut des, vel facias : non tamen ut reddas quod accepisti, quoniam id actum non est nominatim, sed ex bono, & æquo : est etiam dati condictio, & repetitio. Et ideo quod dicitur in *l. 3. §. 1. D. de condict. caus. dat.* competere actionem, quæ ex eo contractu nascitur, id est, condictionem, id non est accipiendum de condictione ob rem dati, quam negamus esse ex contractu, sed de actione præscriptis verbis, quæ etiam dicitur condictio, *l. duo, §. ult. D. de prec.* vel de certi condictione generali, quæ datur etiam ex contractu incerto, id est, innominato, *l. certi, D. de rebus cred.* Igitur hæc actio, de qua tractamus, non est ex contractu, sed ex æquo, & bono. Illud autem sciendum est, condictionem ob causam dati re non secuta, non tantum dari ex cessatione, id est, post moram, sed etiam ante moram, ex pœnitentia, si velim revocare datum, *l. 3. §. 1. l. si pecuniam, in pr. & §. si servum, D. de condict. causa data.* De ea, quæ datur ex pœnitentia, nulla est lex sub hoc titulo, omnes sunt de ea, quæ datur ex mora, & cessatione, cum is, qui accepit, moram fecit in eo dando, cujus gratia accepit. Itaque in specie *l. pen. inf. boc tit.* quæ talis est : dedi tibi decem, ut Capuam ires, per te non obstat quo minus eas tempore constituto : sed obstat itineri tempestas, vel insolita vis aquarum, vel alius casus : hoc casu mihi non competit condictio ob rem dati, quia non cessas tua culpa, sed vi casus. Non competit mihi, inquam, condictio ex cessatione, ut Accursius recte adjicit *l. pen.* sed mihi competit condictio ex pœnitentia, ex *l. si pecuniam, D. de condict. causa dat.* quod tamen negat Accursius in *l. pen. hoc tit.* sed in alia specie, non in illa, quam posuimus. Sic enim ponit : Dedi medico decem, ut curaret morbum filii : non curavit. Error non venit ab eo, sed ab eventu, veluti ab aere, Sole, metu, quæ dicunt medici τὰ ἔξωθεν. Hoc casu mihi condictio non competit, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia. Non ex cessatione quidem, quia non sua culpa frustratus est fine suo medicus; non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere, nisi re integra, *l. quod servus, D. de condict. caus. dat.* Res est integra, si nondum Capuam ieris, adversa tempestate retentus. Res est integra, si curatio, quam institueras, impedita fuerit ab eventu gravi, vel ab ipso ægroto, vel à famulis. Nam videtur curasse morbum is, per quem non steterit quo minus curaverit. Itaque non cogitur reddere, quod accepit illa ex causa, *l. in omnibus causis, l. in jure civili, D. de divers. regul. jur.* Igitur sic posita specie in medico, male reprehendit Accursium Bartolus : nam verum est, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia condictionem dari. Sed dicamus de aliis speciebus, quibus datur condictio ob causam dati : Una est; dedi pecuniam ob dotem, & pactum interposui, quod solet interponi, cum jure matrimonium contrahitur, id est, pactum reddendæ dotis in casum, quod dicitur pactum vulgare, *l. Bæbius 9. D. de pact. dot.* Matrimonium illud, cujus gratia pecuniam dedi, jure non potest contrahi. Dos igitur non est quam dedi : quia non est dos sine matrimonio, pecunia, quam dedi non est dotalis. Pactum, quod feci non est dotale. Igitur per actionem de dote non est pecuniæ repetitio. At per condictionem ob rem dati re non secuta erit repetitio, *l. 1. hic, & l. si extraneus, ff. eod.* Dices, quod Accursius opponit; imo est condictio sine causa. Dicam, datum ob rem re non secuta, condici etiam posse, quasi sine causa datum, *l. 1. §. 1. D. de cond. sine causa, l. si mulier, ff. de condict. ob rem dat. l. prætor, §. emancipatus 2. ff. de coll. dot.* imo poterit etiam condici quasi indebitum, *l. 8. tit. prox. sup.* condictionum fere harum promiscuus est usus. Rursus dices, si matrimonium est injustum, tantum abest, ut pecuniæ ob dotem datæ sit condictio, ut fiat caduca, ut Accursius etiam proponit. Dicam vero caducam fieri eam pecuniam, si nuptiæ secutæ fuerint contra præcepta legum. At in specie proposita non ponimus secutas nuptias, sed speratas, & pactas : vel est decisio *l. 1.* accipienda sub hac exceptione, nisi quo casu fisco sit locus. Haloander pervertit lectionem hujus legis, qui duos, aut tres versus delevit : retinenda est igitur vetus lectio: *si pecuniam, quam te ob dotem accepisse, pactumque interpositum, &c.* ut in veteribus. Non fero etiam Accurs. dicentem, pecuniam quam, id est, pecuniam aliquam. Videtur quidem esse barbara locutio; verum similis est in *l. eam, quam, inf. de fideicomm.* eam, quam instituerat, .i. instituta, more Græcorum, & eo modo, quo in *lege filium, supra famil. ercisc. Eum, quem*, id est, filius, qui habuit fundum, sic hoc loco, pecuniam, quam te ob dotem accepisse, id est, accepta pecunia nullam de dote actionem habet, id est, non potest repeti actione de dote : sed repetitur condictione ob causam dati.

Ad L. II. Si (ut proponis) *pater tuus ea lege sorori tuæ prædia, cæteraque, quorum meministi, donavit, ut creditorib. ipsa satisfaceret, ac si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est : non est iniquum, actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni.*

DOnavi filiæ eo fine, ut creditoribus meis satisfaceret : non satisfecit, non sequitur res : condictio

ctio ob rem dati dabitur fratri, qui mihi heres exstitit. Erit & actio ex contractu præscriptis verbis, ut scilicet satisfaciat creditoribus, vel præstet quanti interest, non ut donatum reddat, *l. hereditatem*, *ff. de don.* In qua l. J. C. proponit patrem donasse filiæ sui juris effectæ, & agere cum ea præscriptis verbis, ut creditoribus satisfaciat. Ita etiam necesse esset poni in *h. l.* 2. Patrem filiæ donasse sui juris effectæ, si pater ageret cum filia eo nomine. At pater non agit, sed post mortem ejus agit frater heres patris. Convaluit ergo donatio morte, etsi filia fuit in potestate, *l. donationes*, *inf. de don. int. vir. & ux.* ideo recte agit frater condictione ob rem dati, vel præscriptis verbis. Itaque non est necesse poni filiam fuisse emancipatam; & hic est unus error Accursii, quem omnes fere sequuntur interpretes: sunt & alii, veluti cum ait, ex contractu nominato dari præscriptis verbis, quod falsum esse constat ex *tit. de præscript. verb.* numquam enim datur, nisi ex contractu innominato. Item cum ait, donationem esse contractum nominatum, quod etiam est manifeste falsum: nam donatio vel fit simpliciter, vel sub lege aliqua. Quæ fit simpliciter, aut traditione perficitur, aut pacto: quæ traditione perficitur, non est contractus, quia nec conventio: quæ pacto, pactum est, non contractus: quæ duo nostri semper separant. Donatio, quæ fit sub lege aliqua, est contractus nomine vacans: ut dono tibi prædia, ut me meosque alas. Hoc negotium caret nomine, & ideo ex eo est actio præscriptis verbis. Postremo in contractibus nominatis non dari condictionem ob rem dati, quod etiam est falsum: ut si tibi dedi decem, ut mihi servum emas, certe est mandatum, & contractus nominatus. Quod tamen si revocavero re integra, mihi competet condictio ob causam dati, *l. si pecuniam*, *§. si servum*, *ff. de cond. causa dat.* Itaque in contractibus nominatis, quandoque habet locum condictio ob causam dati. Item si dedi, ut rem mihi venditam, vel locatam, vel depositam redderes, mihi competit actio locati, depositi, empti, & condictio ob rem dati, *l. ult. ff. de condict. ob turp. caus. l. ult. depos. l. si tutor*, *D. de tut. & rat. distr.* Et ita cum condictione sine causa concurrit etiam actio ex contractu nominato in *l. 2. de cond. sine causa*, & cum condictione indeb. *l. 2. sup. tit. prox.* Ideoque in *l. cum te*, *inf. de pact. int. empt. & vend.* non tantum erit actio ex vendito resolvendæ venditionis gratia, sed etiam condictio ob rem dati. Sicut etiam in *l. si is, qui hereditatem*, *& l. sed & si me putem*, *de condict. indeb.* non tantum erit condictio, sed etiam actio ex vendito, *l. si tibi*, *de act. empt.* At in specie *l. si non donationis*, *inf. de contr. empt. & l. ea*, *de rescind. vend. inf.* neutra actio dabitur distrahendæ venditionis causa, quia id actum non intelligitur, quod eis excussis liquido constabit.

Ad L. III. Ea lege in vos collata *donatio*, *ut neutri alienandæ suæ portionis facultas ulla competeret*, *id efficit*, *ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donator, vel ejus heredi condictio*, *si non fuerit conditio servata*, *quæratur*.

Quæstio legis 3. est, an valeat alienatio facta contra prohibitionem. Legi datæ donationi si non pareatur, donatori competit condictio ob rem dati. Finge igitur: donavi tibi fundum ea lege ne alienares. Ea lex jure probata est, *l. 133. §. ea lege*, *ff. de verb. oblig.* Alienasti fundum contra legem dictam donationi. Condicam tibi fundum, quasi ob rem datam re non secuta. Condemnatio autem fiet non in fundum, quem non habes, sed in æstimationem: lis æstimabitur: donatio autem vel alienatio non fiet irrita. Igitur valet etiamsi facta sit contra legem conventionis. Sed donatori competit condictio in donatarium: in emptorem ei non competit actio in rem, nec venditor habet actionem in rem adversus emptorem, Et hic Græci nominatim notant, alienationem jure fieri. Qui aliud sentiunt, adserunt *l. his solis*, *infr. de revocan. donat.* in qua præterquam quod ponitur alia species, quam illa, de qua tractamus, in ea vindicatio significat ultionem, non actionem in rem. Item adserunt *l. ult. infr. de reb. alien. non alienand.* ea lex ait, quidem pacisci licere, ne quis alienet, factam autem alienationem contra pactionem esse irritam non dicit. Item adserunt *l. pen. infr. si manc. ita fuer. alien.* quæ lex non loquitur de servo prohibito alienari, id est, vendi, aut donari, sed de servo conventione prohibito manumitti, quæ conditio hæret servi personæ, ac si dixisset, nolo te ad libertatem pervenire. Ideo ea lex impedit libertatem. Item adserunt *l. si cred. §. ult. D. de distract. pign.* quæ lex dicit nullam esse venditionem pignoris factam à debitore contra fidem pacti facti cum creditore. At in ea lege creditor legem dixit ne venderetur pig. qui semper retinet jus in re, id est, hypoth. & ideo nulla venditio censetur propter legem, quam dixit qui in re jus habet, & retinet. In hac autem lege nostra is legem dicit, qui nil juris in ea re retinet. Et ideo qui eam acceperit, alienando non ideo minus dominium ejus rei transfert, obligatur tamen condictione. Item adserunt *Novel. de alien. & emphyt. in §. sanctissimis*, in qua Justinia. vetat alienari ea, quæ ecclesiis sunt data, ea lege ne alienarentur. Sed id fit favore ecclesiarum. Postremo adserunt *Novel.* 117. *in pr.* ex qua patri non acquiritur usufructus earum rerum, quæ sunt donatæ filio ea lege, ne usufructus obveniset patri. Verum hæc sunt diversa. Aliud est enim donari, & lege conventionis alienatione interdici donatario, ut in *h. l.* 3. aliud donari pleno jure, ita ut nihil obveniat patri, in cujus potestate est donatarius, quam voluntatem servari æquum est, *§. per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Male autem Accurs. hoc loco, eam Novel. coangustat ad ultimas voluntates, puta ad legata relicta filiofam. ea lege. Nam manifeste loquitur etiam de don. Hæc de alienatione facta contra conventionem, quæ fit contra legem, & ipso jure nulla est. Alienatio autem, quæ fit contra præceptum testatoris, valet jure, sed fideicommissario, cujus tantum respectu præceptum illud testatoris sustinetur, datur persecutio non tantum in heredem, sed etiam in emptorem, aut donatarium, *l. si quando*, *§. heres*, *de leg. 1. l. qui solid. §. ult. de l. 2. l. pater*, *§. 1. D. de leg. 3.* Et hæc de prohibita alienatione: illud addendum de condictione ob rem dati: ubi est condictio ob rem dati cessare vindicationem: unum tantum casum exceptum invenio favore alimentorum ex constitutionibus, si quis donaverit prædia sua ea lege, ut donatarius se aleret, si donatarius non præstiterit donatori alimenta: non tantum dabitur condictio ob rem dati, sed etiam vindicatio utilis. Vindicabitque utiliter quasi sua ab eo, qui alimenta infitiatur, quorum causa maxime est favorabilis, *l. 1. inf. de don. quæ sub mod.* Ubi est expendendum, quod ea lex ait, ter, *in hoc casu*. Nam alias ubi est condictio, cessat vindicatio.

Ad L. IV. Si cum exiguam *pecuniam revera susciperes*, *longe majorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrocinium adversarius repromitteret*: *cum dicas fidem promissi non secutam*: *ut libereris obligatione ejus*, *quod non acceptum propter separatum patrocinium spopondisti*, *per condictionem consequeris.*

Notandum est ex hac l. non tantum ob rem dati, sed etiam ob rem promissi esse condictionem re non secuta. Hæc est incerti, illa certi. Finge: minorem pecuniam mutuam sumpsi: majorem scripsi, & cavi ea lege, ut me tuo patrocinio juvares, non juvas: incerti condictio est, id est, cautionis, & liberationis, *l. 3. sup. de postul.* vel si pecuniam dedi sub eadem conditione; advocatione non præstita certi condictio est, *l. ult. inf. hoc tit.* Quod ita procedit, nisi per advocatum non steterit quo minus causam ageret, tunc enim condictio utraque cessat, *l. qui operas*, *D. eod. l. 1. §. Divus*, *D. de extraord. cognit.* nisi advocato aliquid dederis, aut promiseris supra modum legitimum, id est, supra 100. aureos.

reos. Hunc habent modum, & finem honoraria advocatorum, ..., ut non excedant centum aureos. Hoc casu utile per inutile non vitiatur, sed id duntaxat condicitur, quod excedit modum legitimum, videlicet, si advocatus causam egerit, aut per eum non steterit; alioqui totum condicitur certi, vel incerti, *l. 1. §. in honorariis, de extraord. cognit.*

Ad l. V. Si militem ad negotium *tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti: quicquid ob causam datum est, causa non secuta restitui tibi competens judex curæ habebit.*

Notandum ex hac lege, huic condictioni locum esse, si lex seu conditio sit possibilis, ut in superiori exemplo. Quid si impossibilis? Condictio cessat, causa non secuta, & conditio habetur pro non scripta, in *l. 8. inf. hoc tit.* Idque certum est in ea conditione, quæ natura est impossibilis: ut cum tibi decem, ut cœlum ascendas: datio utilis est, conditio nulla est. At quid si conditio jure sit impossibilis? ut si tibi dedero, ut liberum hominem manumitteres, quod non fit jure nisi in Latinis: vel si dedero, ut eam duceres, cum qua non est connubium, vel si dedero militi, ut mea negotia procuret, quod est jure prohibitum. Igitur his casibus causa, ob quam dedi, sequi non potest. An igitur est locus condictioni? si sciens dedi, non condicam: si ignorans, condicam. Et ideo in l. 6. hujus tituli recte proponitur eum, qui dedit filiæ manumittendæ causa, quæ erat libera, dedisse ignorantem, filiam esse liberam: alioqui datum non condiceret. Et Accurs. in l. 1. hic recte ponit, eum, qui dedit ob dotem, dedisse ignorantem conditionem personarum, inter quas non possunt esse nuptiæ, *l. 3. inf. sol. matrim.* Sic etiam in hac l. 5. ut Accursius refert, ex quorundam sententia, ponendum est, me militi donasse, ut mea negotia procuraret, ignorantem esse militem: & ideo miles, qui accepit, mihi tenetur condictione ob rem dati re non secuta. Et generaliter, sicut condictio indebiti: ita & condictio ob rem dati scienti factum, vel ignoranti jus, non datur: erranti in facto datur. Milites autem non posse procurare aliena negotia constat ex *l. milites, inf. de loc.* & ex Vegetio *lib. 1. cap. 19.* id est, *ex disciplina militari*. Et Ambrosio *1. Offic. cap. 36.* Denique generaliter ex *l. 5.* est concludendum: Id quod datur certa lege, sive conditione valere, etiamsi conditio illa sit impossibilis. Obstat quod dicitur, impossibilem conditionem vitiare contractum, *l. 7. de verb. oblig.* Ita respondendum. In hoc proposito conditionem accipimus pro modo, ut *l. Mævia, de man. testa.* Conditio impossibilis vitiat contractum, ut si cœlum ascenderis, quia hæc obligatio nunquam cedit. At quod datur sub modo, statim habet effectum, etsi modus ille sequi non possit, id est, statim dominium transfertur, nec revocatur modo non secuto, nisi ab ignorante. Obstat etiam *l. ab administrat. inf. de leg.* In hac l. 5. dedit militi, ut procuraret; quod non potest facere. In illa *l. de legat.* legavit militi, & tutelam ei adscripsit, quam etiam non potest gerere. In hac lege 5. datum revocatur: in illa legatum valet, etsi non administret tutelam. Dicendum igitur in illa lege non fuisse legatum relictum sub modo, ut tutelam gereret: sed separatim fuit relictum legatum tutela adscripta, & si cum posset tutelam gerere legatarius, non gereret, amitteret legatum: at quia non potest, non amittit legatum, quod non expresso eo modo ei est relictum.

Ad l. VII. Si repetendi, *quod donabas uxori ejus, quem ad proficiscendum tecum hujusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio: cum levitati perfectam donationem revocare cupientium, jure occurratur.*

Notandum huic condictioni locum esse, si sit expressa conditio, vel certe si habeatur pro expressa, id est, si de ea constet inter partes, nec sequatur ea conditio. Aliud est dicendum si quis dederit pure in hamo, ut dicitur: quod appellatur *munus hamatum, & viscatum spe eliciendi aliquid.* Ut dedi spe remunerationis, de qua tamen nihil dixi, id si non sequatur, non est condictio, *l. 7. si majores, sup. de transact. l. 3. si quis quasi, ff. de condict. causa data.*

Ad l. IX. Si liber constitutus, *ut filiæ tuæ manumittantur, aliquid dedisti: causa non secuta de hoc tibi restituendo condictio competit. Nam si quid servus de peculio domino dederit: contra eum quidem nullam actionem habere potest: sed dominum, qui semel accipere pecuniam pro libertate passus est, aditus provinciæ rector hortabitur (salva reverentia) favore scilicet libertatis, placito suo stare.*

Species est, liber homo dedit tibi pecuniam ea lege, ut filias ejus manumitteres, quas habes in potestate: non manumittis: competit condictio ob rem dati, vel præscriptis verbis. At finge servus tuus tibi dedit ex peculio te conivente, ea lege, ut filias suas conservas manumitteres: non manumittis, quid fiet? Neutra actio est servo cum domino: verum favore libertatis extra ordinem agetur per præsidem, ut manumittas filias: *salva*, inquit, *reverentia*, id est, verecunde aget hac de re tecum servus, *l. 8. infr. de lib. causa*. Et ideo præses non tibi imperabit, ut manumittas servandæ reverentiæ causa: sed te hortabitur, ut eas manumittas nomine servi. At ea adhortatio est necessaria, & pro imperio. Et ideo ad d. legem 8. Græci nominatim dicunt ἀναγκάζεται, lib. 48. βασιλικῶν. Itaque male Accurs. existimat dominum non cogi, sed ex ejus arbitrio pendere. At in hac specie (quod male diluit idem Accurs.) cessat Constitutio Marci, & Commodi ad Victorinum, id est, filiæ non fiunt ipso jure liberæ. Nam ea constitutio tantum pertinet ad venditionem servi, vel ad donationem ea lege factam, ut manumittatur: si non manumittatur, ut sit liber ipso jure. Non pertinet autem ad donationem pecuniæ ea lege factam, ut servus manumittatur. Et ideo, si non manumittatur, non fit liber ipso jure, & competit condictio, quæ non competeret, si jus repræsentaret manumissionem, id est, fieret liber. Et hoc ita; nisi quis dederit illam pecuniam, quasi pretium servi. Nam tunc brevi manu videtur servum ipsum dedisse manumittendi causa. Tunc si non manumittitur, fiet ipso jure liber, *l. Paulus respondit, de lib. causa, l. si is, qui pretium, infra, si manc. ita fuerit alien.*



AD TITULUM VII.

DE CONDICTIONE OB TURPEM CAUSAM.

SUPERIOR titulus est de condictione ob causam honestam. Hic titulus de condictione ob turpem causam, id est, quæ sit contra bonos mores: causa futurum finem significat. Itaque Accursius male causam accipit etiam pro præterita. Illa condictio datur re non sequuta, videlicet si solius accipientis turpitudo fuerit, *l. 4. hoc tit. l. 1. ff. eod.* Quod si dantis tantum turpitudo fuerit, cessat condictio: ut si dederis mercedulam meretrici, quam ipsa quidem turpiter non accipit, cum sit meretrix: qui dat, turpiter dat, & ideo datum non condicit. Sic etiam, si utriusque dantis, & accipientis turpitudo versetur, hæc condictio cessat, ut si dedero judici, ut male judicaret, vel etiam bene: & locum habet regula; In pari causa turpitudinis, potior est causa possidentis, *l. ult. h. t. l. pen. ff. eod. l. ult. ff. de condict. sine causa.* Huic igitur condictioni tantum locus est, cum solius accipientis turpitudo versatur: ut si dedero tibi pecuniam, ut mihi redderes rem, quam mihi furto abstulisti; non do turpiter, tu vero turpiter accipis, *l. pen. hic*, vel si dedero, ut mi-

ut mihi redderes abacta mea pecora, *l. ult. hoc tit.* in qua *l.* etiam aliquid additur de condict. furtiva, sed id dicemus in seq. tit. Item si quis dederit pecuniam evitandi tyrocinii causa, ei condictio competit, *l.3. hic*. Hoc autem videtur prima specie falsum, cum ex utraque parte videatur subesse turpitudo: nam non est honestum detrectare militiam pretio dato. Non licet quidem citato ad delectum non respondere, qua ex causa olim, qui citatus non responderat, in servitutem redigebatur, id est, vendebatur. Quod traditur in *l.qui cum uno, §.qui post, de re mil.* inviti ad militiam deducebantur. Idem etiam ait M. Tullius pro Cæcinna ad finem. *Jam populus, &c.* significat ibi, vendi eum, qui non respondit ad delectum: bona etiam ejus vendebantur. Flor. in Epitome lib. 4. *Curius Dentatus, cum haberet delectum, ejus, qui citatus non responderat, bona vendidit.* Interdum etiam ædes ejus, aut villæ diruebantur ob contumaciam, *l. si is, cum quo, D. Comm. divid. motu judicis*, inquit, *id est*, iracundia. Id igitur fiebat, non tam recepto jure, quam motu, iracundia, & calore judicis: idque fiebat non in ea tantum causa, sed & in aliis omnibus ob contumaciam: quod & hodie plerisque locis fit: quod indicat Cicero 1. Philip. *Cum non venisset M.Tullius in senatum, dicit Antonius, se cum fabris, &c.* Verum hoc fit iracunde, nec coercetur factum judicis. Itaque jure quidem ordinario nil est ultra pignus, aut mulctam, id est, contumax coercetur pignoribus captis, aut mulcta: extra ordinem tamen motu judicis ob gravissimam contumaciam, etiam ædium demolitione punitur. In ea autem *l.si is, cum quo*, vulgo ita est scriptum, *si ad delictum non responderit*: id rectum est: atque ita semper habent libri manu-scripti omnium auctorum, *delictum*, pro *delectum*. Recte etiam d. *§.qui post, in Pand. Flor. dilectum*, scriptum est. Festus, *dilectus*, inquit, *militum, & is, qui significatur amatus, à legendo sunt dicti*. At in hac l.3. non est ita species ponenda, ut quis citatus ad delectum non responderit, qua tamen ex causa hujus rescripti tempore nemo coercebatur: nam utebantur voluntario milite, non coacto: *d.§.qui post.* species est. Eum, qui habebat delectum militum, terrore illato ab aliquo, qui nunc tamen est miles (ut inscriptio legis 3. indicat) ab eo, inquam, eum pecuniam extorsisse, ne eum deligeret, & citaret tyronem, sive militem: qua ex causa is quidem, qui dedit pecuniam, licet videretur dedisse pecuniam metu delectus, quod ille minaretur, se illum delecturum, ni pecuniam daret, tamen non habet actionem quod metus causa: nam hic metus non sufficit: ut enim ea sit actio graviorem metum exigimus, ut mortis, servitutis, aut vinculorum, *l.cum te, sup. de his, quæ vi met. causa*. Habebit tamen condictionem ob turpem causam, quia turpiter non dedit, qui perterrefactus dedit, oneris, quod quis minabatur, subterfugiendi causa. At qui ob eam causam accepit, turpiter accepit, & ob id tenetur non tantum condictione accepti, sed etiam concussionis crimine extra ordinem. Concutere est perterrefacere. Concussio est, cum quis terrore illato aliquid ab aliquo exprimit. Contra, si quis in furto, vel adulterio deprehensus, adhibito metu mortis, aut vinculorum pecuniam dederit, ut se redimeret, habebit hoc casu actionem quod met. causa, *l.nec timorem, & seq. D. quod met. causa*: condictionem quasi turpiter accepti non habebit, cum & turpiter dederit, *l.4. D. de cond. ob turp. caus.* Denique & hæc est summa: hæc condictio non datur, nisi solius accipientis turpitudo versetur, *l. solet, ff. de præscr. verb.* Diximus de dato ob turp.caus. nunc dicendum de promisso, si quid sit promissum ob turpem causam ipso jure nulla contrahitur obligatio, *l.5. hic l.27. D. de verb. oblig.* Si dubitetur, ut plerumque accidit, quæ fuerit causa promittendi, turpis an honesta: tum agenti opponetur exceptio doli, aut in factum: quod generaliter procedit, seu promittentis, seu stipulantis, seu utriusque turpitudo fuerit. At si vel promittentis tantum, vel utriusque turpitudo fuerit, ita eveniet, ut qui tutus exceptione doli perpetua solverit, non condicat: quod tamen regulariter secus est: qui tutus exceptione perpetua solvit, condicit, & maxime exceptione doli, *l.qui se deb. D. de cond. caus. data*. Igitur qui solvit ob cautionem turpem, quia tutus exceptione doli solvit, videtur ea ratione posse condicere ut indebitum. At alia ratio obstat condictioni, quia ex turpi causa solvit. Hic est sensus *l.pen. D. de cond. ob tur. caus.* Et est similis ratio *l.cum his, §.pen. D. de cond. indeb.* Pertinet & ad hanc rem *l.7. hic*; in qua additur, eum, qui exceptionem illam opponit doli, vel in factum, allegans se promisisse ob turpem causam, id probare debere, cum res est dubia: non est hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, sed est exceptio doli, aut in factum, itaque est perpetua: non numeratæ pecuniæ est temporaria. Qui simpliciter allegat non numeratam fuisse pecuniam, id debet allegare intra biennium: qui allegat se promisisse ob turpem causam, id potest allegare perpetuo. Præterea exceptio non numeratæ pecuniæ transfert onus probandi in actorem, *l.1. inf. de probat. l.3. inf. de non num. pec.* At qui allegans turpitudinem cautionis utitur doli exceptione, aut in factum, ei incumbit onus probandi, non actori *l. 1.* & probare, inquit, debet judici, quod est certissimum: probamus judici, non adversario, neque adversarii, sed judicis arbitratu. Quæritur hic an cautionis etiam condictio sit? & constat esse: quo casu & dantis, aut dati esset condictio, id est, si solius stipulantis turpitudo versetur. Quæritur etiam an pignus ob turpem causam contrahatur, ut si promittat quis ob turpem causam dato pignore, qua de re disputat Accursius *l.2. hic*. Idem quæri potest de fidejussore. At constat fidejussorem non obligari, *Nov.*14. Ergo & pignus non obligabitur.



AD TITULUM VIII.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

HUJUS condictionis hoc est præcipuum, ut cum aliæ condictiones dentur non dominis, hæc detur soli domino, cui furtum factum est, *l.1. ff.eod.* Eadem est ratio condictionis rerum amotarum, quæ quasi furtiva est, & condictionis bonorum raptorum, & pecorum abactorum. Loquimur autem de condictione certi. Nam condictio ex causa furtiva incerti datur etiam non domino, veluti creditori, aut bonæ fidei possessori, ratione possessionis per furtum interversæ, *l.& ideo, §.ult. D.eod. l.25. ff. de furt. l.1. §.ult. & l.2. ff. de condict. trit.* Datur autem hæc condictio, si res furtiva exstet, vel perierit, idque adversus furem, vel heredem ejus: quandoquidem rei furtivæ periculum ad furem spectat: quia perit post moram quocunque tempore pereat: nam fur ex tempore delicti, semper moram facere intelligitur, etiam sine interpellatione. Hæc mora fit in rem, id est, re ipsa, non in personam, *l.ult. tit. prox. sup. l. ult. ff. de condict. furt.* Purgatur tamen hæc mora oblatione. Et ideo si post oblationem rei furtivæ ea res perierit, fur hac actione non tenebitur, *l.2. hic*, ubi ait, si ante oblationem perierit, fur tenetur, *l.subtracto, inf. de furt.* Purgatur etiam mora furis aliis modis, veluti stipulatione, aut judicato, *l.scire debemus, §.ult. D. de verb. ob.* hæc actio videtur plerisque esse ex delicto, idque ex *l.si cum mulier, §. hæc actio, ff. rer. amot.* cum tamen hæc actio non persequatur pœnam delicti, & ex delicto quatuor tantum tradantur esse in Instit. furti, quæ alia est, quam furtiva, injuriarum, damni injuria dati, & bonorum raptorum videtur potius esse introducta ex bono & æquo, ut cæteræ aliæ, ut condictio ex causa injusta, quæ est proxima & finitima condictioni ex causa furtiva, in *l.rerum, ff. rer. amot.* ubi dicitur condictionem ex injusta causa esse jurisgentium, id est, ex bono & æquo. Et sane ideo dicitur

tur condictio furtiva esse ex delicto, quia est ex causa furtiva, & quia est comparata odio furum, ut pluribus actionibus teneantur in *§. sic itaque, Instit. de act.* contra regulam juris civilis, quæ dictat, domino rei suæ condictionem non dari. Id tamen non est satis. Quid enim utilitatis adfert hæc condictio? videlicet ut dum fures condictione obligati censentur ad dandum (qua in re moram semper facere intelliguntur in dando) res, quam dare debent, eis pereat, etiam si casu fortuito pereat, quasi perempta post moram; quæ tamen res eis non perierit, sed domino, si tenerentur sola in rem actione. Nam malæ fidei possessor rei alienæ casum fortuitum non præstat, *l. utique, ff. de rei vindicat. l. illud, ff. de petit. hered.* Hoc igitur adfert condictio furtiva, ut etiam re perempta casu fortuito, agat sibi dari oportere, quasi perempta post moram. Proprie igitur hæc B actio non est ex delicto. Ex delicto sunt proprie, quæ delicti pœnam persequuntur; condictio furtiva rem, non pœnam persequitur: & ideo heredi, & in heredem datur, & est perpetua, actio furti est pœnalis. Et ideo, ut proponitur in *l. 1. h. tit.* si plures sint fures unius, & ejusdem rei, & cum uno sit actum furti, alter non liberatur: pœna unius non liberat alium. At si cum uno egeris in solidum condictione furtiva, & rem consecutus fueris, cæteri liberantur. Condictiones rerum non iterantur, ne bis eandem rem consequamur, *l. 1. hic*. Non est omittendum, condictionem furtivam interdum dici actionem furti, *l. cum furti, ff. de in lit. jur. l. si is, qui, ff. de furt.* Actio igitur furti est genus, quod etiam indicat *l. eum, qui, §. qualis, D. de furt.* species hæ sunt. Pœnalis, quæ proprie dicitur actio furti, & condictio rei C furtivæ.



AD TITULUM IX.

DE CONDICTIONE EX LEGE, ET SINE CAUSA, VEL INJUSTA CAUSA.

ACTIONES vel sunt civiles, vel prætoriæ, vel ex legibus, vel ex constitutionibus, *l. 2. inf. de quadrien. præsc.* Civiles sunt, quæ sunt ex duodecim tabulis, ut ex empto vendito, vel quæ sunt instar earum, ut præscriptis verbis. Prætoriæ, quæ sunt ex edicto Prætoris. Ex novis autem legibus, vel constitutionibus aliæ nomen suum habent, ut D damni injuria dati ex lege Aquilia: ut injuriarum ex lege Cornelia: Aliæ nomen suum non habent, & appellantur condictiones ex lege: quarum nulla est alia causa, quam legis auctoritas, quæ eas prodidit. Harum varia proponit exempla Accursius *l. 1. D. eod.* partim vera, partim falsa. Unum est ex *l. un. sup. de suff.* idque falsum. Nam ibi datur condictio ex stipulatione, non autem ex lege. Alterum est ex *l. si quis argentum, inf. de donat.* Sed ibi etiam non est condictio ex lege, sed condictio ex pacto legitimo, sicut & aliis multis casibus, ex pacto est actio, quod lege juvatur: Alia sunt vera, veluti ex *l. ult. sup. de petit. hered. ubi nominatim de condictione ex lege, l. ult. inf. de jure del.* Addatur etiam *l. 4. sup. de recept. arbitr. & §. tripli, & §. quadrupli, Instit. de act.* Sed omnes illæ condictiones, quæ proponuntur illis locis, sunt ex con- E stit. Jul. Quærenda autem est condictio, quæ sit ex jure antiquo: talis est condictio ex lege Julia, quam Interp. non animadverterunt, de qua est *l. hæc actio, D. sol. matrimonio*. De qua lege Julia loquitur lex præcedens. Est etiam alia ex lege Julia, de qua in *l. si postulaverit, §. ult. & l. seq. D. ad leg. Jul. de adult.* Est condictio ex senatusconsulto Sabin. de qua Theoph. *§. sed ea omnia, Institut. de hered. quæ ab intest. def.* Est etiam condictio ex *l. 1. hujus tit.* cujus species est de debitore fisci, qui debebat fisco ex primipili causa. Primipilus in libris nostris significat semper annonam militarem, vel ejus annonæ præbitionem, & curam, *l. 8. inf. de chor. prim. in 16. & 17. C. Theod. eod.* Inde pastus primipili, militaris scilicet, *l. 3. & 7. eodem tit. l. 8. & 10. C. Theodos. eodem.* Atque ita rectissime Theodorus Hermopolites *lib. 9. tit. 9.* definit primipilum esse annonam, quæ datur centurionibus primipili τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς, ut distribuatur inter milites. Et ideo recte Vegetius *lib. 2. c. 8.* loquens de centurionibus prim. *totius*, inquit, *legionis commoda, & merita consequebantur.* Sic etiam hanc legem recte Græci interpretantur: *Alimenta militaria fisco debens*, ὁ διατροφὰς στρατιωτικὰς τῷ δημοσίῳ ὀφείλων. Verum ob eam causam tam necessariam Reip. multa sunt recepta jure singulari. Primum ut qui debet ex causa primip. si non sit par solvendo, nec ipse, nec ejus fidejussores, vel nominator, ut dos uxori fisco vindicetur, manente etiam matrimonio, & ex ea sibi suum servet, *l. satis, infra, in quibus causis pign. vel hyp. tac. contrah.* Item ut ex ea causa fiscus vindicet rem obligatam dotis nomine, quod est contra privilegia dotium, *l. 3. infra, de primip. lib. 12.* Item ut fiscus vindicet ex ea causa rem donatam uxori, licet morte debitoris ex causa primipili donatio ea sit confirmata, *l. si non virum, ff. de donat. inter virum, & uxorem*, quod est contra orationem Divi Marci. Illud est quoque receptum, ut ejus filii, qui debet fisco, ex hac causa teneantur fisco, etsi patri heredes non exstiterint, *l. ul. infr. de primip. l. si tutores, inf. de compensat.* Postremo hoc proponitur in hac *l. 1.* ut urgente fisco debitor ex causa primipili agat adversus suos debitores ante diem, pecuniæ conficiendæ causa: aget autem condictione ex hac *l. 1.* Nam ipso jure ante diem nulla est actio in debitorem, *l. certi condict. ff. de reb. cred.* Errat autem Accurs. dum putat hac l. 1. dari condictionem fisco, imo datur aperte debitori fiscali, & ideo l. ait, præsidem cogniturum, qui tamen non cognosceret, si res ageretur inter fiscum, & privatum. Fateor tamen quo casu debitori ex causa primipili competit actio in suos debitores, eodem etiam utiliter fisco competere contra debitores debitoris, quod explicahimus *l. 3. tit. prox.* Hic titulus etiam est de condictione sine causa, vel injusta causa. Condictio ex injusta causa, vel ob causam injustam est, ut si dedi ex stipulatione vi, aut metu extorta, debitum dedi: nam ea stipulatio valet ipso jure: & ideo cessat condictio indebiti, sed superest alia causa, quæ dat condictionem, quia ex injusta causa dedi, *l. ex ea, ff. de cond. ob turp. cau.* Quo casu non erit actio quod metus causa, quoniam in solvendo vim passus non sum, *l. 2. sup. de his, quæ vi metusve causa gesta sunt*. Igitur eo casu non est condictio indebiti, non est actio quod metus causa. Est tamen condictio soluti ex injusta causa: & generaliter condictio ex injusta causa, vel sine causa competit, quoties sine causa, vel injusta causa res est apud aliquem. Et utraque ex æquo, & bono, *l. perpetuo, ff. de condict. ob turp. cauf. l. si & me & Titium, ff. de reb. credit.* ubi ait bonum, & æquum, *l. 1. §. ult. D. de cond. sine causa*. Et dantur etiam domino hæ condictiones, quarum est promiscuus usus in furem, vel quasi furem, ut *l. contra, §. ult. & l. rerum, D. rer. amot.* quasi fures sunt, qui quid amoverunt, ut uxor, quæ quid amovit. Utimur leni verbo: dicimus enim amovisse, non subripuisse. Item quasi fures sunt infitiatores rerum depositarum, *l. si quis infitiatus, §. 1. D. Deposit.* Et infitiatores rerum pigneratarum soluto pignore, *l. 4. §. res, D. de reb. cred. l. inficiando, D. de furt.* Soluta pecunia debita, vel etiam non numerata, quam tamen numeratam scripsi, chirograph. quod dedi condici potest quasi sine causa datum, *l. 2. & ult. hoc tit.* nam chirogr. dominus fit creditor. Itaque dum chirographum condico, rem meam non condico. Videtur obstare *l. ult. inf. ad exhibend.* quæ videtur dicere de chirographo agere debitorem ad exhibendum. Agit ergo quasi vindicaturus. Nam vindicaturis tantum datur ad exhib. quod si est vindicaturus mansit dominus chirographi. Hoc est negandum. Nam ea lex his verbis utitur, exhiberi, vel reddi, quæ sunt diversa. Item loquitur non tantum de chirographo, sed etiam de aliis quibusdam instrumentis ad tum contractum perti-

nen-

nentibus, ad quæ refertur verbum exhiberi, id est, de eis agetur ad exhibendum, aut vindicabuntur: ad chirographum refertur verbum *reddi*, id est, chirographum condicetur, si paret reddi oportere. Postremo in *l.* 3. malæ fidei possessori fructus consumpti condicuntur, quasi sine causa vel injusta causa percepti. Videntur n. consumptione ejus facti: Exstantes a. vindicantur, non condicuntur. Idem confirmat *l. si pign. §. si præd. ff. de pign. act. l. advers. inf. de crim. expil. her.* Accurs. hac in re multa sunt errata. Dubitat enim primum qua actione consumpti fructus malæ fidei possessori condicantur: de quo non est dubitandum propter hanc legem, quæ ostendit, condictionem esse sine causa, vel ex injusta causa. Idem Accurs. putat huic legi similem *l. si urbana, D. de condict. ind.* Male: Nam ea lex loquitur de condi. indeb. etiam fructuum exstantium nomine, quæ datur non domino, sed ei, qui indebitos fructus malæ fidei possessori præstitit, qui domini fuerunt. Condictio a. sine causa, vel ex injusta causa, de qua hic, datur domino fructibus consumptis. Male etiam Accurs. putat domino dari condictionem furtivam, consumptorum fructuum nomine: Nam vel loquimur de fructibus rerum immobilium, quarum furtum non fit, etiam si mala fide teneantur, vel de fructibus rerum mobilium mala fide possessarum, sine furti vitio tamen: Nam non omnis malæ fidei possessor fur est, ni rem contrectaverit, id est, loco moverit & abstulerit, *l. vulgaris, §. ult. D. de fur.* Ergo loquitur lex de malæ fidei possessore, qui fur non est. Si fur sit, dabitur condictio furtiva etiam fructuum nomine. Male idem Acc, putat consumptorum fructuum nomine agi cum malæ fidei possessore rei vindicatione, quasi dolo desierit eos possidere. Nam vindicatione tenetur non solum qui dolo possidet, sed etiam qui possidere desiit. Hoc admitterem, nisi consumptione fructus suos faceret malæ fidei possessor. Quod consumptione meum fit, aut fieri intelligitur, eo consumpto non teneor in rem actione. At quod consumptione meum non fit; eo consumpto teneor ac si non consumpsissem. Quæritur quid in hac re distet bonæ fidei possessor à malæ fidei possessore? brevis definitio hæc est: Quod bonæ fidei possessor præstet fructus, quos consumpsit post litem contestatam, non etiam quos ante litem: nam eos non præstat, *l. certum sup. de rei vind.* Malæ fidei possessor præstat fructus etiam consumptos ante litem. Et sic est hæc l. 3. accipienda. Addatur *§.* 2. *Inst.* de *off. jud.* & *§. si quis à non domino, Inst. de rer. div.* Itaque in summa tam à bonæ fidei possessore, quam à malæ fidei possessore res vindicatur cum fructibus exstantibus. Consumpti fructus ante litem malæ tantum fidei possessori condicuntur: præterea malæ fidei possessor tenetur etiam de iis fructibus, quos ante litem percipere potuit, nec percepit, idque indistincte, sublata Accursii distinctione, seu habuerit titulum, seu non. Bonæ fidei possessor non tenetur de percipiendis, nisi post litem, d. §. 2. Nec obstat *l. si fundum, sup. de rei vind.* quæ lex ait, malæ fidei possessorem teneri de perceptis fructibus. Ex eo enim vitiose colligitur: Ergo non tenetur de percipiendis. At omnes leges in id concordant, teneri etiam eum de percipiendis indistincte: à quibus legibus illa nos dimovere non debet:

A B C D E



AD TITULUM X.

DE OBLIGATIONIBUS, ET ACTIONIBUS:

LEx 1. & 2. sunt de cessione actionum, quæstione subtili, & satis difficili. Cedere actionem, mandare, præstare, exhibere, transferre, procuratorem facere ad agendum, hæc omnia idem significant. Male interpretes ponunt differentiam inter cedere, & mandare. Imo vero etiam interdum delegare, idem significat, ut in *l. cum de bonis, inf. de don.* Proprie tamen aliud est delegare debitorem, aliud est cedere debitum sive actionem. Qui cedit actionem, eam non amittit, sed retinet, & potest ea experiri, *l.* 3. *inf.* de *novat.* qui delegat debitorem, actionem amittit, quoniam fit novatio. Cessio fit etiam invito debitore: delegatio non item, *l.* 5. & 6. *eod.* Nam delegatio fit per stipulationem, & promissionem delegati: alias fit per litis contestat. *l. delegare, D. de novat.* Cessio fit non tantum in rem nostram, ut cum facimus procuratorem ad agendum in rem nostram (non facimus procuratorem sine actionis cessione) sed interdum etiam in rem procuratoris, cui cedimus actionem, ut si ei, qui mihi pecuniam solvit nomine debitoris mei, forte ignaro meo debitore, aut invito, pecuniæ meæ debitæ actionem cedam, facio eum procuratorem in rem suam: nec enim quod ea actione fuerit consecutus repetam, sed id ille sibi habebit. Sed hoc casu ego videor non solum nequicquam, sed etiam nequaquam actionem cedere, quia mihi soluta pecunia desino habere actionem, & debitor invitus, ignoransque ipso jure liberatur, *l. solutione, ff. de sol.* Non est igitur actio quam cedam, quia sublata est solutione: sed id ita non est semper: ut cum nomen debitoris vendidi, & pecuniam accepi, non solutionis nomine pro debitore factæ, sed quasi pretii loco: tunc eadem actio perdurat, & solventi ceditur recte: quæ est sententia *l. cum is, qui, ff. de fidejussoribus.* Quod ita procedit, si ab initio species venditionis quædam intervenit, id est, si convenerit ut pecunia soluta cederetur actio: videtur vendi nomen, vel etiamsi nullo interiecto intervallo post solutionem statim mandata, & cessa sit actio, utilis est ea cessio. Quod si ante solutionem mandetur, nulla est dubitatio: at cum post solutionem ex intervallo sine pacto ceditur actio, nil agitur, quia ipso jure solutione per alium facta, sublata est actio, *l. Modest. ff. de solution. l. cum possessor, ff. de cens.* At utiliter facta cessione, quid inde consequitur? sic statuo: recte facta cessione actionis, is, qui pro debitore solvit, habet directam actionem contra debitorem creditoris nomine, tam in personam, quam hypothecariam, *l.* 6. & 7. *inf. hic*, habet etiam suo nomine utilem etiam sine cessione ex constitutionibus, quod heic lex. 1. ostendit, & *l.* 1. *§. nunc tractemus, de tut. & rat. distrab.* & *l.* 1. & 2. *ff.* de *contr. jud. tut.* Et generaliter fere ubi ex cessione est actio directa, utilis competit sine cessione in his speciebus, si nomen venditum sit, si legatum, si donatum, si pigneratum, si in dotem, vel in solutum datum sit, si hereditas sit vendita, si absentis nomine sit creditum, *d. §. nunc tractemus, l. si cum emptore, ff.* de *pact. l. 2. hic, l. 4. sup. si cert. petat. l. ex legato, inf.* de *legat. l. ultim. inf. quan. fisc. vel privat. l. postquam, inf.* de *her. vend.* ubi legendum (quod Acc. scivit) velut ipsi creditori: id est utilis datur exemplo creditoris, ut ait *l. pen. eod.* Illa utilis actio accommodatur ad exemplum ejus, quæ creditori competit, tam in personam, quam hypothecaria. At mandatum illud, seu cessio illa actionis finitur duobus modis; revocatione, quæ fiat re integra, *l.* 3. *inf. de novat. l. si pater, inf. mand. l. qui tibi 6. inf. de hered. vend.* Res non est integra, si is, cui cessa est actio, litem sit contestatus: tum is, qui cessit, amittit actionem, quam cessit; atque ita litis contestatio pro delegatione habetur, *l.* 2. *hic, l. delegare, ff. de nov.* Res etiam non est integra, si is, cui cessa est actio, partem debiti exegerit: partis exactio pro delegatione est, etiam is, qui cedit, nullam habet actionem. Item res non est integra, si is, cui cessa est actio, debitori denuntiaverit, ut solveret. Hæc denuntiatio habetur pro litis contestatione, *d. l.* 3. Finitur etiam cessio morte mandatoris, quæ etiam contingat re integra, sicuti explicatur in l. 1. cujus species hæc est. Valeria mulier, cui senatusconsultum Vellejanum opitulatur si se pro alio obliget, non si pro alio solvat, *l. 4. in fine, & l. 5. & l. quamvis, ff. ad Vellej.* creditori pecuniam pro debitore numeravit, non tam

solu-

solutionis nomine, quam quasi pretii loco. Ea igitur Valeria pro debitore solvit, & vicissim ei creditor recte mandavit actionem debiti, quasi venditione nominis facta ex pacto: deinde hic creditor mortuus est re integra, id est, lite nondum contestata à muliere ex cessione actionis. Itaque finitum videtur esse mandatum morte mandatoris: quod ita verum est, si sine herede decesserit: Nam si heredem habuerit, heres debet implere fidem venditionis factæ à defuncto, & debet in eodem mandato perseverare. At finge: hic creditor decessit sine herede. Quid faciet Valeria? directam non habet in debitorem, pro quo solvit pecuniam, quia decessit mandator, superest tamen ei utilis, quæ etiam ei competeret durante mandato ex sua persona, & suo nomine empta actione: quod tamen Accurs. male negavit: Putavit enim utilem subsidiariam dari directa deficiente, quod leges supra allatæ satis refutant. Id ex hac specie notandum summe: mandatum actionis non aliter finiri morte mandatoris, quam si successorem non habuit: idemque servatur mortuo mandatario actionis: Nam non finitur mandatum, si heredem reliquerit, qui actionem exequi potuit, *l. illam, de donat.* Hoc ita, si ego tibi actionem vendidero, aut donavero, & te in rem tuam fecero procuratorem. At si ego te in rem meam fecero procuratorem in litem, constat re integra te vel me mortuo mandatum extingui indistincte: idem est sive defunctus heredem reliquit, sive non, idque & in quolibet alio mandato, *l.8. hoc tit. Bart. & Accurs.* in verb. debitorem *h. l. 1.* ponunt male speciem in fidejussore, qui solvit quod reus debet. Nam primo scribit Imperator ad mulierem, cui non licet fidejubere per Vellejanum: deinde constat fidejussorem, qui solvit, nunquam habere actionem utilem in debitorem, quam tamen dat *h. l.1.* quia suo nomine solvit, id est, propter suam obligationem, ut se liberaret: Qua ratione etiam creditor, cui fidejussor solvit, quocumque tempore recte ei suam actionem cedit ex continenti, vel ex intervallo. Nam solvente fidejussore reus non liberatur ipso jure, quia non solvit rei nomine, liberatur tamen per exceptionem, *l. Papinianus, ff. mand. l. Stichum, §.si mand. D.de sol. l.dominus, de pecul.leg. l.si res, de leg. 1.* similiter si fidejussor solverit pro confidejussore, idest, si solidum solverit neglecto beneficio Epist. D. Adriani, quo si voluisset uti, solvisset tantum partem, eo etiam casu certum est, non habere actionem utilem adversus confidejussorem, quia suo nomine solvit, id est, propter suam obligationem. Erat a. obligatus in solidum ipso jure, & si haberet exceptionem Epist. *l. ut fidejussor, de fidei. l. cum alter, inf. eod.* At habebit hic fidejussor directam actionem ex cessione creditoris, si modo ea fiat recte .i. ex pacto, ex continenti, redempto nomine pro parte confidejuss. Nam si fiat illi ex intervallo sine pacto erit inutilis, cum confidejussor, qui nil solvit, ipso jure fit liberatus solutione per alium in solidum facta. Ergo hoc casu cessio non fiet utiliter quocumque tempore, quam tamen diximus fieri utiliter quocumque tempore, si unus fuerit fidejussor, qui pro reo solverit.

Ad L. III. Ob causam proprii *debiti locatoris conveniri colonos pensionibus ex placito satisfacientis, perquam injuriosum est.*

CReditor (ut proponitur in hac l. 3.) non potest convenire debitorem debitoris, ut colonum, aut inquilinum pensionibus ex placito satisfacientem. Græci legisse videntur pensionibus & placiato. Igitur satis est, si colonus satisfaciat canonibus, nec cogitur etiam satisfacere creditoribus locatoris. Hæc est regula: variæ tamen sunt causæ, ex quibus agit creditor cum debitore debitoris, veluti ex cessione debitoris, vel etiam sine cessione nomine in solutum dato, *l. ult. inf. quando fiscus vel priv.* vel ex delegatione, aut constituto, ut si debitor debitorem suum creditori delegaverit, vel si debitor debitoris constituerit se pro eo soluturum (Nam ex his causis constituitur, fitque proprie debitor creditoris) Delegatio novat, constitutum non novat, *l. pen. inf. de novat. l. ult. ff. de in diem addict.* vel etiam aget creditor cum debitore debitoris ex speciali nominis debitoris hypotheca, vel etiam ex generali hypotheca, sub qua continentur nomina, *l. nomen, inf. quæ res pign. obl.poss. l. si convenerit 2. D. de pignerat. act.* Et ideo recte in dicta *l. pen. de novat.* significatur debitorem debitoris chirographarii non posse conveniri: Nam aliud est in hypothecario .i. hypothecarii debitoris debitor potest conveniri, quia nomen illud pignori censetur obligatum ex generali hypotheca, vel etiam (& hæc est alia causa) si condemnato debitore, ab executoribus rei judicatæ, nomen debitoris pignori capiatur: quod fit jure, *l. etiam, inf. de exe. rei jud.* in causam judicati primum capiuntur mobilia, tum immobilia, deinde nomina. Atque ita ex hac causa conveniuntur debitores debitoris. Et de hac pignoris capione accipe *l. 1. & 2. inf. quand. fisc. vel priv. &c.* In l. 1. ostenditur, condemnato pupillo, res tutoris ex causa judicati pignori capi non posse, quia pupillus, licet habeat tacitam hypothecam in bonis tutoris pro administrata tutela, tamen eam exercere, vel persequi, vel tutelæ agere non potest ante finitam tutelam: quem debitor meus non potest convenire, nec possum ego: in *l.2* ostenditur, non aliter ex causa judicati nomina pignori capi posse, quam si desint alia bona condemnati, quæ sint extra omnem controversiam, & quæstionem: quæ pignori capiuntur ex causa judicati extra omnem controversiam esse oportet, id est, liquida & certa esse oportet, ut & ea, quæ in compensationem deducuntur, *l.ult.inf. de comp.* Idque fit seu sint corpora, seu sint nomina, constare debet liquido ea esse condemnati: si vel unus faciat de eis rebus, aut nominibus controversiam, vel si debitor condemnati inficietur, abstinere oportet ab illis nominibus, *l.3. eod. l. à D. Pio, §.si rerum, & §. sic quoq. ff. de re jud.* In *§.si id quoq.* in eam rem citat rescriptum nostri Imperatoris, id est Antonin. intelligens *l. 2. inf. quando fisc. vel priv. in §.* autem *si rerum*, quod ait, capioni res judicata proficiat; id est accipiendum de pignoris capione. Vulgo male legitur, usucapioni, vel etiam intelligitur, cum ille locus sit de pignoris capione, quæ fit ex re judicata. Addendum est his, creditorem posse convenire debitorem debitoris, non tantum ex expressa, sed etiam ex tacita hypotheca .i. si tacite debitoris sui nomen pignori positum sit. Et hac ratione puto fiscum, qui tacitam habet semper hypothecam generalem complectentem omnia corpora & jura, posse experiri utilibus actionibus cum debitore debitoris, licet non ex causa judicati agat, *l. 3. & 4. inf. eod. l.3. §.multa, D. de jur. fisc.* At eo casu duo exigimus, ut debitor debitoris, cum quo fiscus aget, sit confessus, & certus, *d.l.3.* Ex tacita hypotheca generali, non sunt pignori nomina, vel etiam ex expressa, nisi sint liquida, & certa. Item exigimus ut fiscus inexcusso principali debitore non agat statim cum debitore debitoris: Prius debet agere cum principali, & in subsidium cum debitore debitoris, *d.l.4.* Nam constat fiscum electionem non habere, & ab eo exercendam prius actionem personalem, quam hypothecariam, *l. Moschis, de jur. fisc. l.1.de conu. fis. deb.* Igitur quod hac in re fiscus habet, jure hypothecæ habet: quod etiam habet quilibet alius creditor hypothecarius: seu sit manifesta hypotheca, seu tacita: quod fiscus habet tacitam hypothecam, hoc fit jure quodam proprio & singulari: quod vero agit cum debitore debitoris fretus illa hypotheca tacita, hoc non fit proprio quodam jure. Nam & quilibet creditor hypothecarius idem habet.

Ad L.IV. Bonam fidem *in contractibus considerari, æquum est.*

Ad L. V. Sicut initio libera *potestas unicuique est habendi, vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest. Quapropter intelligere debetis voluntariæ obligationi semel vos nexos, ab hac, non consentiente altera parte, de cujus precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.*

IN *l. bona fides, D. depos.* eadem fere sunt verba: Bona fides, inquit, in contractibus exigitur. Et accipienda sunt de bonæ fidei contractibus. Ergo accipiamus hanc etiam legem de contractu bonæ fidei, hoc sensu: ut in contractibus bonæ fidei judex consideret quid ex bona fide dari vel fieri oporteat, vel quid magis bonæ fidei congruat. In contract. autem strictis bona fides non tam diligenter spectatur, sed sæpe insuperhabetur. Bona fides dicitur etiam sæpe alias integra fides, *l. 1. sup. de suff.* & singera fides, *l. 2. inf. si prop. pub. pens.* Et inde *l. 10. inf. de dist. pig.* bona fide, inquit, & mox, sinceriter: hæc bona sinceraque fides in contractibus bonæ fidei maxime exigitur, *l. 5. inf. de rescin. vend.* Exigitur quidem etiam in stricti juris contractibus: sed in iis, qui sunt bonæ fidei, maxime: veluti in utrisque exigitur, ut debita sine mora reddantur; quæ pars est bonæ fidei. Bonæ fidei debitor est qui moram non facit in debito reddendo. Symach. in epist. 42. lib. 3. *Denuo obligo fænore literarum bonæ fidei debitorem, & cæt.* & inde Senec. initio declam. memoriam suam bonæ fidei vocat, quæ deposita reddat, proferatque sine mora. Id vero in contractibus bonæ fidei maxime exigitur. Et ideo ex mora in contract. bonæ fidei veniunt usuræ; ex mora in contract. stricti juris non veniunt usuræ. Mora culpatur magis in uno, quam in altero contractu: bonæ fidei etiam, hoc est ut in contrahendo absit mala fides, & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maxime exigitur. Malæ fidei emptio non est emptio, *l. 1. inf. de resc. vend. l. si fraud. 1. de long. temp. præsc.* Malæ fidei stipulatio est stipulatio, nec nisi exceptione excluditur, *l. 36. de verb. obligat.* Præterea (& huc pertinet l. 5.) bonæ fidei est hoc ne contractus alterutro invito temere resolvatur: quod in bonæ fidei contractibus omnimodo observatur, adeo ut nec privilegio fisci, nec principis rescripto possit uno tantum volente resolvi, *l. 3. inf. de resc. vend.* Idem Symmach. in Epist. *Vox*, inquit, *est juris & legum, bonæ fidei contractum non posse resolvi.* Dices, cogimur ergo stare contractibus, nec possumus eos arbitratu nostro resolvere. Atqui dicuntur voluntarii. Rationem reddit Arist. initio ἠθικῶν. quia initium eorum est voluntarium, lib. 5. Nemo invitus accedit ad venditionem, *l. invitum inf. de cont. empt.* At ex post facto sunt necessarii, ut ait *l. in commodato, §. sicut, ff. comm.* voluntatis est mandatum suscipere, necessitatis explere & consumare: voluntatis & officii est commodare, necessitatis re commodata uti sinere. Et ut de compromisso ex jure Lucian. in abdicato: voluntatis est adire arbitrum, & compromittere, ita necessitatis parere arbitrio. Verum interdum etiam unius arbitratu resolvitur contractus, videlicet, si vel id tacite agatur, vel contractus natura id ferat: sic societati potest renunciari ab una vel altera parte: alioqui societas esset perpetua: quo genere ne expressa quidem societas coiri potest, ut maneat quidem quamdiu voluerit unus, ejusque heres, *l. nulla, ff. pro soc.* Natura ejus negotii est hæc, ut finiatur tandem, & solvatur hæc communio, mandatum etiam revocatur re integra, si quod tibi mandavi, jam te facere nolim. Ergo retro ei renuntiatur a mandatario. Explere mandatum est necessitatis, nisi opportune renuntietur, *l. si mandavero, §. ult. ff. mand.* sane hæc consequuntur: si tu potes revocare mandatum quod dedisti, & cur ipse renuntiare mandato non potero quod accepi, si omnia sint in A integro, & renuntiatio sit tempestiva? Sic etiam depositum & precarium tandem aliquando revocantur, etiamsi convenerit ne revocentur ante certum tempus: Nam hæc conventio est contra naturam depositi vel precarii: & ideo ei non statur: si non potes, cum est tibi commodum revocare depositum, vel precarium, est aliud quoddam negotium: non potest igitur censeri depositum vel precarium, quin tibi liceat cum volueris, revocare, etiamsi secus conventum sit. *l. cum precario, ff. de prec. l. 1. §. pen. ff. depos.* Similiter datum ob rem condicitur, & repetitur ex pœnitentia, *sup. tit. de condict. ob turp. caus.* etiamsi sit datum ex permutationis causa, quæ est bonæ fidei. Nam id videtur agi tacite, ut re non secuta, ob quam datur, repetitio dati sit. Ergo & retro acceptum ob rem reddi potest, B quamquam supersit hoc casu in id quod interest actio præscript. verbis. Nam hæc semper ita accipiuntur rebus integris .i. si nihil intersit.

Ad L.VI. Si in solutum nomen debitoris *sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit: pignora, quæ specialiter vel generaliter habes obligata persequere. Quod si ab his, quibus fuerunt obligata, cum potiores erant, distracta probentur: emptoribus avocari non posse perspicis.*

Ad L.VII. Si à creditore nomen comparasti: *ea pignora, quæ venditor nominis persequi posset, apud præsidem provinciæ vindica. Nam si debitum ex ejus persona res tibi obligatas tenentes non transferant: jure communi pignora distrahere non prohiberis: sane si creditoribus in ordine pignorum antecedentibus venundantibus, qui possident,* C *comparaverunt, vel longi temporis præscriptione muniti probibentur: pignorum distrabendorum facultatem te non habere perspicis.*

IN hac l. 6. & 7. hoc ostenditur, nomine debitoris vendito, vel in solutum dato, si nomen sit hypothecarium, emptori vel venditori non tantum dari actionem in personam, sed etiam Servianam ex cessione, vel sine cessione utilem, si qui tamen sint priores creditores hypothecarii præferentur. Nam in hypothecarum causa priores potiores habentur. Itaque nil refert in l. 6. an legas, *priores*, an *potiores*. Greci προγενέστεροι, id est, *priores*. Potiores etiam sunt possessores: qui a prioribus creditoribus pignora comparaverunt. Item possessores pignorum potiores sunt, D qui longi temporis præscriptione sunt tuti: actio Serviana tollitur præscriptione longi temporis, *l. 7. & ult. hic l. 1. & 2. si advers. creditor. præscrip. oppon. l. cred. ff. de divers. temp. præscript.* Usucapione tamen non tollitur actio hypothecaria, *l. usucapio, de pignoribus, inf.* id est, non tollitur usu anni vel biennii secundum jus antiquum: hodie etiam non tollitur usu triennii, quo res mobilis usucapitur: rei tamen immobilis hodie ex constitutione Justiniani longo tempore simul & dominium acquiritur, & hypotheca solvitur, id est, decem annis inter præsentes, 20. inter absente. De usucapione secundum jus antiquum accipe leg. *cum postulassem, §. ult. ff. de dam. infec.* Quam Accursius putat adversari superiori sententiæ, & male eam explicat. Hæc est sententia: damni infecti nomine missus in possessionem, ex primo decreto scilicet, possidendo: ex secundo decreto scilicet usucapiendo, dominium cepi, id est, usucepi. Si mihi non caveatur damni infecti, quod vereor ab ædibus vicini, ex primo decreto prætor facit me in possessionem ire, non possessorem. Si perseveret vicinus non cavere, ex secundo decreto prætor facit me possessorem, dominum non facit, quia non potest, ut nec facit heredem, sed possessione quæsita ex secundo decreto, deinde ædes usucapio tempore legitimo. Cum eo pacto usucepissem: creditor mecum agit hypothecaria. Igitur post usucapionem, quia pignus non tollitur usucapione: creditor igitur debet mihi reddere refectionis impensas. Eadem verba quæ sunt in eo *§. possid. domin. cepi.* sunt

in

in *l.si quid ita*, *§.de vectigal. eod. tit.* Eodem sensu, id est, pro usucapere, acquisita possessione ex secundo decreto. Quod autem diximus actionem hypothecariam tolli præscriptiooe longi temporis, id ita accipe, ut ea tantum utatur bonæ fidei possessor, atque ita excludat creditorem. Malæ fidei possessori est necessaria præscriptio 30. annorum, debitori 40. & ejus heredi, & posteriori creditori debitore superstite, *l.cum notissimi*, *de præscriptione 30. an. l.an vitium*, *in fin. ff. de diversf. tem. præscr.* Ita accipiendum quod scribir Snidas in verbo, *Priscus Emesenus Hypothecas tolli spatio 40. annorum*, scilicet adversus illas personas.

Ad L.VIII. Si quidem donationis causa ei, *quem adfectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti: & hanc tuam liberalitatem ille remunerans, te à procuratore suo aliam pecuniam sumere præcepit: rebusque humanis ante perceptionem ejus exemptus: nec quod dederas, recuperare, cum perfectam habuit donationem, nec quod tibi dari mandavit, nec dum tibi traditum petere potes à procuratore. Quod si mutuo dedisti, nec à delegato dari novandi causa stipulatus es: successores ejus solutioni parere compellentur.*

SPecies est. Alumno donationis causa permisisti tuam pecuniam accipere à procuratore tuo. Imperfecta est donatio, antequam acceperit, *l.permisisti*, *§. ult. ff. de præscript. verb.* verum perfecta est si acceperit; quia videris ipse tradidisse. Ita ponendum hic, eum accepisse pecuniam. Porro alumnus tibi gratiam retulit: Nam tibi permisit vicissim animo donandi, ut à suo procuratore aliam pecuniam acciperes, quam & procuratorem suum tibi dare mandavit: non accepisti eam pecuniam, vel mortuus est alumnus antequam acciperes: donatio est imperfecta. At non repetes pecuniam, quam ultro prior donasli, ab herede alumni, cum pure eam donaveris nulla conditione adjecta: non petes etiam à procuratore pecuniam, quam tibi defunctus dari mandaverat, quia jam dare procurator non potest, cum morte mandatoris finita sit procuratio. Nec obstat *l.1. hic*, *& l.illam*, *inf. de don.* quæ leges sunt de cessione actionum, quam coostat oec mandatoris, nec mandatarii morte finiri, si heredem reliquerit. In hac specio nulla tibi fuit actio cessa, sed procuratori tantum mandatum fuit, ut tibi pecuniam daret; ideoque etiam vivo alumno, & integro mandato, ne utilis quidem tibi actio io procuratorem competeret: cum donatio imperfecta sit: delegatio etiam nulla intercessit stipulationis jure: igitur nulla est in procuratorem ex stipulatu actio. Additur in h. l. diversum esse si mutuam alumno pecuniam dedisli, non donasti: Nam eo mortuo, in heredem ejus pecuniæ est condictio. In procuratorem autem, à quo te permisit accipere, nec accepisti, nulla est actio citra delegationem jure stipulationis interpositam: ea vero interposita, erit actio in procuratorem, in heredem non erit; quia delegatio novar obligationem. At in priori specie donationis ultro citroque factæ, prioris perfectæ, posterioris imperfectæ, tibi nec heredem, nec in procuratorem ulla actio competit.

Ad L.IX. Negantes debitores non oportet *armata vi terreri: sed petitorem quidem non implentem suam intentionem, vel exceptione submota, absolvi: convictos à condemnari, ac juris remediis ad solutionem urgeri, convenit.*

COnjunge *l.ult. inf. de exce. rei judic.* Debitores aut confitentur, aut inficiantur. Confessi condemnantur recte, quod etiam hodie fit, atque ita etiam rei jurejurando actori delato & præstito, condemnantur: confessi, inquam, in jure, vel in judicio: nam extra judicium confessio nullius est momeoti, nisi quis cautione confiteatur, quæ dicitur ὁμολογία. Confessi igitur in jure & judicio, ut *l.quidam*, *ff. de donat. l. post rem.*, *de re judic. l.1. §.proinde*, *ff. si quid in fraud.patr.l.4. §.pen. ad leg. Iul. Majest. l.2. inf. de repud. hered. &* in *Novell.90.* Solvere autem debent confessi intra tempora judicati, computanda à die confessionis, ut Paulus scribit *2. Sentent. tit.2. l.21.ff.de judic.l.6.§.ult.de confess.* Si non solvant, pignora capiontur, & distrahuntur, ut Paulus scribit eod. loco, & probat *l.debitoribus*, *ff. de re judic.* Inficiantes autem non sunt terrendi vi armata ut confiteantur; sed vel sunt absolvendi, vel condemnandi. Condemnati faciunt judicatum intra constituta tempora à judice, vel à lege intra 4. menses, sed tamen id spatium judex potest prorogare, vel coarctare, vel pignora capientur, & distrahentur, *d.l.ult.*

Ad L.X. Adversus debitorem, electis *pignoribus*, *personalis actio non tollitur: sed eo quod precio servari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra.*

Ad L.ult. Est in arbitrio vestro, *personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta, sibique tradita pignora tenet, in rem Serviana, si non longi temporis præscriptione munitus sit, an utrosque conveniatis.*

NOtandum creditorem habere electionem, qua potius actione experiatur, principali, ao accessoria, puta hypothecaria, constitutoria, vel mandati. vel ex stipulatu: in fidejussorem potest etiam dividere actiones: & partim agere in personam, partim hypothecaria, vel simul utraque in solidum: potest etiam una electa ad alteram reverti, & reo condemnato ex una actione, de reliquo, si quid sit, altera experiri. Quod totum obtinuit ante quartam Novell. Justiniani, *de fidejussor.* qua quidem comparat privatos creditores fisco, quem constat hujusmodi electionem numquam habuisse: de qua re est *Novell.* 136. nec obstat *Novell.112. de litigios.* in cujus specie videtur creditor prius agere hypothecaria, quam personali: verum id falsum est. Nam egit in ea specie prius actione personali, qua lite pendente debitor pignus vendidit; quo fit ut etiam liceat creditori agere actione hypothecaria in emptorem. De quæstione *l.11. & 13.* diximus *l.13. sup. si cert. pet.* Adde, qui pecuniam credidit colonis, nullam habet actionem cum domino prædiorum, etiamsi eo præsente, vel actore ejus credidit. Præsentia eum non obligat, imo nec subscriptio sine stipulatione, *l.14. sup. si cert. petat.* Hoc ita, si colonis credidit in rem eorum. Nam si credidit colonis, id est, conductoribus prædiorum in rem domini, quod Græci notant ad eam leg. quod scilicet prædia ea pecunia egerent, dominus tenetur actione negotiorum gestorum: vel si non credidit in rem domini prædiorum, sed coloni eam pecuniam in prædia insumpserunt, colonis tenetur actione ex conducto, quam etiam cedere possunt creditori: atque ita etiam ex cessione creditor aget ex conducto cum domino prædiorum.

Ad L.XII. Ob æs alienum *servire liberos creditoribus, jura compelli non patiuntur.*

EST ambigua oratio, *ob æs alienum*, *& cæt.* Nam vel hoc significat, ut ne filii pro debito paterno addicantur creditoribus: vel ut debitores liberi homioes non cogantur creditoribus servire ob æs alienum. Et hic sensus magis verbis legis congruit. Lex enim non ait, liberos debitorum, sed absolute, liberos. Et ait, non compelli liberos, quasi principales, seu debitores, & ita accipiunt hic Græci: non coguntur inopes debitores servire suis creditoribus. Ait lex, *servire*: quo in verbo hæret Accurs. non abs re, quod longe distat servire ab eo quod est servum esse. Addicti serviebant creditori, servi tamen non erant. Quintil. *lib. 5. cap. 10. & l.7. cap.4.* atque etiam in declamat. 311. quæ inscribitur, *Addictus manumissus*. At ex hac lege servire non coguntur: putem tamen hac lege utrumque posse comprehendi hoc modo, ut liberi homines credi-

toribus servire non cogantur ob æs alienum, seu sint debitores, seu debitorum filii. Et sic Gregorius 4. *epist.* 43. dum scribit de Cosmo quodam debitore, cujus filios creditores detinebant; lex, inquit, habet, ut liber homo nullatenus pro debitore teneatur, qua de re etiam scribit *lib.2. cap.96.* Justinianus *Novel.*134. Ambros. in lib. *de Tobia, cap.8.*



AD TITULUM XI.

UT ACT. AB HEREDE, ET CONTRA HER. &c.

HAC constitutione subvertitur regula juris antiqui, quæ talis est: Obligationem, quæ non cœpit à defuncto, vel contra defunctum, ab herede, vel contra heredem incipere non posse, *l.ult. C. Theod. de div. resc.* Et ideo post mortem stipulatoris, vel promissoris facta stipulatio non valet, quia hac stipulatione id agitur, ut incipiat obligatio ab herede, vel contra heredem. Eadem ratione post mortem heredis, aut legatarii relictum legatum non valet, *§. post mortem, Instit. de leg. §. post mortem, Instit. de inutil. stipul.* quamvis fideicommissum ita relictum valet, quia latius accipitur, & non tam obligatione aliqua juris, quam pudore eorum, qui sunt rogati continetur: ideoque ab herede heredis recte relinquitur, *l. si fueris, de leg.* 3. Ulpian. *tit. de fideicommiss. in Frag.* Itaque in fideicommissis nil refert utrum dixeris, cum morietur heres, vel cum mortuus fuerit heres: Nam & ita relictum fideicommissum, cum morietur heres, post mortem heredis relictum videtur, *l.11. §. filio, de legat.* 3. *l.1. §. si emancipato, ff. de collat. bon.* At in legatis, & stipulationibus eorum, earumve, quoad fieri potest, conservandarum causa inducta est hæc verborum differentia subtilis, inter cum morietur, & cum mortuus fuerit: ut hoc modo non valeant, illo valeant, *§. ita autem stipulatio, Inst. de inutil. stipulat. l. quodcumque, §. 1. ff. de verb. oblig.* Hæc omnia Justinian. perturbavit, ac primum quidem constituit, post mortem heredis, aut legatarii legari posse, post mortem etiam contrahentium recte stipulationem contrahi, *l. scrupulosam, inf. de contrah. stipul.* ex qua lege erat consequens, superiorem regulam juris antiqui esse sublatam: quia tamen nominatim non fuerat sublata, edita est hæc constitutio, quæ eam tolleret nominatim: quæ ex novis constitutionibus necessario concluduntur, non statim habentur pro legitimis. Novæ constitutiones sunt stricte accipiendæ, id est, quæ jus vetus abrogant. Ita semper sunt accipiendæ Novellæ Justiniani, quibus pervertitur jus civile, ut *Novell. de hered. ab intest. ven.* semper est accipienda stricte, id est, in propriis terminis: filii fratrum cum patruis succedunt in stirpes. Hoc continetur illa Novella. Quid si soli sint filii fratrum, an succedent in stirpes? Hoc videtur esse consentaneum illi Novellæ, sed tamen, quia hoc nominatim cautum non est ea Novella, ut Azo recte sensit, sequemur jus vetus, & eos dicemus succedere in capita. Consequens etiam est huic constitutioni, nil interesse stipulationem, aut legatum ita relictum, cum morietur heres, post mortem relictum videri. Hodie ita videtur dicendum, ut in fideicommisso supra diximus. At hoc non est temere affirmandum, quia constitutionibus novis non est expressum, licet necessario consequatur: consequens etiam est, nil referre heres instituatur post mortem suam, an cum morietur qua in re differentia erat: nam institutio post mortem non valebat: cum morietur valebat, *l. extraneum, inf. de her. inst.* An differentiam eam dicemus manere in hac specie? sic sane: quia nova Constitutio hanc speciem omisit: quod novæ Constitutiones omittunt, pro omisso est habendum. Nec potest suppleri vel nostris interpretationibus, vel argumentationibus. Illam autem regulam juris antiqui, Accursius male putat vitiari à stipulationibus conditionalibus, quæ quandoque non commissæ in defunctum, committuntur in ejus heredem: hoc non est regulæ vitium: Nam stipulatio conditionalis initium capit à defuncto, & ex tempore contractus vires accipit, *l. usufruct. ff. de stip. serv.* hoc est satis, non est necesse, ut committatur etiam in defunctum. Idem est dicendum de stipulationibus pœnalibus, quæ quanquam non commissæ in defunctum, committuntur in heredem. Idem dicendum est de quibuslibet obligationibus, quæ plerunque pleniores, uberioresque sunt in heredem, quam in defunctum, *l. si per imprud. §. 1. & §. non mirum, ff. de evict.* Cæterum origo earum est à defuncto. Ait Imp. in fine hujus legis: Ne propter nimiam subtilitatem, puta cum morietur, aut cum mortuus fuerit (inter quæ differentiam constituebat regula) latitudo voluntatis contrahentium impediatur, id est, ne ideo latius non accipiatur voluntas contrahentium. Latitudinem opponit subtilitati, *l. 111. de verb. obl. Latius accipi &c.*



AD TITULUM XII.

NE UXOR PRO MARITO, &c.

PRimum ostenditur, uxorem non teneri ex contractu mariti, etiamsi pro eo fidejusserit. Nam si fidejusserit, tuta est mulier exceptione senatusc. Vellejani, *l. 1. hic, l. ult. §. item si mulier, ff. ad senat. Vell.* Hodie tuta est ipso jure, si pro marito fidejusserit: si pro alio, tenetur, sed habet exceptionem Vellejani, *Novell.* 134. non tenetur etiam ex delicto mariti: Et ideo ob delictum mariti res uxoris fisco non addicuntur, quia nec res heredis potest, qui propius ad vicem nostram accedit, *l. 2. hoc tit.* non tenetur etiam uxor ob civile munus, vel honorem gestum à viro, mulier non tenetur reipublicæ, *l. mulier, inf. de decur. lib.* 10. *l. 1. inf. ad leg. Jul. de vi publ. l. 1. inf. de privil. fisci, & l. 3. hic.* Excipienda est dos, quæ tenetur fisco ob munera, vel honorem gestum à marito, quia dos constante matrimonio est in bonis mariti. Constante igitur matrimonio ea fruetur fiscus, quasi maritus. Nec est dicendum, hoc esse speciale in primipili causa. Nam non solum id obtinet in ejus causa, sed etiam in omnibus causis munerum civilium, idque significat *l. 3. hic,* quæ ait, non in dotem. Nam dos tenetur ob civile munus mariti; paraphenna non tenentur, id est, cætera uxoris bona non tenentur. Et male Accurs. supplet *maxime*, cum id repetatur, & subjiciatur ea non teneri, quæ sunt præter dotem. At in filio quidem speciale est ob causam primipili: Nam filius emancipatus, aut exheredatus non tenetur ob civile munus patris defuncti, *l. 2. tit. seq.* Ex causa primipili tenetur, etiamsi heres non extiterit patri, *l. ult. inf. de primip. lib.* 12. Id diximus *l. 1. sup. de cond. ex leg.* Addendum etiam maritum non teneri ex contractu, vel delicto uxoris, *d. l. 3. hic*, neque obstat *l. observare, §. 1. ff. de offic. Proconf.* quæ lex est specialiter accipienda, ut quemadmodum Proconsul, aut præses præstat factum domesticorum, aut ministrorum, si quid in provincia egerint per vim, concussionem, aut impressionem, *l. 1. inf. ad leg. Jul. repet.* ita etiam præstat factum uxoris, si quem concusserit non ex alio delicto, sed ex concussionis tantum, & impressionis causa, idque specialiter ex senatusconsulto, de quo etiam Cornelius Tacitus lib. 4. Postremo ostenditur etiam matrem non teneri pro filio, *l. 3. & 4.* de patre dicetur in tit. seq. Notandum autem valde quod ait *l. 4.* si mater partem solverit pro filio, non ideo cogitur solvere reliquum; etiam creditorem adimplere, & partem, quam solvit mater condicere non potest, quia filii nomine solvit, ut in *l. si certis, sup. de pact.* quod solutum est non condicitur, quia est solutum ex pacto, ex ea solutione

tione tamen non constituitur obligatio, quæ ex pacto A nulla est. Quod si mater in specie legis 4. suo nomine solverit errans, habebit condictionem soluti. Multo ergo minus tum de reliquo convenietur. Ad hæc pertinet *l. operas*, *ff. de oper. libert. l. creditor*, *inf. de usur.* Ex quibus generaliter colligitur, solutionem partis nil præjudicare, si non debeatur. Oblitat huic sententiæ *l. cum de in rem verso*, *ff. de usur.* ubi usuræ, quæ sunt præstitæ longo tempore, & in posterum præstari debent, ob id solum, quod sint diu præstitæ, & quod sint præstitæ usuræ dotis à defuncto, dos ipsa à successore petetur. Oblitat etiam *l. 1. inf. de fideicomm.* ubi si legatum annuum, id est, alimentorum, sit præstitum triennio continuo, in futurum etiam perpetuo debet præstari. Videtur ergo ex iis partis solutio, aut certi temporis præstatio obligationem confirmare, & constitue- B re. Respondeo ad *l. cum de in rem verso*, præstationem illam longi temporis præsumptionem facere in re dubia, de qua erat lis apud Imperatorem. Ambigebatur enim de debito: multa faciebant pro alimentario. his si accedat diuturna præstatio, vincet. At in re certa, ut in hac *l. 4.* præstatio partis nil præjudicat, id est, si constet eum, qui præstitit, non debere, sed alium: vel à nemine deberi id, quod est præstitum. Respondeo *ad l. 1. inf. de fideicommiss.* legatum alimentorum, de quo in illa l. fuisse relictum, sed dubitabatur de tempore, utrum esset relictum in certum tempus, id est, in certos annos, an quoad viveret legatarius. Heres dicebat, relictum in certos annos, legatarius in perpetuum, id est, quoad viveret. Pro legatario facit præsumptio; si triennio acceperit, sufficit triennium, *in* C *tali causa*, inquit, lex alimentorum scilicet, qui triennio accepit alimenta, accipiet & in futurum: nisi probaverit heres fuisse relicta alimenta in triennium duntaxat, quia facit præsumptio pro alimentario. Denique partium, vel pensionum solutio præsumptionem inducit, *l. 4. de non num. pec. l. cum de indebito*, *ff. de probat.* præsumptionem inducit, vel facit, non jus, non obligationem.



AD TITULUM XIII.

NE FILIUS PRO PATRE, &c.

EX superiore titulo didicimus, uxorem pro marito non teneri, vel maritum pro uxore, vel ma- D trem pro filio. Ex hoc autem titulo discemus, patrem non teneri ex contractu filii emancipati; nec etiam ex filiifamil. contractu tenetur ultra peculii quantitatem, nisi jussu patris contraxerit filius, quo casu tenetur in solidum pater, vel nisi filiofam. contra senatusconsultum Macedonianum sit pecunia credita, quo casu pater ne de peculio quidem tenetur, *l. 1. hic*, *l. pen. inf. ad Macedon.* Itaque si metu illato creditor à patre filiifamil. nomine pecuniam extorserit, patri competit actio quod metus causa, & hoc significat l. 1. cum ait *extorta*: condictio indebiti non competit, quia sciens solvit, coactus tamen: vel si suasionibus creditoris (quod finxit Accurl.) pater solverit, quod solvere non debuit, competet actio de dolo. Hoc etiam casu non E competet condictio indebiti, in quo Accursius fallitur in *l. servus*, *§. ult. & l. si legatarius*, *D. de dolo l. 1. sup. de rebus cred.* Pater etiam non tenetur ob civilia munera, quæ filius gesserit se invito, id est, contradicente: Nam taciturnitas in hoc consensum imitatur, *l. 3. hic*, qua de re dicetur ad *l. 1. inf. quod cum eo*. Addatur etiam e contrario, filium pro patre non teneri, *l. 2. & 4. hic*. Pro patre superstite scilicet, vel etiam mortuo, si ei heres filius non extiterit, excepta causa primipili, ut sup. diximus in tit. præced. Libertus etiam pro patrono non tenetur, neque servus pro domino, vel ex delicto domini, *l. ult. inf. hoc tit.* In servo id est notissimum: quia non est etiam ... id est, fori capax non est, & si servus fuerit tempore contractus, & postea manumittatur, non tenebitur, nec pro domino, nec ex sua persona, ob contractum à se habitum, ut explicabitur in sequenti titulo. Unde ita concludamus: cum hæ personæ, quæ in his duobus titulis recensetur, quæ scilicet arctissimo vinculo continentur, & quæ in multis juris partibus, & articulis una censentur persona, aliæ pro aliis non obligentur: multominus extraneus ex contractu, vel delicto extranei tenebitur, nisi heres, aut fidejussor, aut alia quævis accessio. Fuit olim plerisque locis usurpatum, ut vicanus teneretur pro convicano, id est, ut creditori liceret ob debitum pagani, aut vicani ejusdem pagi, aut vici hominem prehendere, vel res ejus pignorare, quoad verus debitor satisfecisset: quas Justinianus vocat pignorationes, & eas damnat tollitque. Societas, aut communio ejusdem vici, aut pagi, aut civitatis me æri tuo non obligat; & hæ pignorationes sunt hodie illicitæ, *Nov. 52. & 134.* Id etiam indicat Zeno Imp. *l. 4. inf. ut nullus ex vic. libr. 1.* Et de his eleganter Cassiodorus 4. Variarum: quod maxime pertinet ad hos titulos. *Dividunt*, ait, *causæ germanos*, id est frater pro fratre non tenetur: sic patronus pro liberto non tenetur, nec dominus pro servo; nisi quibus casibus pater tenetur pro filiofa. Adjicit & Cassiodor. *Obligationibus paternis filius, si non sit heres, exuitur.* Sequitur: *uxor maritalibus debitis, nisi per vincula successionis, non tenetur. Et audacia ad solutionem trahit extraneos, cum absolvant jura conjunctos*: damnat pignerationes. Idem etiam cautum est legibus Longobardorum, *l. 3. de debitis & vadim.* Item Constit. antiquis Neap. latis à Friderico *tit. de cultu pacis*: Nam hæ pignorationes, barbare dicuntur præsaliæ & represaliæ. Inde Bartoli liber de represaliis. Sublatæ igitur sunt hæ omnibus legibus. At nunquam populi in totum abstinuerunt. Sæpius sunt in usum revocatæ; & ideo cum non possent omnino eximi à republ. saltem censuit Gregorius Clericos eximendos, *cap. 1. de injur. lib. 6.* Idem postea Fridericus dedit studiosis, ut ne pignoratentur pro alienis debitis, idque nova constitutione, quæ est subjecta huic titulo: qua etiam actionem repetundarum famosam in quadruplum promittit, si quis studiosum pro alio debito pignoratit. Idem etiam datur eorum tabellariis eadem constitutione. Nostris moribus utimur non in nostrates, sed in extraneos; nec id facimus, nisi permissu principis, ut si negotiatori Gallo merces eripuerint Hispani, idem, quem primum offenderit Hispanom, pari jure eripiet, si id impetrarit à principe: Et dicitur à nobis *droit de marque*: potissimum autem in limitibus exercetur. Ea quoque constitutione Fridericus dat studiosis duo alia privilegia, ut ne ulla onera, ollæ corporales pœnæ, id est, angariæ indicantur. Quo pertinet *l. 2. inf. de incolis*: qui studiorum causa quodam loco versantur, non sunt incolæ, id est, ad munera non vocantur, & ad onera civilia. Item nec eorum parentes, qui ad eos frequenter commeant, nisi ibi decennium consumpserint, cum jam non sunt studiosi, sed incolæ. Dat etiam Imp. Fridericus constitutione sua studiosis, ut ne vocentur ad aliud judicium, quam Episcopi, aut Doctoris. Hodie habent Conservatorem. Et is cadit actione, qui studiosum ad alium judicem vocaverit. Præses igitur, vel præfectus in studiosos jurisdictionem non habet ex ea constitutione Friderici: Nam ex constitutione Justinianæa habuit una cum Episcopis & Doctoribus, in præfatione Pandect. Nam ibi primum constituit, ne libri juris scribantur per notas. deinde ne studiosi joris illicitos ludos exerceant, quos tum exercebant, existente maxime aliquo tyrone. Eos ludos vocabant ... ut est scriptum in Syn. facta in Trullo can. 71. quo etiam nominatim damnantur ... Adjicit Justinianus, ut hæc observentur cura præfecti urbis Romæ, Constantinopoli, & Beryti: Nam in his tribus tantum urbibus jus civile docebatur. Recte autem Accurl. ad hanc Novel. Friderici,

ci, & constit. Justin. notat: in causa criminali eos non habere privilegium fori: quo etiam jure utimur: reatus omnem honorem excludit, *l. 1. supra*, *ubi senat. vel clarissimi*, *&c.* Male autem putat hanc cognitionem, quæ datur Episcopo, & Doctori, posse alteri mandari ab Episcopo vel Doctore. Nam id specialites datus constitutione Friderici, etiam privato, qualis est Doctor: non competit ergo jure Imperii: Igitur secundum principia juris civilis non potest mandari, *toto titu. de officio ejus*, *cui mand. est Jurif. l. nec mandante*, *D. de tut. & cur. dat.*



AD TITULUM XIV.

AN SERVUS PRO SUO FACTO, &c.

Factum in hoc titulo significat contractum, aut delictum. Duo sunt tractanda hic, primum, an servus domino teneatur post manumissionem de antefacto: deinde an teneatur extraneo. De domino est hæc regula: Servus ex contractu, aut delicto domino non obligatur: & ideo post manumissionem non tenetur etiam domino ex antefacto, cum obligatio non cœperit ex antefacti tempore, *l. servus*, *de furt. l. 1. sup. de nox. act. l. ult. hic*, *l. 1. §. 1. ff. si quis testam. lib. esse jus. fuer.* Excipiuntur quatuor casus. Primus est, si dominus consilio servi circumscriptus cum manumiserit, vel vendiderit ei, à quo manumissus sit: hoc casu in manumissum ex antefacto competit actio de dolo, vel in factum Prætoria. Illa intra annum: hæc post annum; illa in scientem: hæc in ignorantem, *l. & eleganter*, *D. de dolo*, *l. verum*, *D. de minor.* Secundus casus hic est, si servus domino aliquid promiserit pro capite, id est, ut manumitteretur, pactione scilicet: quo casu in manumissum est actio in factum, ut præstet quod promisit, ut ait *l. 3. hic*. Verum quænam est hæc actio in factum, quæ datur *l. 3.*? Eadem sane, quæ datur superiori casu, decepto domino consilio servi. Est igitur actio in factum prætoria actioni de dolo subsidiaria: & ideo hoc etiam casu in scientem agetur de dolo, *d. l. & eleganter*, *§. servus*. Dices, imo in hoc casu l. 3. est actio in factum civilis, id est, præscript. verb. Nam negotium ita gestum fuit dabo ut manumittas. Nam licet dominus prior manumiserit, tamen non ideo mutatur forma conventionis, quæ ita inita est dabo ut facias. Constat autem ex articulo do ut facias, dari in factum civilem actionem, id est, præsc. verbis, *l. jurisgentium*, *§. 1. D. de pact.* At hoc casu non dabitur, quia ille servus fuit cum contraxit, & regula juris non patitur, ut ex contractu facto cum servo, in eum post manumissionem actio sit. Hujus rei est argumentum *l. 5. §. pen. de except. rei vend.* servus emit res peculiares, necdum domino tradidit, sed retinuit in peculio quasi peculiares, non domini: postea manumissus est testamento, & peculium est ei legatum; venditur sepetit eas res: An repelletur exceptione rei venditæ civili? Non: quia servus fuit cum contraxit. At repelletus exceptione in factum prætoria: sic etiam ex pactione libertatis post manumissionem servus domino tenetur, non in factum civili, sed actione in factum prætoria decretali. Tertius casus proponitur in *tit. si quis testam. liber esse jussus fuerit*. Veteres putabant hereditati fieri furtum, Tullio teste *7. Epistolarum*. At obtinuit sententia novorum Jureconsultorum, hereditati jacenti furtum non fieri: Item rei hereditariæ nondum ab herede apprehensæ furtum non fieri: quia furtum est possessionis interversio: hereditatis autem nulla est possessio. Ergo non fit furtum, *l. 1.*, *§. Scævola*, *inf. eod. tit. l. in eo*, *quod*, *de acquir. rer. dom. l. 2. D. de crim. expil. hered.* At is, qui rem hereditariam surripuit, licet non teneatur furti, tenetur tamen extra ordinem proprio crimine expilatæ hereditatis. Est etiam actio dupli in hac specie. Servus hereditarius testamento manumissus jacente hereditate aliquid ex ea surripuit, aut dolo malo corrupit adita hereditate; atque ita factus liber ex testamento, tenebitur actione dupli ex illo edicto, ne illius improbitas impunita sit: quæ actio dupli dicitur à Græcis rerum amotarum *ad l. Titia*, *§. pen. D. de manumiss. testam. 48. Basilicon*, quia propsie furtum hereditati non fit, cum nullus sit possessor. Hodie moribus Galliæ hereditati furtum fit, secundum sententiam veterum Jurisconsultorum, quoniam hereditatis possessio nunquam vacat: heredis, & defuncti possessio continuatur, *le mort saisit le vif.* Ultimus casus est, si servitutis, & libertatis actus sint connexi, Id est, si quod egit in servitute pro domino actum administrans, id pergat agere post manumissionem. Actus libertatis trahit ad se actum servitutis, & tenetur eo nomine, *l. cum actum*, *l. Proculus*, *& l. atqui natura*, *D. de neg. gest.* Pertinet etiam eo *l. ult. sup. de petit. hered.* quoniam in specie hujus legis post libertatis multum tempus servus in eodem actu perseveravit. Sequitur, an servus post manumissionem ex antefacto teneatur extraneo, cum prius expositum sit de domino. Et ex delicto quidem obligatur, non tamen ita, ut manente servitute possit conveniri. Constat inter servum, & liberum judicium non consistere, fori servum non esse capacem. Ideoque servitute manente, ex delicto cum eo non agitur, sed dominus noxali actione convenitur, quæ actio servi manumissione extinguitur, & tum in servum transferetur recto jure i directa dabitur, non utilis. Igitur post manumissionem, ex delicto cum servo agetur actione directa. Et hoc est quod dicitur, Noxa caput sequitur, *l. 4. hic*: Ubi recte ait, manumissum extraneo teneri actione furti ex antefacto. Nun solæ actiones noxales caput sequuntur. Actio furti est noxalis: condictio furtiva non est noxalis. Manumissus igitur non tenebitur condictione furtiva, nisi post manumissionem contrectarit rem, *l. quod ab alio*, *D. de condict. furt.* tenebitur tamen actione furti. Igitur ex delicto, & noxa servus extraneo obligatur naturaliter & civiliter, & manumissus potest conveniri directo: Ex contractu a. servus extraneo obligatur naturaliter, non civiliter, *l. servi*, *D. de obligat. & act.* Proinde manumissus non potest convenisi ex contractu, cum non sit civilis obligatio; ut si quis rem deposuerit apud servum alienum, servus post manumissionem depositi actione non tenebitur, nisi post manumissionem rem teneat. Sed & si rem non teneat, tenetur de dolo, si quem admiserit in re deposita, *l. 1.*, *§. si apud servum*, *l. si apud filium*, *D. depos.* Nam actio de dolo est noxalis, *l. si quis adfirmavit*, *§. pen. D. de dolo*: & ideo caput sequitur. Et ita si dolo servi circumscripto extraneo servus ad libertatem pervenerit, in manumissum extraneo competit actio de dolo, *l. & eleganter*, *§. servus*, *D. de dolo*. Constat etiam ex negotio gesto post manumissionem servum extraneo teneri, si extranei actum in servitute gesserit, & in eo actu post manumissionem perseveraverit, actus libertatis trahet ad se actum servitutis, *l. si cognati*, *sup. de neg. gest.* ut diximus de domino, in quo eandem regulam posuimus, ut scilicet quemadmodum extraneo, ita domino servus obligetus ex contractu naturaliter, non civiliter. At in delictorum causa est differentia inter dominum, & extraneum. Extraneo servus obligatur ex delicto naturaliter, & civiliter, *d. l. servi*: domino naturaliter tantum. Et ideo ex causa delicti dominus habet retentionem, & deductionem de peculio, *l. 10.*, *§. sive autem*, *D. de peculio*: cum manumisso ex delicto actionem nullam habet, quia nec orta est ante manumissionem. Ex his intelligitur servum esse capacem naturalis obligationis, servum cuilibet obligari naturaliter, *d. l. servi*, *l. atqui natura*, *D. de neg. gest. l. naturaliter*, *D. de condict. indeb. l. eo tempore*, *§. etiam*, *D. de pecul.* At duo obstant valde. Primum *§. præterea*, *Inst. qui. mod. tol. oblig.* & ei similis *l. in persona*, *§. 1. D. de pact.* in eis locis ostenditus, interventu servi novationem non fieri, maxime si extra rem peculiarem pro alio intervenerit. Ergo servus expro-

expromittendo non obligatur naturaliter: Nam si naturaliter obligaretur fieret novatio, *l. 1. D. de novat.* Obstat etiam *l. 20. D. de fidejuss.* quæ lex docet domino dari condictionem indebiti, si servus pro alio fidejusserit extra causam peculii, & solverit: vel servus ipse ex peculio, vel dominus. Ergo servus ille ex fidejussione naturaliter obligatus non fuit. Nam si fuisset naturaliter obligatus, soluti condictio non esset, quæ tamen est. Duo igitur obstant, quorum unum est de servo expromissore: alterum de servo fidejussore: uterque generali verbo dicitur intercessor. Inde igitur generaliter ita definiamus: servum pro alio intercedentem extra causam peculiarem non obligari naturaliter. Hujus sententiæ effectus hi sunt: ut soluti condictio sit. Item ut in dominum non sit actio de peculio, quæ tamen in dominum competit, semper servo obligato naturaliter, seu ex causa peculii, seu extra causam peculii. Putem etiam (& hic est 3. effectus) fidejussores datos à servo intercessore, non teneri, idque sic confirmo. Comparatur omnino servus intercessor servo judicio condemnato, *l. 3. §. si filius, & §. si servus, D. de pecul.* Ex causa judicii, quod cum servo non consistit, fidejussor à servo datus jure non tenetur, quia nec judicium consistit, *l. quoties, D. si quis caut.* Ergo etiam ex causa intercessionis, quæ non consistit, fidejussor à servo datus non tenebitur. Denique servus intercedens pro alio, non obligatur naturaliter. Igitur non est verum quod concedit Theophil. in *d. l. §. præterea*, servum expromittentem obligari naturaliter. Fateor hac in re dissensionem fuisse inter Sabinianos, & Proculejanos. Et hoc est, quod ait *d. l. 3. §. filius, ff. de pec.* de hac re fuisse tractatum. Obtinuit tamen sententia Sabini, & Cassii, hac in re differentiam esse constituentium inter servum, & filium: ut scilicet pater obligetur de peculio, quacumque ex causa filius intercesserit pro alio; dominus non item, nisi in re peculiari, vel in re domini servus intercesserit, *d. l. 3. §. sed si filius*, & in *l. quoties, §. 1. eod. tit.* Eam sententiam probarunt Julianus, & Jabolenus, qui fuerunt etiam Sabiniani, *l. 19. & 20. de fidejussor*, in *d. l. in persona, §. 3. D. de pact.* Eandem sententiam ex diversa schola probavit etiam Celsus, ut refert *d. l. 3. §. si filius.* Et ita etiamsi servus compromiserit in arbitrum, vel si forte in judicio sit condemnatus: vel si in judicio actori jusjurandum detulerit, his etiam casibus dominus non tenetur de peculio, quasi ex his causis non sit constituta naturalis obligatio. Sed in filio diversum est, *d. l. 3. §. si filius, §. si servus, §. sed & si filius, & §. idem scribit*, & in *l. depositi, §. 1. eod. tit.* quæ differentia est etiam ex Sabinianorum sententia, quam & diversæ scholæ Nerva filius probavit. Vulgo tamen Proculejani ex his etiam causis censebant servum obligari naturaliter: & tam in dominum, quam in patrem dabant actionem de peculio. Et ob id in *l. quidam, D. de jurejur.* quidam ajunt, inquit, ex Proculejanis, scilicet qua de re aliquid diximus in *l. 4. sup. de reb. cred.* Conclusio hujus quæstionis hæc sit. Sabiniani, quorum sententia obtinuit, in his quatuor causis: si servus pro alio intercesserit, si compromiserit, si judicio condemnatus fuerit, si in judicio jusjurandum detulerit, obligationem naturalem, quæ tamen subesse videtur, non agnoverunt, & ideo de peculio in dominum actionem non dederunt. Nam nec naturali, nec civili jure servum idoneum intercessorem, aut compromissorem, aut litigatorem idoneum, idoneam personam in judicio esse censuerunt. Ex aliis causis indistincte, seu è re peculiari essent, seu extra, in servum naturalem obligationem admiserunt, & actionem de peculio in dominum. Est etiam alius casus, quo post manumissionem cum servo est actio ex antegesto, *l. 2. hic.* Species est: Servo est credita pecunia: servus obligatur naturaliter, non civiliter: dominus autem tenetur de peculio, quacumque ex causa sit credita. Manumisso servo, dominus, vel etiam si testamento sit manumissus, heres de peculio tenetur in-

A tra annum ex illo edicto *quando de peculio*, *&c.* At hoc ita est, si servo peculium legatum non sit: Nam si servo peculium sit legatum, dubitatur quis teneatur creditæ pecuniæ nomine. Et videtur potius danda actio in manumissum, qui peculium habet extincta actione annali de peculio: id probat *l. 1. §. per contrarium, ff. de dote præleg.* Et ideo hæc l. 2. ait: Servus non tenetur, maxime si peculium ei legatum non sit: maxime sic est accipiendum, quasi idem prorsus non sit, peculio legato. Nam eo legato videtur manumissus teneri debere. Obstat *l. si servo, de pecul. leg. & l. 1. §. item heres, quando de peculio actio an.* quæ leges servo testamento manumisso, & peculio ei legato dant actionem de peculio in heredem intra annum, non in manumissum. Breviter ita dicendum est. Actio de peculio non B quemlibet peculii possessorem sequitur, nisi sit dominus, vel fuerit. Quo tamen casu actio de peculio est annalis: vel nisi sit heres domini, vel successoris, cui legatum est peculium sine servo, servus manumissus cum peculio, emptor peculii sine servo non tenetur de peculio, nisi ex causa, licet peculium possideant. In specie hac igitur heres primum si habet peculium, tenetur de eo. Idem est, si id servo præstiterit ex causa legati, quia id potuit retinere, non cavente servo de indemnitate; imo vero & post cautionem omissam, vel etiam peculium condicere incerti, *l. quod in herede, §. si servo, D. de tribut. act.* Verum etiamsi cautionem exegerit heres à servo, tenebitur de peculio: at tum liberabitur cessa actione in manumissum, vel etiam manumissus tenebitur utili actione de peculio, quam æquum est etiam C dari, si heres non sit solvendo. Et ita est accipiendus *d. §. per contrarium.* Et recte hæc *l. 2.* ait *maxime*, quia si sit legatum peculium, res non eget dubitatione. Præterea statuliberi non sunt à servis separandi, *hac l. 1. id est*, seu contrahas cum servo, seu statulibero, id est, eo, qui libertatem sperat, non habes cum eo ullam actionem, in delictis secus est. Comparantur enim statuliberi liberis, ut mitius puniantur, *l. statuliberi à cæteris, D. de statuliber.*



AD TITULUM XV.

QUANDO FISCUS, VEL PRIVATUS, &c.

D EXplicui hunc titulum *sup. l. 3. de obligat. & act.*



AD TITULUM XVI.

DE HEREDITARIIS ACTIONIBUS.

A DEFINITIONE est incipiendum. Actiones hereditariæ sunt personales actiones, quæ heredibus, aut in heredes successionis jure competunt. Hypothecariæ, vel reales non sunt hereditariæ: personales item non sunt hereditariæ, nisi heredibus, aut in heredes dentur. Nam illæ etiam dantur extraneis, sed in heredes tantum ex duode- E cim tabul. vel in eos, qui sunt heredum loco, ut in fideicommissarios universales ex Senatusconsl. Trebell. In legatarios non competunt, *l. ult. hic.* Hypothecariæ dantur etiam in legatarios, & condictio indebiti soluti legatariis post mortem testatoris, videlicet si prius ratio sit habita legatariorum, quam æris alieni à defuncto contracti; quod quidem legatis præfertur: Nam ea non debentur, nisi ære alieno deducto etiam in testamento militis. Solvi prius æs alienum oportet, deinde legata. Igitur si heres prætulerit legatarios, creditores in legatarios habent hypothecariam, aut condictionem indebiti, licet ipsi non solverint, sed alius, *l. ult. §. sin vero creditores, de jure deliber.* Sed hæ actiones non sunt hereditariæ, hypothecaria

non

non est hereditaria; condictio illa indebiti non est hypothecaria. In donatarios etiam non competunt actiones hereditariæ, *l. æris, de donat.* Item non competunt in debitores hereditarios, id est, creditor hereditariut, veluti uxor defuncti, quæ dotem repetit, agit in heredes, non in debitores hereditarios, ne utili quidem actione, *l. 3. hic*, quæ negat mulieri esse decernendam actionem in debitores hereditarios: utiles decretales sunt, non edictales: ideoque negat dari utilem. At hodie uxor dotis nomine ager non tantum in heredes mariti, sed etiam in debitores jure tacitæ hypothecæ, quam habet ex constit. Justin. secundum ea, quæ sunt tradita in *l. 3. de oblig. & action. sup.* sed hæc actio hypothecaria hereditaria non est: dantur etiam hereditariæ actiones in extraneos, sed heredibus tantum, non aliis. Denique hereditariæ actiones sunt personales, quæ heredibus, vel in heredes jure successionit dantur. Heredes sunt debitores, & creditores hereditarii. Et sic in *l. 4. hic*, debitor hereditarius videtur significare heredem, cum dicitur ob ætatem pupillarem debitoris hereditarii, id est, heredit, creditorum actionem non differri in tempus pubertatis, sed statim agi licere in heredem defuncti, etiam si sit pupillus. Extranei quoque possunt simul esse debitores, & creditores hereditarii, quæ omnia definitio illa complectitur. Non exigimus in hac definitione, ut actiones incipiant à defuncto: Nam quæ ab herede inceperunt sunt etiam hereditariæ, ut legatorum actiones, *l. hereditariarum, de obl. & action.* vel si cum defunctus moreretur, se daturum aliquid promiserit: quo casu videtur actio incipere potius ab herede, quam à defuncto, quanquam momentum illud moriendi vitæ tribuatur. *Lex hereditariarum, ff. de bon. auct. jud. poss.* ait, *cum moreretur*. Nam si defunctus post mortem suam se daturum promiserit, non valet stipulatio, nisi ex constitut. Justinian. *sup. ut act. ab hered.* Igitur hodie si quis promisit se daturum post mortem suam, hujus stipulationis actio incipiet ab herede, & nihilominus erit hereditaria. Jus successionis has etiam actiones complectitur. Illud autem notum est, istas actiones hereditarias inter heredet dividi pro portionibus hereditariis, ut scilicet pro eis portionibus eas vel excipiant, vel dictent, *l. 2. hic*, si modo sint certi condictionet, qua de re dixi *l. 1. sup. si cert. petat.* Ad hæc notandum de confusione, quod heret creditor hereditarius dici potest dupliciter: vel quod ei debeatur ab eis, qui defuncto debuerunt, vel hereditati, vel quod ei debeatur, quasi extraneo, ut si defunctus heredi aliquid debuit ante testamentum contracto negotio. De hoc genere ita constituendum: si quid heredi defunctus debuit, id est, si creditorem scripsit heredem, debitum non confunditur si ei coheredem adjecerit, nisi pro qua parte debitori heres extiterit, residui salva actio est, ut si creditor debitori pro triente heres extiterit, pro triente confusione solvitur, & extinguitur obligatio, *l. 1. hoc tit.* pro besse manet, & competit actio adversut coheredes, quibus bes est relictus, *l. si ab eo, de neg. gest. l. pen. hic*. Et ideo quod ait *l. 1. huj. tit.* heredem, quod sibi defunctus debuit à coheredibus petiturum pro parte sibi competenti, id non est accipiendum pro parte hereditaria, pro qua heres est, sed parte debiti, quod observavit Accurs. Tanta autem est pars debiti, quanta est pars coheredum, & peti potest ea pars à coheredibut ea actione, qua ageretur cùm defuncto si viveret, *l. ult. infr. de contr. jud. tut. l. 2. infr. de evict.* At quærit Accurs. in *d. l. 1.* quid fieri oporteat in eadem specie si defunctus heredi debuerit servitutem, quæ dividi non potest. Et ideo oon potest percipi, quæ hu. debiti pars sit confusa, vel non, sed hoc (quod idem Accurs. dixit) æstimatio explicabit, ut fit in l. Falc. *l. pure, §. 1. ff. de dol. & ex l. Falcidia interveniente, ff. ad leg. Falc.* Ergo heres consequetur partem æstimationis servitutis sibi debitæ à coheredibus. Male Jacob. de Aretio discessit ab Accurs. quem & co-

A natur Fulgosius defendere; cujus ratio hæc est, quod res inciderit in eum casum, à quo incipere non potest .i. quod videatur servitus pro parte constituenda, quod fieri nequit: quæ ratio fallax est sæpiss. & maxime in hac specie cessat: Nam difficultat præstationis servitutis non facit inutilem obligationem, cum æstimationibus factis res possit expediri, *l. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Ex his igitur apparet confusionem esse modum tollendæ obligationis pro rata parte, qua quis debitori heret extitit, *l. 5. hic*. Nam confusio habet speciem solutionis. Nam ipsa hereditat videtur heredi solvere pro rata, *l. si debitori creditor, ff. de fidejuss.* Ideoque si creditor debitori heres existat pro triente, ei actio perit pro triente: pro besse in coheredes actio superest. Similiter jusjur. tollit obligationem, quia speciem solutionis habet, *l. jusjur. & l. duob. §. 1. ff. de jurejur.* Imo &

B acceptilationis, *l. jusjur. à debitore, ff. eod.* Verum nec confusio, nec jusjur. refertur inter modos tollendæ obligationis in tit. *quibus modis toll. oblig.* Cur ita? quia non plane tollunt obligationem. Jusjurandum non tollit, nisi de eo certissime constet, *l. nam postea, de jurejur.* Confusio etiam plane non tollit obligationem: Nam superest retentio, & deductio. At quod diximus, pro parte coheredum actionem heredi superesse, pro sua autem parte confundi, ita procedit, nisi creditorem heredem institutum, testator vetuerit quicquam exigere à coheredibus suis, *l. pen. h. t.* Nam eo casu heres si agat pro parte coheredum, repelletur exceptione doli, vel in factum: putat Accurs. *d. l. pen.* his verbis (*ne quid exigatur à coheredibus*) testatorem præcepisse videri, ut de-

C bitum heres compenset cum hereditate, quam ei confert, *l. si compensandi, inf. de hered. instit.* Sed inter hæc duo est magna differentia. Primum .n. si testator voluerit debitum compensari cum triente, ex quo creditorem instituit heredem, & usus sit his verbis, & sufficiat triens debito, nil petetur: si non sufficiat, reliquum petetur à coheredibus, arg. *l. quod bonis, §. cum fideicomm. D. ad leg. Falcid.* Verum si testator vetuerit quicquam exigi à coheredibut crediti sui nomine, seu trient sufficiat debito, seu non, nil petetur à coheredibut. Hoc vero appellatur etiam compensatio, *l. cum pater, §. Titio, D. de leg. 2.* Sed hoc modo compensatur triens quamlibet minimut cum magnæ pecuniæ debito. Igitur debet esse contentus illo triente, quantus quantus sit. At illo modo non fit compensatio, nisi pro mo-

D do concurrentis quantitatis. Additur in d. *l. pen.* creditorem heredem institutum pro parte, imprudenter quærere viam evertendi testamenti, ne ei pereat debitum, cum non possit ei perire nisi pro parte, qua heres est. Nam cæteri coheredes adeundo hereditatem se obligant coheredi quasi ex contractu, & cæterit creditoribus hereditariit pro suit partibus: At si non sint solvendo, quid fiet? Ut finge: habent propriot alios quosdam creditores nedum hereditarios, qui si misceant se non omnibus sufficiunt bona, quid fiet? Ait l. hoc casu postulata separatione bonorum, creditores hereditario periculo liberari, *l. si uxori, inf. de bonis auctor. jud. poss.* quæ est eadem l. hæc separatio postulatur à præside, aut prætore .i. ut separentur bona defuncti à bonis coheredum, & ea deputentur creditoribus

E hereditariis defuncti, hæc autem creditoribus coheredum propriis: nam fieri potest, ut bona hereditaria sufficiant creditoribus hereditariis, quæ non sufficerent, si miscerentur coheredum proprii creditores. Confusione autem non omnino tollitur debitum: perit quidem actio creditori, qui debitori successit, sed crediti retentionem habet, & deductionem, si inventarium fecerit ex constitut. Justinian. *l. ult. §. in computatione, de jure deliber.* Facto inventario heres non tenetur supra vires hereditatit. Finge hereditatem vix sufficere creditoribus, deducent ex bonis creditores pro rata quisque quod sibi debebitur, inter quos & heres æt suum deducet. Idem etiam fiet in separationis beneficio, quod datur necessariis heredibus .i. servis, *l. 1. inf. D. de*

sepa-

separat. Idem fiet in ponenda ratione leg. Falcid. Nam prius deducetur æs alienum, etiam quod heredi defunctus debuit: id legatariis reputabitur, & eo minus ex legatis ferent, *l. in imponenda, inf. ad l. Falcid.* Idem fiet cum heres ex Trebelliano restituet hereditatem, nam deducet sibi debitum, *l. cum pater, §. Titio, D. de leg. 2.* Idem fiet hereditate vendita, si heres vendat hereditatem. Nam retinebit quod sibi defunctus debuit, *l. 2. §. pen. D. de hered. vend.* Idemque si hereditas ei evincatur ab exheredato, instituta querela inofficiosi: Nam retinebit etiam quod sibi defunctus debuit, *l. si maritus, sup. de inoffic. test.* Ergo confusione non prorsus tollitur obligatio. Actiones hereditariæ aliæ sunt ex contractu, vel quasi contractu, de his diximus: aliæ sunt ex delictis, vel quasi delictis, de his dicetur in tit. seq.



AD TITULUM XVII.

EX DELICTIS DEFUNCTORUM IN QUANTUM HERED. CONVEN.

HIC tit. est etiam de hereditariis act. quia non tantum ex contractibus, sed etiam ex delictis actiones hereditariæ sunt, exceptis quibusdam, de quibus inferius. Delictorum a. appellatione, non tantum comprehenduntur privata delicta, quæ sunt 4. ex quibus ordinariæ actiones dantur; ut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & legis Aquil. sed ea etiam comprehenduntur, ex quibus restitutoriæ actiones dantur, id est, quæ rem nobis in integrum restituunt, ut metus, & dolus: quæ etiam delicta dicuntur, *l. ex contract. D. de oblig. & act. l. 1. §. si apud servum, D. depos.* Comprehenduntur etiam quasi delicta. Item pleraque facta, quæ lege, aut jure prætorio coercentur propositis actionibus. Quæ ex hujusmodi delictis, aut factis actiones dantur, vel pœnam persequuntur, vel rem nudam, vel utrumque simul. Hoc posito duo sunt explicanda. Primum, an hæ actiones dentur in heredem, deinde an dentur heredi. Quod ad primum attinet, constat has actiones in heredem non dari, etiamsi rem nudam persequantur, nisi quatenus ad eum pervenit. In heredem non dantur in solidum, sed in id, quod ad eum pervenit, ut actio quod judicii mutandi causa, &c. quæ rem tantum persequitur, id est, id quod interest, non datur tamen in heredem, quia ex delicto esse videtur, *l. 7. D. de alien. jud. mut. caus. fac.* sic etiam condictio rerum amotarum non datur in heredem, nisi in id, quod ad eum pervenit, *l. ult. inf. rer. amotar.* Item actio de dolo, quæ etiam persequitur tantum id, quod interest, in heredem non datur, nisi in id, quod ad eum pervenit, *l. si plures, l. in heredem, D. de dolo.* Sola condictio furtiva datur in solidum in heredem, etiamsi nihil pervenerit ad heredem furis, *l. in cond. de condict. furt. §. ult. Instit. de obligat. ex del.* Igitur est gravior furti executio, quam doli, vel amotionis rerum, cum heres furis teneatur in solidum, etsi rem non teneat, nec tenuerit. Actiones, quæ utrumque persequuntur, in heredem non dantur, nisi in id, quod ad eum pervenit ex re, cujus persecutio actioni etiam inest, ut actio servi corrupti, quæ est mixta actio, arborum furtim cæsarum. Hæ actiones non dantur in heredem, *l. 13. D. de serv. corrupt. l. 7. §. pen. arbor. furt. cæs.* Item actio legis Aquiliæ non datur in heredem, nisi ex eo sit factus locupletior, *l. inde Neratius, §. hanc actionem, ff. ad leg. Aquil.* Item actio quod metus causa, *l. quod diximus, §. ult. D. quod met. caus.* de qua actione accipio hanc constitutionem. Eadem est actio ex edicto de incend. ruina naufr. Nam non datur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. Pædius, §. ult. D. de incend. rui. & naufr.* Item actio in factum ex edicto de calumniat. quæ etiam datur in id, quod ad eum pervenit, *l. in hered. D. de calumniat.* quæ actio mixta est, eo scilic. agente, qui dedit alteri pecuniam, ne sibi negotium fieret; non etiam agente eo, cui ut negotium fieret, vel non fieret, alter pecuniam dedit. Quo casu mera est pœnalis, *l. si quis ab alio, ead. tit.* At actio vi bonor. raptorum, quæ est etiam mixta, non datur in heredem, ne in id quidem, quod ad eum pervenit, *l. 2. §. ult. D. vi bonor. rapt.* Et hæc adfertur ratio, quia de eo, quod pervenit ad heredem, est propria actio eo casu, id est, condictio furtiva. Itaque non est necesse in heredem dari actionem ipsam vi bonorum raptorum, cum sufficiat condictio furtiva. At obstat quod diximus de actione in factum de calumniatoribus, quæ datur in heredem in id, quod ad eum pervenit: cum tamen eo casu sit propria actio, scilicet condictio ob turpem causam, *l. in heredem, §. ult. de calumn.* Differentiæ ratio est, quia actio vi bonorum raptorum famosa est in eum, qui vi rapuit: in heredem autem ejus ipso quidem jure non est famosa, sicut nec de dolo actio; sed tamen habet nomen famosum, & ideo non est data in heredes, cum esset alia actio, condictio furtiva, qua ratione usi sunt Græci in libro 60. Basilicῶn tit. 17. *ἵνα μὴ ἐξ ὀνόματος αὐτοῖς ἀτιμία προστρίβηται*, id est, *ut ne ex ipso nomine actionis ipsis irrogetur infamia.* Actio in factum non est famosa: imo omnis actio in factum est honesta, qui vult honeste agere, agit in factum. Sed color hic est potius, quam necessaria ratio, ut scilicet excusetur prætor. Nam hæc differentia orta est ex edictis, ut inquam, excusetur prætor, qui in heredem raptoris actionem non dedit, in heredem concussoris actionem dedit, cum tamen utroque casu condictio sufficeret. Meram autem pœnalem actionem nusquam invenies dari in heredem, ut furti, quæ in eum nullo modo datur, *l. 1. D. de privat. delict.* Et ideo puto actionem in factum de calumniatoribus, eo casu, quo est mera pœnalis, non dari in heredem. Conclusio hæc sit. Ex delictis actiones in heredem non dari, nisi in id, quod pervenit, si sit actio mixta, vel rei persecutoria, excepta condictione furtiva, quæ in heredem datur, etsi nil ad eum pervenerit. Item excepta actione vi bonorum raptorum, quæ nullo modo datur, quamvis aliquid pervenerit. Idem dicendum in quasi delictis, *l. Julianus, D. de judic. l. ult. §. hæc judicia, D. naut. caup. stabul. l. 5. §. hæc autem, D. de his, qui dejec. vel effud.* Nunc videndum an dentur heredibus regulariter ex delictis, vel quasi delictis rei persecutoriæ. Mixtæ heredibus plerumque dantur, ut condictio furtiva, & rerum amotarum, quæ sunt rei persecutoriæ, & vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ, quæ sunt mixtæ. Item furti, quæ est mera pœnalis. Excipitur primum actio in factum ex edicto de calumniatoribus, quæ heredi non datur, *l. heredi, de calum.* Ratio autem nulla est necessaria, nisi quia prætor eo casu existimavit heredi concussi sufficere condictionem ob turpem causam, & noluit eidem etiam heredi dare executionem pœnæ: quod tamen in edicto vi bonorum raptorum, & in edicto de fur. non ita censuit. Nam datur actio vi bonorum rapt. heredi, atque etiam furti, licet suppetat condictio furtiva, *d. l. 2. §. ult. vi bonor. rapt. l. 1. D. de priv. del. l. 4. D. si famil. furt. fec. & l. 1. §. Prætor, D. si quis testam. liber esse jussus sit.* Itaque ex eis edictis est gravior criminum executio, quam sit ex edicto de calumniatoribus, cum liceat heredi pœnam persequi: quam non licet persequi ex edicto de calumniat. Excipiuntur etiam actiones, quæ solius vindictæ causa dantur, ut actio injuriarum, *§. non autem, Instit. de perpet. & temp. action.* Injuria non minuit patrimonium, sed honorem, cujus ulciscendi causa datur actio nobis tantum, non heredibus nostris, ad quos ob id non venit minor hereditas. Ejusdem juris est actio de moribus, *l. ult. C. Theod. de incest. nupt.* Et actio, quæ competit de ingratitudine donatarii, *l. his solis, inf. de revoc. donat.* habet ea effectum vindicationis, id est, vindictæ, quia heredi non datur. Item actio in factum, quod libertus

Patronum in jus vocaverit sine venia. Hæc etiam heredi non datur, quia id factum liberti rem patroni non minuit, sed honorem tantum, cujus vindicatio ad nos solos spectat, non ad successores nostros, *l. pen. D. de in jus voc.* Excipiuntur etiam actiones populares, veluti alibi corrupti, & similes: hæ non dantur etiam heredibus jure hereditario, sed jure populi, *l. 5. §. hæc autem, D. de his, qui dejec. vel effud.* Postremo excipitur actio in factum, quæ datur prohibito mortuum inferre: hæc actio videtur esse ex delicto, quod injuria prohibeamur supremum officium præstare defuncto, eumque inferre in locum nostrum. Hæc actio non habet pœnæ persecutionem, aut vindictæ, sed rei tantum. Nam actor persequitur, quod ejus interest se non esse prohibitum. Verum hæc actio non datur heredi, nec in heredem, *l. liberum, D. de religios. & sumpt. fun.* ubi Jurisconsultus ait, se mirari, id constare inter omnes, hanc actionem, nec heredi, nec in heredem dari. Constat tamen ita. Et sic est judicandum. Et male supplet Accursius imperitis. Nam constare est semper in libris nostris, constare apud omnes Jurisconsultos. Sic Græci hanc legem interpretantur. Hæc actio nec heredi, nec in heredem datur, quamvis rei persecutionem tantum habeat. Nec moveri debemus *l. si filiusfamilias, eodem tit.* quia non loquitur de ea actione, quæ datur in eum, qui prohibuit mortuum inferre, sed de actione funeraria, quæ datur heredi; quaque repetuntur sumptus funeris. Nec debemus etiam moveri *l. 7. eodem tit.* quæ non loquitur etiam de ea actione, sed de ea, qua is tenetur, qui mortuum intulit in alienum locum, quæ heredi datur, at illa, de qua agitur in *l. liberum*, heredi non datur; & Jurecons. miratur constare inter omnes. Hæc autem omnia, quæ diximus, sunt de actionibus non contestatis: Nam contestatæ actiones ab heredibus continuantur, & in heredes qualescumque sint, seu pœnales, seu vindictæ, seu pecuniæ causa dentur. Actio injuriarum contestata transfertur in heredem, *l. injuriarum, §. 1. & 3. D. de injur.* Plautus in Querulo: *jura parasito consuli ita voluerunt, ut si vulneribus adflictus contestata lite defecerit, heredibus ejus paterni laboris, ac meriti præmia non negentur, &c.* Idem ostenditur in *l. pœnalia, de regul. jur. l. omnes, l. constitutionibus, l. sciendum, de obl. & act.* Rursus hæc dicuntur de actionibus civilibus: Nam criminales actiones etiam contestatæ ad heredes non transeunt, exceptis quibusdam, *l. judiciorum, D. de accus.* Proponitur hoc loco tantum quæstio de actionibus civilibus. Accurs. itaque non satis apte hic tractat de criminalibus. Id forte fecit, quia putabat in specie hujus legis actum fuisse criminaliter, quod est falsum: Alioqui nec contestatione litis pœna transmitteretur in heredem, quam tamen lex dicit transmitti. Male quoque Accurs. vim pro rapina accipit: quo casu competeret actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem nullo modo datur: vel condictio furtiva non contestata, eo casu in heredem competeret: vis hoc loco est coactio, non ereptio, *ut tit. de his, quæ vi metusve causa.* Concussio autem hic est metus, terror, vel calumniosa vexatio. Idem Accursius male interdictum unde vi negat in heredem dari de eo, quod ad eum pervenit, quod falsum est: eum arguit *l. in honorariis, D. de obl. & act.* quæ aperte ait: Interdictum unde vi dari in heredem, ut lucrum ei extorqueatur, *& l. 2. inf. unde vi.* Nec eum juvat *l. 1. §. ult. D. de vi, & vi arm.* quæ lex dicit, actionem in factum dari in heredem ejus, qui vi dejecit aliquem de possessione, de eo, quod pervenit, non dicit dari interdictum unde vi. Ergo in heredem non dabitur sed actio in factum. Dicendum est utrumque idem esse, interdictum unde vi, & illam actionem in factum: ut si quis dolum fecerit, ejus heres tenetur de dolo. Hoc est verum; sed hæc actio est in factum potius, quam de dolo, quia nec infamat, & calculi subducendi gratia tantum datur: Sic in heredem ejus, qui vi dejecit, est interdictum unde vi: sed id est potius in factum, quia ipse heres vim

A non facit. Sic in *l. prætor, §. nonnulli, D. de novi operis nunc.* In heredem ejus, qui fecit contra nuntiationem, non est interdictum proprie, sed actio potius in factum.



AD TITULUM XVIII.

DE CONSTIT. PECUNIA.

QUOD ipse debeo, aut alius debet, aut promitto me soluturum, aut recipio, aut constituo. Inter hæc verba differentia est constituta à veteribus Jurecon. Si promitto, est stipulatio, ex qua jure civili nascitur actio ex stipulatu: si recipio me daturum, aut facturum, B receptum est, ex quo jure civili datur actio, quæ dicitur receptitia. Si constituo me daturum, curaturum, soluturum, constitutum est, ex quo datur actio jure prætorio, quæ dicitur constitutoria, vel constitutæ pecuniæ actio. Receptum & constitutum fit nudo consensu sine stipulatione. Ex recepto soli argentarii obligantur, qui ad se recipiunt aliena debita: Ex constituto obligantur omnes jure prætorio, *l. 2. hic.* Theophilus in *§. in personam, Instit. de actio.* In constitutum veniunt pecuniæ tantum, id est, nummi, atque etiam ea, quæ pondere, numero, vel mensura constant: & inde titulus *de constituta pecunia*: in receptum autem veniunt res omnes, & pecuniæ & corpora. Plenius est receptum, si res spectes; plenius est constitutum si personas spectes: utroque plenior uberiorque est stipula- C tio. Nam ea omnes personæ obligantur, & omnes res in eam veniunt: sunt & aliæ differentiæ inter receptum, & constitutum, seu actionem receptitiam, & constitutoriam. Actio receptitia est perpetua: constitutoria est etiam perpetua, *l. 1. hic.* sed certis casibus est annalis, *l. 2. hic.* Qui casus quales fuerint ignorantur, quia delevit Justinianus omnes has differentias ex libris prudentum, & constitutoriam omni casu perpetuam actionem esse voluit. Rursus receptitia est civilis, ut ait initio *l. 2.* solemnibus verbis, id est, civilibus, & directis composita: actio constitutoria est prætoria, *§. de constitut. Instit. de act.* Præterea recipiebant in se etiam indebita argentarii, verbi gatia, ut pro eo, qui esset empturus rem aliquam, recipiebant se pretium daturos hoc modo: *vendas illi licet:* D *namque recipio pretium me tibi soluturum.* Atque ita recipiebant, quæ non debebantur. Eo modo & fidejussor intervenit recte per stipulationem: futuræ obligationis recte accipitur fidejussor. At præsentia debita tantum constituebantur. Quinimo dubitabatur an debitum sub conditione, vel in diem posset constitui, quia non videtur deberi, quod nondum peti potest. Neutrum peti potest, nec quod sub conditione debetur, nec quod in diem, *l. 1. de condict. ex lege*, de hac re agitur in *l. 3. §. ult. l. id, quod, D. hoc tit.* Præterea receptum fiebat in diem, vel etiam pure: constitutum in diem tantum, *l. sed & si alia, l. item illa, D. de constitut. pec.* & verbum constituendi id per se significat: Constitutum significat diem condictum. *Cic. ad Marium, & ad Atticum lib. 12.* Et ideo maxime dubitabatur E olim, an pure, id est, sine die factum constitutum valeret: nec enim videtur esse constitutum die non posito, qua de re est *l. promissor, §. 1. D. de constit. pec.* Hæ sunt differentiæ inter receptum, & constitutum. Utrumque Græci comprehendunt verbo *ἀντιφωνήσεως* & *ὑποφωνήσεως*, responsionis verbo Galli utuntur, quo videntur usi Latini eodem sensu, *l. libertus, §. ult. ad municip.* secundum Florent. scripturam, sed eo verbo comprehendimus etiam fidejussiones. At *ἀντιφωνήσεως* verbo, numquam significatur fidejussio. Et receptum quidem argentariorum etiam constitutum dicitur, nisi si quid mutavit Tribonian. *l. si quis ex argentariis, §. rationem, D. de edend.* Ob eam causam sæpe olim argentarii interveniebant, & novatione non facta alienas obliga-

tiones

tiones suscipiebant. Nam nec recepto, nec constituto fit novatio, ut nec fidejussione. Adhibitos sæpe fuisse argentarios in hanc rem ostenditur Novell. 116. *& edict. Justiniani 9. de Argentar. contractib.* Est etiam de constituto Novell. 115. §. ult. in qua hoc cavetur de constituto, ut obligetur ex constituto, qui ita dixerit, constituo me soluturum prò me, vel pro alio: vel etiam si dixerit, satisfacio: quo verbo etiam contrahitur constitutum: non etiam si dixerit *ἀπαρκέσω*, scilicet, satisfiet: tunc enim nil aget: quo genere etiam stipulationem factam dicimus non valere. At si ita dixero, satisfiet tibi à me, ego teneor in solidum ex constituto. Idem est, si ita dixero, satisfiet tibi à me, aut ab illo: Nam id agitur his verbis, ut constituantur duo rei debendi: & ideo ego teneor in solidum, nec habeo beneficium divisionis, ut tenear pro parte, quod tamen Justinianus dedit reis debendi, cum sciam adjectionem Titii supervacuam esse, & jure non valere; Itaque in solidum teneor, & condemnabor. Diversum est si ita dixero, satisfiet tibi à me, & à Titio conjunctim: quoniam tunc id non agitur, ut fiant duo rei, & ideo pro parte tantum tenebor, & Titii adjectio inutilis non auget meam obligationem. Idem prorsus est in stipulatione: Nam de se tantum quis utiliter stipulatur, non de alio, *l. inter stipulantem, D. de verb. oblig.* Itaque quod attinet ad illum §. ult. Nov. illius, nulla est constituenda differentia inter constitutum, & stipulationem. Nunc videamus de l. 2. quæ sustulit differentiam inter receptum, & constitutum. Tollit Justinianus actionem recepticiam, & eam transfundit in actionem constitutæ pecuniæ, ut alibi Pegas. Senatusconsultum transfudit in Senatuscons. Trebel. & actionem rei uxoriæ in actionem ex stipulatu de dote: Et ideo in Pandectis nil reperies de actione receptitia, & de actione rei uxoriæ, & de Pegasiano, de quibus tamen Jureconsulti plurima scripserunt. Quod erat amplius in receptitia, quam constitutoria, scilicet ut omnes res in receptum venirent, & esset perpetua in omni casu, idem transtulit in actionem constitutoriam, quæ ideo est perpetua omni casu, id est, 30. annis durat: Item in eam omnes res veniunt: nec id est novum, ut dicatur pecuniæ constitutæ: Nam pecuniæ verbo omnes res continentur, etiam in antiqua prudentia, id est, in XII. tabul. ut in eo loco, *super tutela pecuniæve ejus*. Nec mirum, inquit Theophilus, cum pecunia res omnes æstimentur, in *§. constituitur, de usufr.* Id quoque definit Justinianus, constitutum pure fieri posse, & pro quocumque debito, etiam conditionali, vel in diem: & actionem constitutoriam dari heredibus, & in heredes, ut & *l. 1. hic*. Qua de re videntur Jurisconsulti veteres dubitasse, *l. item illa, §. de re autem, D. de constit. pec.* quia illo edicto de constituta pecunia prætor videatur proposuisse pœnalem actionem in eum, qui ad condictum fefellisset, qui ad constitutum non venisset, fraudis, & perfidiæ coercendæ causa, his verbis: si pateat eum, qui constituit, neque solvisse: comminari videtur pœnam; sed verius est ea actione rei persecutionem contineri. Et ideo dabitur heredibus, & in heredes quasi ex contractu, & solvente eo, qui constituit, liberabitur reus principalis, *d. l. item illa, §. ult.* Denique Justinianus constituit l. 2. eandem esse vim constituti, atque stipulationis, ut æque pateat una obligatio, atque altera, id est, stipulatio est uberrima, seu res spectes, seu personas: ejusmodi est constitutum. Supersunt tamen differentiæ quædam, alioqui frustra titulis separarentur. Propria quædam habet constitutum, quæ non habet stipulatio, ut scilicet debita tantum constituantur, quod & olim obtinuit: in stipulationem autem indebitum deducitur, & est actio ex stipulatu, *l. fideicommissum, D. de condict. indeb.* Non debetur legatum si locus sit Falcidiæ, quoniam Falcidia ipso jure minuit, consumitque legatum: Debetur tamen si in stipulationem deductum sit. Præterea hoc est constituti proprium, ut pure factum non statim exigatur, sed tantum post 10. dies: constituto puro tacite insunt dies 10. alioquin non est constitutum, *d. l. promissor, §. 1.* In stipulatione secus. Nam ex stipulatione pura statim agitur, *l. liber homo, §. decem, D. de verb. obligat.* Adjicit in fine Justin. ut ea, quæ argentarii constituerint, pro aliis scilicet indefense, id est, ita ut nulla exceptione se tueri possint, & defendere valeant secundum pristinum morem constituta. Quam partem Accursius male accipit de decretis argentariorum, si constituerint argentarii, inquit, id est, si corpus argentariorum leges quasdam sibi fecerit, ut omnia corpora solent habere, quæ male putat appellari constituta. Et eodem errore male accipit *§. ult. Novellæ de fidejuss.* Cujus sententia est explicanda ex Novel. 136. ut scilicet argentarii, qui pro aliis constituerint, conveniri possint inexcusso reo, contra regulam illius Novellæ 4. nisi aliud convenerit; cum tamen si quid quis eis constituerit, non possit eum conveniri inexcusso reo. Itaque quod alii habent in argentarium constituentem, idem non datur argentario in alios. Postrema constitutio Justiniani, est ut beneficium divisionis, quod datur pluribus ejusdem pecuniæ fidejussoribus, vel mandatoribus ex Epistola D. Adriani, pertineat etiam ad reos constitutæ pecuniæ, videl. si solvendo sint litis contestatæ tempore: dividetur tunc actio, & pro parte sua tantum quilibet tenebitur, licet singuli in solidum teneantur ipso jure, *l. ult.* Et hac ratione Justinianus utitur: æquitatem .n. divisionis species actionis excludere nullo modo debet. Ita .n. legendum. Idque est ex Papiniano in *l. fidejussores, D. de fidejussor. tut.* quæ æquitas divisionis valet in actione ex stipulatu, qua tenentur fidejussores, in actione mandati, qua tenentur mandatores: eadem valeat in actione constitutæ pecuniæ, speciem actionis ne mutetur æquitas divisionis: verum idem Justinianus postea Novella 99. idem beneficium dedit pluribus reis debendi. Itaque hodie hoc beneficium datur, non tantum accessionibus, sed etiam principalibus debitoribus. Datur autem non ipso jure: Nam ipso jure non dividitur obligatio, sed opposita exceptione Epistolæ D. Hadriani, quam qui non opponit, condemnatur in solidum, quæ exceptio est peremptoria, & ideo opponi debet ante sententiam, *l. fidejussor, insr. de fidejussor.* Hoc tamen quidam negant, & affirmant eam posse opponi post sententiam. Moventur *l. fidejussores, §. ult. D. de fidejussor.* Quæ lex non loquitur de beneficio divisionis, sed de beneficio cessionis. Moventur & *l. inter eos, §. ult. D. eod tit.* In qua lege damnatum fidejussorem accipere oportet, non ex causa fidejussionis, sed ex delicto, & bona ejus fuisse confiscata: fiscum autem ex ejus persona habere beneficium divisionis una cum cæteris confidejussoribus. In ea tamen opinione memini me alias legisse Franciscum Connanum fuisse. Memini etiam eundem in hac quæstione non callide satis emendare *l. si Titius, & Seja, D. de fidejussor.* dicens pro (si postea) esse legendum, si sponte. Etiam hæc duo faciens adversa, sponte facere, & dolo deceptum facere: quæ nego esse adversa. Nam & qui dolo captus facit, sponte facit, & ideo eget restitutione. Nego etiam mutandam scripturam, quam nec Græci mutant *libr. 26. βασιλικῶν tit. 1.* quod ex specie illius legis liquebit statim: Mulier si fidejubeat pro alio, frustra fidejubet, quia juvatur Senatusconsulto Vellejano. Finge: Ego & mulier pro alio fidejussimus: mulier non tenetur, an teneor in solidum? Lex ait me teneri in solidum, nec habere beneficium divisionis, quia sciebam mulierem frustra fidejubere, aut id non poteram ignorare: Ideo videor abjecisse beneficium divisionis, & videor solus fidejussisse. Itaque cessat Epist. D. Adriani, quæ est de pluribus fidejuss. utiliter acceptis. Minor etiam frustra pro alio fidejubet, quia potest restitui in integrum ex edicto prætoris. Finge igitur: ego & minor pro

alio fidejussimus: minor non tenetur cum effectu. An ego teneor in solidum? Distinguendum est. Aut separatim fidejussimus, ego quidem prior, deinde minor: aut simul. Si prior fidejussi, deinde minor, teneor in solidum, quasi solus solidam obligationem ab initio receperim. Et ideo Græci inquiunt: Tunc obligor in solidum, cum prior fidejussi, vel, ut ea lex ait, cum postea minor fidejussit, quod idem est ac si simul fidejussimus ego & minor, teneor pro parte tantum, quia potui ignorare ætatem illius, qui mecum fidejubebat, vel etiamsi scivi minorem, incertum erat an prætor esset daturus restitutionem in integrum, quam non dat temere, nec nisi causa cognita. Itaque minor non inutiliter accedit: nam forte non restituetur. Itaque si ego & minor fidejussimus pariter, ego teneor tantum pro parte: Si ego & mulier, in solidum.



AD TITULUM XIX.

DE PROBATIONIBUS.

IN judiciis frequens est quæstio, quis probare debeat, actor an reus, ad quam pertinet totus hic titulus. De ea vero nil possumus absolute definire: Nam pro actionis, vel exceptionis genere, & conditione rei, de qua quæritur, modo reus probat, modo actor, modo uterque. Sunt hic leges, quæ probationem exigunt à reo, aliæ, quæ exigunt ab actore: quia omnes ad idem judicium non pertinent, sed ad varias actiones exceptionesque. Et in hoc potissimum versatur utilitas hujus tituli, quod sit tractandum de variis actionibus & exceptionibus. L. 1. hujus tituli pertinet ad actionem creditæ pecuniæ. Creditor cum dicit sibi deberi ex mutuo, vel ex stipulatu, reus neget se accepisse, & opponit exceptionem non numeratæ pecuniæ: actor debet probare se numeraſſe, ille inficiator nil probat. Idem est, si ob causam non numeratæ pecuniæ, utatur reus exceptione doli, hoc modo si non dolo facis, qui petas, quod non numeralli, *l. 3. inf. de non num. pec.* Qui habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, habet & exceptionem doli. Certum est enim exceptionem doli concurrere cum exceptione in factum: hujusmodi autem est exceptio non numeratæ pecuniæ. Et male putat Accurs. aliud esse exceptionem doli, aliud exceptionem non numeratæ pecuniæ. Convincitur *l. cum ultra, inf. de non num. pec. l. apud Celsum, §. adversus, D. de doli exc.* Verum qui alia ex causa utitur exceptione doli, probare debet dolum, ut si quis promiserit ob turpem causam, & conveniatur, defendet se exceptione doli, ita tamen, ut necesse habeat probare turpitudinem. Id dixi supra in *tit. de condict. ob turp. caus.* Is autem, qui excipit de non numer. pec. vel eo nomine de dolo, ideo non probat, quia hæc exceptio mera est negatio, cujus vix ulla probatio dari potest, *l. 8. l. actor, hoc tit. l. 2. D. eod. l. asseveratio, inf. de non numer. pecun.* Moribus Biturigum præscriptum est enim, qui excipit de non numerata pecunia, rationem aliquam reddere, probare debere: alioqui inanem esse exceptionem, ni probet non fuisse numeratam pecuniam: quod videtur contrarium juri, & plerisque ita videtur: verum hoc omnino congruit cum jure nostro, id est, cum *l. generaliter, inf. de non num. per.* Nam id ita procedit, si agatur ex chirographo debitoris, quo scripserit se debere ex causa, puta emptionis, vel mutui, & neget reus eam causam processisse, se emisse, vel creditum accepisse: hoc nisi probaverit, condemnabitur ex proprio chirographo, hoc est, nisi docuerit rem aliter gestam fuisse, aut cœptam peractam non fuisse. At finge: Nullum emissum est chirographum, petitur tamen pecunia; reus excipit, non numeratam: tum absolvetur, nisi probet actor, nec à reo exigetur probatio. At in casu *l. generaliter* exigetur probatio à reo negante: Neque hoc novum videri debet. Pleraque enim sunt negantia, quorum ratio seu probatio exigitur. Si nego testatorem sanæ mentis fuisse, id probare debeo, *l. nec codicillos, inf. de cod.* Si nego emancipationem solemniter factam, id probare debeo, *l. 5. eod.* Si nego me Biturigibus fuisse cum cædes est facta, *l. pen. de contrah. stipul.* Si nego adversario procuratorem dare licere, *l. in exceptionibus, D. de probat.* Additur in *l. 1. hic*, eum, qui affirmat se solvisse, quod non est excipere, sed actionem esse negare; cum probare debere solutionem, quam allegat, *l. quingenta, D. de probat. l. ult. inf. de solut. d. l. asseveratio*: idque probari debet apocha, vel testibus: Nam non sufficit sola redditio chirographi, aut sola chirographi inductio, ut videatur debitor solvisse. Quærunt interpretes, an is, qui dicit solvisse, videatur confiteri de intentione actoris: quod magni interest scire, quoniam si habeatur pro confesso, & deficiat probationibus, id est, si nequiverit probare se solvisse, in ea lite actor potior habebitur, etiam nulla probatione pro sua parte præstita: Ita vero videtur Dyno, ut habeatur pro confesso. Et ideo nec ipso probante solutionem, nec actore probante quicquam, eum esse condemnandum. Si verum hoc est, alia igitur est ratio exceptionis: nam qui opponit exceptionem, non videtur confiteri actoris intentionem, nisi palam confiteatur, Et ideo hoc primum exigitur opposita exceptione, ut actor probet intentionem suam, deinde reus exceptionem suam. Si reus non probet exceptionem, non ideo condemnabitur, nisi & actor etiam probaverit suam intentionem, *l. si quidem, inf. de except. l. emptor, inf. de præscript. long. temp. l. non utique, D. de except.* Eadem debet esse ratio allegationis solutionis: Nam si cum actionem esse non nego, quod fit dum excipio, actori onus probandi incumbit, multo magis cum actionem prorsus esse nego, id est, cum solutionem affirmo, probationis munere debet fungi actor, ut ostendat sibi esse actionem, & se jure agere,

Ad L. II. Possessiones, quas ad te *pertinere dicis, more judiciorum persequere. Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat.*

Ad L. IV. Proprietatis dominium *non tantum instrumento emptionis, sed & quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.*

PErtinent hæ ll. ad rei vindicationem, in qua munus probandi est actoris, non rei, id est, is, qui agit, probare dominium debet, non possessor, cum quo agitur: Nam non cogitur docere esse dominum. Imo non cogitur etiam dicere titulum suæ possessionis: cogitur quidem interrogatus, dicere an rem illam possideat, de qua est lis, non tamen qua ex causa possideat: Igitur nec docere, nec dicere debet causam possessionis suæ: actore non probante dominium, absolvetur quacumque ex causa rem possideat, etiam injusta, vel nulla, *l. cogi, sup. de pet. hered.* Cui opponitur *l. civile 1. de furt.* cujus hæc species est: rem furto amisi, ea ad te pervenit, & possides eam. Ego abs te peto, ut mihi venditorem seu auctorem exhibeas, à quo rem meam habes: Dicis te emisse à transeunte quodam & ignoto, te venditorem nescire: boc non expurgat suspicionem furti. Itaque debes liquido dicere quis tibi vendiderit. Igitur cogitur quis dicere tit. suæ possess. eumque exhib. Respondeo in ea specie non cogi possessorem dicere tit. suæ possessionis, nec lex hoc dicit, sed dicit, re furto ablata, possessorem rei incidere in suspicionem furti, nisi probet unde, & à quo emerit. Et species ita ponenda est: Dominus agnita re furtiva eam vindicat à possessore, vel eam condicit quasi furi: probat se esse dominum furti facti à possessore: multa profert argumenta: condemnabitur possessor ut fur, nisi hanc suspicionem possessor expurgaverit,

varit, exhibito vanditore. Eadam ast ratio *l. sive possidetis hic:* cujus duæ sunt partes: prima nil obstat. Patar filiis emancipatis quædam donavit: ea possident heredes patris: vindicant filii ab heredibus: probara debent titulum dominii sui: in vindicationa actor probat. Secundæ partis species hæc est. Hares vindicat ram hereditariam à possessora: probat rem defuncti fuisse, & se essa haredam, & ita probat suam intantionam. Igitur ram evincat, nisi possessor probaverit sibi a dafuncto donatam, aut ax alia causa acquisitam. Et ita possessor probat titulum suæ possessionis. Idam etiam fiet, si ego rem vindicavero, & probavero me eam emisse à domino: possessor autem non probavarit se usucepisse, vincam. At si probarit possessor se usucapisse, vincet. Conclusio sit. Non cogitur solus possessor probare causam dominii, sui seu possessionis, exonerato petitora: sed petitora probante dominium, rai necessitas contrariam probationem potioris dominii à possassore exigit, alioqui vincatur. Male autam in d. *l. possidetis*, putant interpretes legem probare, quod præsumptio faciat pro actore: Alioquin possessionis commodum auferret quælibet præsumptio, quod iniquum ast. Non igitur quod præsumptio sit pro actore, sed quod probavarit dominium, ideo tum cogitur possessor titulum potiorem axponere, aut vincitur, & ideo ibi male tractant de præsumptionibus: nam de præsumptinnibus nihil. Non est omittandum, quod est in *l. cogi, sup. de pet. hered.* regularitar possassorem non cogi proferre titulum suæ possessionis, sed si agatur petitione hereditatis, aliud quodammodo dicendum videtur. Hæc actio non datur nisi adversus eum, qui possidat pro harede, vel pro possessore. Qui agit, potest intarrogare possessorem an possideat pro herede, vel pro possessore na non bene agat: Et cogatur possessor id dicere. Sed hi tituli non sunt veri: pro herede possidat, qui putat se heredam asse, licet non sit hares; pro possessore possidet prædo, qui intarrogatus nullam affert causam, nisi quia possideo. Hos cogitur axponera, ne petitor frustsa agat. At si naget se possidere pro barede, val pro possessore, an cogetur dicera verum titulum? non. In *l.4.* quam alii faciunt tertiam, ostenditur probari dominium sina instrumento, puta, testibus, qui dicant rem tibi venditam, & tibi traditam, & te pretium numerasse, *l. cum re 5. inf. hoc tit.* Et sana si dominium mutatur atiam sine instrumento, quod cartum ast, probabitur atiam recte sine instrumento: quæ sine instrumentis non fiunt, ea non probantur nisi instrumantis. Ait lax 4. *proprietatis dominium:* aliud ast, dominium possessionis, *l. 2. C. Theod. de ma. bon. & l. 1. C. Greg. si sub alt. nom. res em. sit.* Et ita dominium accipere oportet in *l. 1. de bon. poss.* dominium possessionis. Nam prætor possessorem facit, non dominum. Et ita sæpe dominus accipitur pro possessore. Aliud est dominium ususfructus, quod dicitur etiam proprietas redituum, *l. jubemus, §. pen. de sacros. eccles.* Est igitur triplex dominium, proprietatis, possionis, & ususfructus: tertia pertinet ad actionem tutalæ, quæ competit finita tutela. Sciandum ast officium tutelæ essa individuum, & periculum commune sive mutuum: Et ideo si tampora finitæ tutelæ ex tutoribus quidam solvendo non sint, borum inopia onarat cætaros collegas idoneos ad solvendum, val heredes eorum, videlicet, si culpa eorum arguatur, quod duranta tutela collegam non removerint. Idam servatur in curatoribus, & in iis, qui honorem, & munus publicum gerunt, *l. Imperator, D. ad Municipal.* At si in diam finitæ tutelæ omnes tutores idonei fuerint, tunc tenetur quisque pro tata tantum parte administrationis suæ, non in solidum, *l. Æmil. de administ. tut.* Quis autam hoc probabit, omnes tutores fuissa solvendo? Is nimirum, cum quo agatur in solidum ex sua, & collagarum persnna, idqua ostenditur haa lage. Ratio hæc ast, quia hæc divisio actionis, ut quisque pro parte tancatur non fit ipso jura, sed opposita axceptione,

A hac scilicet, si non omnes in diem finitæ tutelæ solvendo fuerint: is, cum quo agitur in solidum sic axcipiet. Atque ita evitabit condemnationem in solidum. Sed hanc axceptionem ipse dabet probare, qui eam opponit. Nam reus in exceptione pro actora habetur regulariter. Sic atiam fit in actiona in factum subsidiaria, qua tanentur magistratus municipalas, qui pupillo à tutoribus idonaa satisdari non euraverunt. Nam si dicant accaptos fidajussores idoneos fuisse, dabent dicti sui, & defensionis probationes affarre, *l. non est, de probat. l. 1. §. sed etsi satis, D. de magist. conven.* Hoc ita, non quod præsumptio faciat pro actore (qua ratione quidam utuntur mala, etiam in specie hujus legis, ut & in *l. sive possidetis*) Non igitur ob aam rem, sed quia reus axcaptionem suam, veluti intentionem probara debet.

B Ad L. V. Instrumenta domestica, *seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola sufficiunt.*

Ad L.VI. Rationes defuncti, *quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est. Ejusdem juris est, & si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significaverit.*

Ad L.VII. Exemplo perniciosum ast, *ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet.*

C HÆ tres leges pertinant potissimum ad actionem creditæ pecuniæ, in qua plerumque quæritur, an creditoris rationes domesticæ fidem faciant. Olim fidem faciebant, cum rationes diligenter conficiebantur à patribusfamil. Et idao intar genara probationum, expensilationem Gell. refart *l. 14. c. 2.* ubi recensat hæc ganera probat. expensilar. id ast, privatas rationes, & mensæ rationes, & chirographi exhibitionem, & tabularum obsignationem, & testium intercessionem. Ergo expensilatio fuit probatio legitima: hodia fidem non facit, ut ostandunt hæ leges, ne fisco quidam agante, id est, etiamsi fiscus agat ax suis breviariis rationibus, val etiam ax breviariis rationibus confiscati, *l. 7. l. ult. de conven. fisci debitor.* Additur in l. 5. nisi rationes domesticæ adjuvantur aliis probationum adminiculis, D Egant igitur adminiculo probationum: per se nullius momenti sunt: quod & ita traditur de testatione privata, & ouda, quæ obsignatores non habet, *l.3. inf. de testib. Lex 5. hoc tit.* ast de scripturis, quibus quis sibi debitorem constituit, non de syngrapha, ut Accursius accipit: Nam syngrapha fidem facit, ut diximus in *l. ult. sup. si cert. pet.* Eadam l. 5. de rationibus axpensi: hæ fidem non faciunt: non ast de rationibus accepti. Nam ex rationibus accepti ab actore confectis, reus potest sumere probationam solutionis, id est, si creditor in brevibus suis pecuniam acceptam ratulerit: ex eo reus ducet certissimam probationem solutionis, *l. 5. sup. de edendo.* Idem etiam sumet ex rationibus fiscalibus, *l. 6. eod. tit. l. illatæ, inf. de fid. inst. l. 2. inf. de conven. fisci debitor. l. 2. de discus. lib.* 10. Verum an E ex rationibus accepti confectis à debitore sumera poterit creditor probationem crediti? Probatio soluti, ut dixi, sumitur recte ex rationibus accepti confectis à creditore. Videtur etiam ex iisdem rationibus à debitore confectia sumi posse probationem crediti, cum etiam olim rei ex suis tabulis damnarentur. Veruntamen non coguntur rei actori edere rationes suas, ut ax ais scilicet confirmet intentionem suam, ut probet sibi deberi, etiamsi contendat debitorem pecuniam suam retulissa in brevia; nisi officio judicis, ubi æquitas aum movarit, & in causa civili tantum, *l.1. sup. de eden. l. pen. §. ult. D. ad leg. Falcid.* Et nisi fiscus agat civiliter: non etiam si criminalitar. Nam ai reus cogetur edere suas rationes, ut ex eis suam actionem confirmet

& com-

& comprobet; *l. 2. §. item Divi, D. de jure fisci.* Ex quo loco apud Harmenop. *lib. 1. Epitom. tit. 2.* ita generaliter scriptum est, tunc reum cogi instrumenta in se proferre, cum causa est civilis, non criminalis: quod falsum est, nisi id ad fiscum restringas, cui soli hoc tributum est. Atque ita est accipienda sententia Harmenopuli, quia sumpta est ex *d. l. 2.* Item regulariter reus actori non cogitur edere rationes suas, vel brevia contra se: actor tamen cogitur reo exibere suas rationes, *l. 4. & l. ult. sup. de eden.* At dubitatur an quis cogatur adversus alium edere rationes suas: & placet adversus alium cogi posse quemlibet rationes edere alii profuturas, ita tamen ut ex eo non capiatur occasio litis in eum instituendæ. Et ita aperte definitur Justiniani *Edicto 9. de argent. contractib.* in quo refert se id etiam antea constituisse. At ea constitutio non extat: videtur esse Græca, quæ desideratur in titulo de edendo, cujus summa ex 24. Basilicῶn titulo 1. Harmenop. refert in supradicto loco: & valde notandum est primum in ea, hoc est, ut nemo cogatur contra se edere instrumenta sua, aut rationes; ut contra alium cogatur, si modo ex eis ipse non lædatur, modo is, cui editæ sunt rationes, iis non abutatur contra eum, qui eas exibuit, item, ut in quem quis invitus testimonium non dicit, ut puta in agnatum vel adfinem, in eum etiam non cogatur instrumenta sua edere, vel rationes. Additur in l. 6. debiti probationem non sumi probe ex eo, quod testator in testamento adscripsit sibi deberi. Hæc etiam testatio postrema defuncti fidem non facit, ne postrema quidem manus defuncti fidem facit: quod putant confirmari Nov. 84. *de jurejur.* Sed ea non loquitur aperte de testatore, qui scripsit sibi deberi, sed de testatore, qui scripsit bonorum suorum modum: quæ descriptio non nocet creditoribus, quo minus, si qua sint alia bona defuncti, ea possint persequi. Itaque Novella opitulatur creditoribus, cum testator minus dixit se habere in bonis, cum plus habeat: l. autem 6. opitulatur debitoribus, id est, quos heredes dicunt esse debitores hereditarios, ipsi autem inficiantur, ut scilicet non convincatur scriptura testamenti, sicut nec breviculis convincuntur: Hoc tamen fateor recte colligi posse ex ea Novella: quod si testator in recensione bonorum testamento facta scripserit, Titium sibi debere centum, qui debeat 200. ut non possint heredes ab eo petere, nisi centum, videlicet, si cum religione jurisjurandi id scripserit. Nam jusjurandum est argumentum enixæ voluntatis, & remissæ obligationis pro parte, *l. cum pater, §. filius, D. de legat. 2.* Id ea l. probat: Summa hæc est: Testatoris bonorum descriptio jurata creditoribus non nocet, heredibus nocet, debitoribus prodest. Item disputationis superioris summa hæc est: neque ex breviariis rationibus creditoris, neque ex scriptura testamenti sumi probationem debiti. In libris nostris rationes domesticæ sæpe dicuntur brevia, quæ alii etiam dixere brevicula. Adiiciam veloti ὁδοῦ πάρεργον, eam vocem fuisse male repositam in titulo *de sentent. ex breviculo recit.* Sic legit Haloander & multi. Vetus lectio est, *de sentent. ex periculo recit.* Cavetur in eodem titulo, ut sententiæ non pronuncientur memoriter, sed ex scripto, ex libello & tabella .i. ex periculo. Periculum significat libellum, instrumentum, documentum. Habeo librum Notarum juris antiqui, in quo hæ literæ D. L. sic sunt expositæ, de libello; & sequuntur aliæ, D. P. id est, de periculo, quæ sunt conjunctæ, quasi utrumque idem sit. Marcus Tullius loquens de Mario, id est, de libello quodam sive poemate quod Marium inscripsit, *Facient*, inquit, *imperite; qui in eo periculo non ut a Poeta*, &c. *In eo periculo*, id est, in eo libello: in 5. in Verrem, *Scribis*, ait, *comiti pericula magistratuum*, id est, *libellos*. Æmilius Probus in Epaminonda: *Epaminondas*, inquit, *petiit ut in suo periculo inscriberent*, id est, in sua sententia. Sic vocat periculum, quod Plutarchus eadem de re dicit στήλην, id est, titulum suæ condemnationis: quod idem Prob. pilam in Alcib. Asconius in Divinatione. *Periculum*, inquit, ἀπὸ τῆς πείρας, πεῖρα autem documentum significat.

Ad L. IX. Cum te minorem *quinque & 20. annis esse proponas: adire præsidem provinciæ debes, & de ea ætate probare.*

QUæ pertinent ad legem 9. pertinent ad restitutionem in integrum: quam qui petit, debet probare ætatem, *l. intra, & l. minor. l. 4. sup. de in integrum restitut.* Minoris ætas probatur variis modis, quos exposuimus *ad l. 13. D. de probat.*

Ad L. X. Neque natales tui, *licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse commemoras, idoneam probationem pro filiæ tuæ ingenuitate continent: cum nihil prohibeat & te ingenuum, & eam ancillam esse.*

Ad L. XIII. Non epistolis necessitudo *consanguinitatis, sed natalibus, vel adoptionis solemnitate conjungitur: nec adversus absentem hereditatis dividendæ gratia, velut contra fratrem, pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti, sive familiæ erciscundæ, quasi pro coherede petitus arbiter doceatur: fraternitatis quæstio per hæc tolli non potuit.*

Ad L. XIV. Non nudis adseverationibus, *nec ementita professione (licet utrique consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse probare confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege.*

Ad L. XV. Vis ejus, qui se dominum *contendit, ad imponendum onus probationis, servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo justo initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur.*

Ad L. XVII. Matrem tuam consecutam *libertatem, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quæstio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest.*

Ad L. XX. Si de possessione servitutis, *emptionis instrumentis subtractis, in libertatem proclamat Eutychia, cum petitori probationis onus incumbit, intentione sua defecta, his juvari minime potest. Nam si in servitutem petatur, ad emptionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.*

Ad L. XXII. Ad probationem servitutis Glyconii, *matrem ejus ac de fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit: cum neque ingenuorum conniventia conjunctis necessitudine præjudicet, neque de servis eadem matre natis libertatem unus adipisci probibeatur.*

HÆ leges pertinent ad actiones præjudiciales, quæ sic dicuntur, quod plerumque eas aliæ actiones sequuntur, quibus eæ præjudicium faciunt. Recte autem Thalelæus ad *l. eam, quæ, inf. de liber. causa*, omnem actionem de statu præjudicialem esse definit. Est autem triplex tantum: an quis sit servus, an libertinus, an filiusfamil. Quæstio an sit uxor, non est quæstio status. In tit. *de statu hom.* ostenditur, alios esse servos, alios liberos: item alios esse ingenuos, alios libertinos. Item alios esse sui juris, alios alieni: ut alios esse filiosfam. alios emancipatos. Triplex est divisio de statu, sic & triplex præjudicium, *§. præjudiciales, de action.* Non ponitur quarta divisio, alios esse cælibes, alios matrimonio junctos: quia nihil hæc ad statum hominum. Nec nos movet *l. 3. de lib. agnosc.* in qua dici videtur, præjudicio locum esse, si disceptetur

tur an sit uxor: nam id ita est accipiendum, non quasi sit unum quoddam præjudicium speciale, in quo quæratur an sit uxor, sed quod in præjudicio an sit filiusfamilias, vel de partu agnoscendo, de eo disceptetur an sit uxor: quoniam non est filiusfamil. nisi sit ex uxore. Itaque triplex tantum est. Nunc de probationibus duo sunt videnda: primum in præjudiciis quomodo probetur status, deinde quis probet. Primum, si quæratur, an quis sit ingenuus, an ex patris ingenuitate recte probabitur? minime: quod ostendit *l.* 10. Nam fieri potest ut matrem Latinam, vel ancillam habuerit. Ex ingenuo autem, & Latina, Latinus nascitur, non ingenuus, ut ex libero, & serva servus. Aliud est, si probetur matrem ingenuam, vel liberam fuisse, *l.* 17. *hic*, quia qui nascitur libera matre, ingenuus nascitur, licet pater servus fuerit. Qui igitur probat matre ingenua natum, ingenuum se esse probat, & præjudicio vincit, nisi ex diverso probetur postea eum in servitutem incidisse. Probatio probationem evertit, exceptio exceptionem: atque ita, qui probatur serva matre natus, servus probatur: nisi ex diverso probet, se postea libertatem adeptum, *l.* 22. *hic*. In qua hoc etiam recte additur, dissimulationem matris liberæ nil nocere natis, si quo tempore concepit, & peperit, in servitute fuerit, non serva. Ut autem ex ingenuitate patris, ita ex ingenuitate fratrum, vel eorum libertinitate non recte quis se esse liberum colligit, cum ex pluribus fratribus alii possint esse liberi, alii servi, *d. l.* 17. *l. multis*, *inf. de liber. cau.* Hæc igitur argumenta ad fidem faciendam nil valent. Et hæc quidem de modo probandi; quoniam hoc continetur tantum hoc titulo. Nunc dicamus de personis, quis probare debeat, qui servitutem, an qui libertatem asserit? qui libertinitatem, an qui ingenuitatem? Hujus rei generalis definitio est in *l. generaliter*, *de except.* quæ lex male est à Triboniano collocata eodem titulo, quia non pertinet ad exceptiones præjudiciales, sed ad actiones præjudiciales: Ideo in ea *lege in præjudiciis*, significat, in actionibus, quod liquet ex *l. ult. si ingenuus esse dicatur*, &c. quæ est ex eodem libro. Ait *lex generaliter*, in præjudiciis actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Sic speciem pone ex *d. l. ult.* unus dicit se esse liberum, alius dicit se ejus esse dominum. Par videtur omnium causa. Unus asserit libertatem, alter servitutem: uterque videtur actor. Itaque sicut in duplicibus omnibus, ita etiam in præjudiciis quæritur, quis actoris partes sustineat, ut scilicet is subeat onera probationum. Lex ait eum esse actorem, secundum cujus intentionem actio data est, & concepta, ut si ita datur actio: Si paret Lucium Titium dominum esse, Lucius Titius actoris partes sustinebit: at si ita, si paret Cajum liberum esse, Cajus erit actor, & ab eo exigetur probatio libertatis, in qua si deficiat, vincetur, etsi adversarius suam intentionem non impleverit. Est etiam *in eod. tit. de except. l. sed si ante* ab eodem Triboniano male conjuncta legi fundum. Lex *fundum* loquitur de exceptione præjudiciali: *lex sed si ante* ei conjungitur, quasi etiam intelligatur de exceptione præjudiciali, quod est falsum. Nam illa *l. sed si ante* pertinet ad exceptionem rei judicatæ, non ad exceptionem præjudicialem. Hoc probat inscriptio: nam Paulus 70. ad edictum de ea tantum exceptione rei judicatæ tractavit. Id quoque probat ratio legis. Lex ait non nocere exceptionem, quia diversa corpora sunt, & causæ restitutionum dispares. Et hac ratione utimur negantes exceptionem rei judicatæ, non dum negamus exceptionem præjudicialem, *l. cum quæritur*, *& l. eandem*, *de except.* rei *judic.* Postremo si *l. sed si ante* accipiatur de exceptione præjudiciali, pugnabit omnino cum *l. fundum*. Conclusio sit: In præjudiciis actor est, qui ex libertate in servitutem agit, id est, qui eum, qui est in possessione libertatis, servum suum esse petit. Est etiam actor, qui ex servitute in

A libertatem agit. At videtur in servitute esse, qui dolo malo est in possessione libertatis. Et contra videtur in libertate esse, qui vi ereptus est ad servitutem. Sic etiam actor est, qui ex libertinitate in ingenuitatem, vel ex ingenuitate in libertinitatem agit. Et in libertinitate, & ingenuitate esse, eandem habet definitionem, quam in servitute, vel libertate esse. Nam videtur etiam esse in libertinitate, qui dolo malo se gerit pro ingenuo, *l.* 15. *&* 20. *hic*. Qua in re est inspicienda conceptio petitionis. Sic accipe *l. eam, quæ*, *inf. de lib. causa*. *Legis* 15. *hoc tit.* hæc est species: Cajum, qui erat in possessione libertatis sine dolo malo, Titius vi rapuit in servitutem: deinde Cajus aufugit de domo Titii: Gerit se pro libero. Titius contendit se esse dominum: Cajus contendit se esse liberum: hoc casu da-

B bitur actio secundum intentionem Titii, non secundum intentionem Caii, qui est in possessione libertatis sine dolo malo, quæ nec fuga vitiata est, nec injusta detentione interrupta. Itaque in hoc præjudicio exigetur probatio dominii à Titio, non libertatis à Cajo. L. 20. sententia hæc est: Ex servitutis possessione agitur in libertatem: hoc casu actor est, qui contendit se esse liberum, & ideo si non probarit libertatem suam, secundum possessorem pronuntiabitur, etiamsi nequeat ostendere instrumentum emptionis mancipii, quod et servus ille furto abstulerat. Nam nulla dominii probatio à possessore exigitur. Quin etiam, ut eadem lex ostendit, si servus ille instrumento emptionis domino surrepto gerat se pro libero, videtur dolo malo esse in possessione libertatis. Itaque à domino servum

C repetente non exigetur probatio dominii, sed furti: quo probato plane probabit servum dolo malo esse in possessione libertatis. Ex quo sequetur, servo libertatis possessionem probandi onus incumbere, servum pro actore habendum in hoc præjudicio. Conclusio hæc sit. Qui dicit dolo malo quem esse in possessione libertatis, dolum probare debet, quo expleto, qui est in possessione libertatis, libertatem probare debet. Nam qui est in libertate dolo malo, videtur esse in servitute. De tertio præjudicio tractandum est, scilicet an quis filius sit, de quo præjudicio quæritur in *l.* 1. *§. per hanc*, *D. de rei vindic.* Filiusfamilias præjudicio petitur hoc casu, si filiusfamilias vixit ut paterfamil. bona fide, non dolo malo, patri onus incumbit probandæ patriæ potestatis, *l. Titiæ*, *D. sol. matrim.* si vixit, ut fi-

D liusfamil. filio onus incumbit probandæ emancipationis: vel etsi omnino neget pater eum suum esse filium, *l.* 14. *hoc tit.* cujus species hæc est. Titius Cajum filium suum esse asseveravit, vel etiam in censu habendo, Cajus se filium esse Titii professus est, consentiente Titio. Hæc asseveratio filium non facit, neque hæc professio censualis filium facit: filios natura tantum, aut adoptio facit, *l.* 1. *de adopt.* At hæc asseveratio, vel professio id efficit, ut ille habeatur pro filio, quoad is, qui se patrem dixit, probaverit non se, sed alium patrem esse: probabit se non esse patrem, indicato vero patre. Constat nominatione, & censu servum liberum fieri: nominatione, & censu filius alienus, filius noster non fit: idem dicendum de cognatis, & agnatis. Cognatos sola natura facit, agnatos etiam adoptio, ut avunculum sola natura facit:

E fratrem & natura, & adoptio facit, non quod quis possit adoptari fratris loco, *l. nec apud*, *inf. de hered. instit.* sed quod adoptato filii loco sint fratres per adoptionem alii adoptatoris filii, *l. qui in adoptionem*, *de adopt.* Fratrem igitur ita adoptio facit. Epistola fratrem non facit: ut si quis ad aliquem scribat quasi fratrem. Nominatio etiam alia quælibet fratrem non facit, ut si quem provocem judicio familiæ erciscundæ, quasi fratrem consortem. At hoc etiam casu qui habet hæc argumenta fraternitatis, eam quidem non probat, sed transfert onus probandi in eum, qui negat fratrem eum esse, *l.* 13. in qua l. quod initio dicit, consanguinitatem, postea dicit fraternitatem, & sic consanguinitas in libris nostris semper accipitur. Consanguineus fratrem significat.

Ad

Ad L. XI. Si scriptum heredem *ab amita tua, vel de testamenti vitio, vel quacumque alia ratione non posse obtinere hereditatem probari à te posse confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciæ agere potes.*

LEx 11. pertinet ad petitionem hereditatis, qua qui agit contra heredem scriptum, probare debet vitia testamenti.

Ad L.XVIII. Cum precibus tuis significes *ignorante te prædium eum, cujus meministi, sibi velut à te donatum instrumentis inseri fecisse, si vera sunt, quæ precibus indidisti, nec ad nomen factæ donationis fundus iste pervenit: unde adito judice competenti, probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum instrumento adversarium tuum sibi adscribi laborasse, ut secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam.*

LEx 18. pertinet ad rei vindicationem. Ego fundum vindico, & probo dominium, profero titulum auctoritatis; tu, qui possides, allegas eum à me tibi donatum. Id si probas prolato donationis instrumento, vicisti, nisi contra id instrumentum donationis falsum demonstravero. Atque ita probatio probationem evertit; ut in *l. sive possidetis* diximus esse ponendam probationum collisionem, non præsumptionem cum probatione, quod sit cum probatio probationem tollit.

Ad L.XIX. Exceptionem dilatoriam *opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.*

PErtinet hæc l. ad exceptiones. Exceptionum aliæ sunt peremptoriæ, aliæ dilatoriæ, *l.3. ff. de except.* Peremptoriam statim contestari initio satis est, nec est necesse eam statim probari, *l. 8. inf. de except. l. emptor, de præsc. longi tem.* Quod si non fuerit initio contestata, id est, si fuerit omissa in litis contestatione, adhuc poterit opponi, & poterit probari ante sententiam, vel etiam post sententiam, si appellatum sit, *d. l. 8. & l.4. inf. de except. l.2. inf. sentent. rescindi non posse*: si non sit appellatum, non item. Peremptoria exceptio post sententiam, à qua non est appellatum, sero opponitur, nisi qua ex causa impetratur restitutio in integrum, omissæ exceptionis opponendæ causa, *d. l. 2. l.10. inf. de fidejuss.* Ergo peremptoria exceptio post condemnationem appellatione non rescissam non opponitur. Excipitur exceptio Macedon. & Vell. quæ opponuntur etiam post condemnationem. Idque est ex sententia S. Consultorum, *l.tamen, D. ad Maced.* Excipiuntur etiam exceptiones peremptoriæ, quæ competunt militibus: Nam eis milites se defendunt post condemnationem. Id eis datur rescripto Antonini, *l.1. sup. de juris, & facti ignor.* Excipitur etiam exceptio, quæ datur donatori ne conveniatur ultra quam facere possit; Hanc enim opponit vel ante, vel post condemnationem, *l.Nesennius, §.ult. D. de re jud. l. qui id, quod, D. de donat.* Item non datur cæteris, qui habent eandem exceptionem: latius succurritur donatori, quam cæteris. Maritus eandem exceptionem habet ne conveniatur supra vires, sed ea non utitur post condemnationem. Nam quod est in *l.ex divers. §. ult. D. sol. matr.* non est de hac exceptione inopiæ ne conveniatur supra facultates, sed de exceptione doli mali, cum maritus est condemnatus in solidum ignorantia judicis, qui allegatæ inopiæ rationem non habuit. Hæc exceptio doli opponetur actioni judicati, quasi imperite judicatum ei causam dederit. Cæterum alia exceptio non opponitur actioni judicati, & generaliter quælibet peremptoria non opponitur actioni judicati. Quidam etiam excipiunt epistolam D. Adr. & male, ut ostendimus in *l. ult. sup. de const. pec.* Dilatoria exceptio initio litis opponi debet, non postea pendente judicio, nondum sententia dicta, id est, opponi debet tempore litis contestatæ, *l.19. & l. pen. inf. de exc.* quæ coercet etiam advocatos, qui illas allegant post contestationem litis. Igitur dilatoria est opponenda initio litis, in ipso limine quæstionis. Symach. 1. Epist. loquens de procuratoria except. quæ est dilatoria, eam dicit opponendam in ipso limine. Idemque de ea est proditum in *l. ita demum*, & *l. licet, sup. de proc. l. filiusf. §. ult. l. Pomp. §. pen. D. de proc. l. & ideo, D. de nov. oper. nunc.* Idem est etiam in exceptione fori, quæ est dilatoria: Nam evitari potest mutato foro, & judice. Hæc exceptio fori est opponenda in ipso limine litis, *l. ult. inf. de exte. l. nemo, de jurisd. omnium jud. l. sed etsi suf. in pr. D. de jud.* Hæ exceptiones, procuratoria sc. & fori incompetentis, descendunt ex personis: procuratoria quidem ex persona procuratoris, qui agit: fori, ex persona judicis incompetentis: ideo debent initio opponi. Judicium enim his personis constat, actore, reo, vel procuratoribus eorum, & judice. De eis initio ut constet, est necesse, & ideo has exceptiones initio allegari oportet: Puto igitur exceptionem dilatoriam, quæ descendit ex ea causa, in qua de personis, quibus judicium constat non quæritur, ut exceptionem pacti temporarii, quæ est dilatoria, etiam opponi posse quocumque tempore ante sententiam: idque ex veteribus Interp. qui censent hanc legem tantum esse accipiendam de exceptionibus dilatoriis, quæ ex personis descendunt. Sic concludendum, quod est ex *l. licet sup. de procurat.* de personis, ex quibus judicium perficitur, initio aliquid certi esse constituendum, veluti de judice, & de partibus. Id si omittatur initio, postea sero in quæstionem deducetur. Verum utraque exceptio seu peremptoria sit, seu dilatoria probari debet postquam probavit intentionem suam actor. In oppositione differentia est quædam, quam dixi: In probatione autem non est differentia. Utraque probanda est postquam actor implevit suam intentionem, *l. 9. inf. de excep. l.emptor, inf. de præsc. longi temp. & hac l.* quia, ut diximus in *l.1. hoc tit.* qui excipit, non videtur confiteri intentionem actoris. Ideoque probanda est primum actoris intentio, tum deinde probabitur exceptio allegata. Quod si reus palam confiteretur intentionem actoris, solius exceptionis probationem exigeremus: ut retro, si palam negaret intentionem actoris, tum solius intentionis probationem exigeremus: quia negationis nulla est probatio ob id ipsum, quia negatio esse non intelligitur. Additur huic l.19. sententia quædam ex Novell. de testibus ab Irnerio addita, ut quidam putant. Fuit Irnerius auctor adjungendarum Novell. C. Sententia ejus Novellæ hæc est, ut si quis semel, vel iterum, vel tertio testes produxerit, & productioni renunciarit, ut si dixerit se jam nolle ullos alios testes producere, non possit postea, mutato consilio, ad aliam testium productionem admitti, videlicet si & priorum testium dicta didicerit, & cognoverit, vel etiam eorum exceptiones. Non satis est renuntiasse productionibus, nisi & quæ producta sunt teneat. Igitur si nondum ea, quæ producta sunt percepit, & cognovit, admittitur ad novam productionem, licet renuntiarit productioni, dummodo juret se priorum testium testimonia comperta non habere. Hæc est sententia Novellæ. Non video autem cur sit conjungenda Nov. huic *l.19.* debuit enim potius rejici in finem tit. de testibus, quod & in quibusdam libris habetur: nisi hoc modo conjungi dicatur; probata intentione actoris, reus debet probare exceptionem suam *l.19.* probata intentione, vel exceptione, actor, vel reus non admittitur ad aliam testium productionem, si priorum dicta, vel eorum exceptiones cognitas jam habuerit, & productionibus renuntiarit. Et hoc est, quod ait Novella. Et ita non male conjungentur hæ sententiæ. At Accurs.

in

in *l.*19. male putat ex ea Novella colligi cognitis probationibus actoris reum non admitti ad probationem exceptionis suæ, quod est iniquum: & vero ea Novell. loquitur tantum de eo, qui produxit testes, & eorum dicta, vel exceptiones cognovit, & productionibus renunciavit, is non admittitur: adversarius, qui nil produxit, admittitur. Nec Novella id negat adversario, qui nihil produxit, sed ei, qui jam videtur satis superque produxisse, & productioni renuntiavit. Idem est error Accurs. in ea Novella, & in *l.offic. D. de rei vindicat.* Ad hæc quærit Accur. an locus sit Nov. si appellatum sit, id est, qui semel, iterum, aut tertio produxit, & renuntiavit productionibus, & producta cognovit, an in causa appellationis admittatur ad novam productionem. Respondissem statim non admitti ex Novellæ sententia, sed de hac quæstione cum nimis disputarent interpretes, tandem fuit definita ab Alexandro in *cap. fraternitatis, de testibus, & à Clement.* 2. *cap. eod. tit.* ut si renuntiatum sit productionibus, in eandem speciem nova productio non admittatur, etiamsi sit appellatum, videlicet si & testimonia fuerint publicata: nam sola renuntiatio non sufficit, ut diximus.

Ad L.XXI. Ad probationem dominii, *aliena subtrahentes instrumenta, his uti minime possunt: quippe cum horum lectio non recitantem, sed quem tenor scripturæ designat adjuvet. Cum itaque nec cætera probationum indicia reprobentur, jure competenti, prædiorum, quæ in quæstionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere: Nam res vindicantem, ab emptore suos numeratos nummos adserverantem, erga probationem laborare non convenit: si quidem hujusmodi, licet probetur factum, tamen intentioni nullum præbet adminiculum.*

PErtinet hæc l. ad rei vindicationem, in qua petitor probare debet, & ea dicitur regula jur. à Constantino, *l.*1. *C. Theo. de fid. test.* Possessor, cum quo agitur vindicatione, non probat unde possideat, vel quo jure, quove titulo teneat, quod tamen Constantinus exigit in *d.l.*1. ut & possessor exponat suum titulum: sed corrigitur à *l.cogi, de petit. hered.* quæ est etiam in *C. Theod. eod. tit. de fid. test.* Ex quo apparet *l. cogi* fuisse latam abolendæ constitutionis Constantini causa, quod adjici oportet iis, quæ diximus in *l.*2. *sup.* Igitur solus petitor debet probare dominium: eo non probante possessor absolvitur, etsi nil ipse probet: dominium non solum probatur instrumento, sed etiam aliis probationum indiciis, *l.proprietatis, & l. cum res, sup.* instrumentis probatur, ut instrumento emptionis & donationis: Item instrumento auctoritatis dono accepto à domino. Nam donato instrumento auctoritatis res videtur donata, *l.*1. *inf. de donat.* Qui mihi donat titulum suæ possessionis, id est, instrumentum, videtur mihi suam possessionem dare. Et sic probabo me hujus possessionis esse dominum. Diversum est si instrumentum auctoritatis domino surripuero: furto sublato non juvabor, *l.*20. item dominium non probatur si quis ostendat suis nummis rem ab emptore fuisse comparatam. Nam quod mea pecunia emitur, non continuo meum fit, nisi sit meo nomine emptum, & mihi traditum. Certis tamen casibus rei emptæ utilis vindicatio domino pecuniæ datur.

Ad L.pen. Jubemus omnes, *qui scripturas suspectas commiscuntur, cum quid in judicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut nefariæ scripturæ reos, & quasi falsarios esse detinendos.*

Ad L.ult. Sciant cuncti accusatores, *eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita.*

LEX pen. conjungenda est cum fine *legis* 1. *inf. quando civil. act. crim. præju.* Pertinet utraque ad accusationem falsi, ut indicat finis *d. l.* 1. Ex eoque apparet male Accursium putare in specie legis pen. damnari quem falsi sine accusatione, dum arguit fin. l. 1. in qua constituitur, ut qui suspecta instrumenta in judicio profert, vera ea esse probet, non adsimulata, alioqui falsi tenebitur, & quasi falsarius condemnabitur. Sed probatio etiam ab eo exigetur, qui falsa ea esse dicet: utraque igitur ex parte exigitur probatio, quod nominatim traditur in *l.* 4. *C. Theodos. de fide instrument.* quod in aliis etiam criminibus obtinet, *l. ult. in fine, inf. de abolition.* cum l. ult. est conjungenda *l. pen. infra de calumn.* & conjunctæ sunt in C. Theodos. Ea lex ult. in accusationibus exigit testes idoneos, & omni exceptione majores, instrumenta item apertissima. Nam instrumentis plerumque crimina probantur, maxime falsi: exiguntur indicia luce clariora: ut M. Tullius pro Cælio, *argumentis* (inquit) *agemus, signis omni luce clarioribus crimina refellemus.*



AD TITULUM XX.

DE TESTIBUS.

TRIA sunt probationum genera, quæ ab ipsa causa, & litigatoribus deferuntur; Testes, Instrumenta, Indicia, *l.ult. sup. tit. prox.* Testes admittuntur si de facto quæratur; si de jure & qualitate quæratur, vix testes admittuntur, veluti justum ne sit aliquid, an injustum, utile, an inutile. Sic etiam si de jure & statu personarum quæratur, vix tum testibus contenti erimus. Plus valebunt instrumenta, ut natales, vel censuales professiones, vel etiam indicia, quod ait *l.*1. *hic*. In omni lite certa indicia maximi momenti sunt, *l.indicia, sup. de rei vindicat.* quod scilicet testes pecunia corrumpi possunt: indicia non item. Aristot. in fine Rethor. οὐκ ἔστιν ἐξαπατῆσαι τὰ εἰκότα, &c. Idem etiam in Græcorum libro, qui dicitur Ῥωμαϊκῶν, tit.30. adnotatum est, potentiores cum tenuioribus agere debere tabulis, vel instrumentis, non testibus; quia testes facile à vero possunt abduci, *Harmenop.* 1. *Epitom. tit.* 6. id ex eo retulit. Adversus scripturam quoque testes non admittuntur, si de fide scripturæ non dubitetur. Hæc testium probatio contra scripturæ testimonium non admittitur. Eadem de re Paulus 5. *Sentent. tit. de testib. & lib.*21. *Basil. tit.* 1. Credimus scripturæ, id est, instrumento contractus potius, quam testibus, nisi falsum dicatur: scriptum scripto plerumque refutatur, non testibus, nisi cum falsum dicitur, *Novel. de testib. l.pen. inf. de contrah. stipul. l.pen. inf. de non numerata pec. l.*3. *sup. si minor se maj. dix.* At contra credimus testibus potius, id est, vivæ voci, quam testimoniis, defunctorum scilicet, *Novel.* 73. *l.*3. *§.Item Divus, D. de testibus*. Exposui casus quosdam, quibus plus videntur valere instrumenta, quam testes: regulariter tamen in litibus, eandem vim obtinent instrumenta, & testes, *l.in exercendis* 1. *tit.prox.*

Ad L.I. Etiam jure civili *domestici testimonii fides improbatur.*

Et usque ad L.XIV.

QUemadmodum domesticæ rationes in re propria fidem non faciunt: ita nec domestici testes. *Etiam* heic ponitur, pro præterea, ut hæc conjunctio complectatur omnia testimonia, quæ jure civili improbantur: hoc sensu multa testimonia improbat jus civile, atque etiam domestica. Testes domestici ita definiuntur: qui in eadem domo nobiscum habitant, & quibus imperare possumus, ut testes fiant. *Theod. Balf. in Carthaginiensis Syn. can.* 132. hujusmodi est servus, colonus, conditionalis quilibet, conjux. Inquilinus autem non est domesticus, licet in domo nostra habitet, non nobiscum. Nam & mercenarius, cujus operas

conduximus; non est domesticus, nisi nobiscum habitet, & degat, *l. respiciendum*, *§. furta*, *D. de pœn.* Si A quem conduximus, non est domesticus, nisi una nobiscum habitet: non est etiam domesticus qui ædes nostras conduxit, puta Inquilinus, nisi una habitemus, id est, nisi sit cœnacularius, qui cœnaculum tantum conduxerit: verum si domestici testes fidem non faciunt, multo minus ipse faciam in re mea, *l. 9. inf.* quæ lex est pars *l. 1. sup. ne quis in sua caus.* Et ideo conjungenda ei, in qua cavetur ne etiam quis in re propria judicet. Verum Accurs. quærit in l. 10. an possit quis testis esse pro socio in re communi; id definitum est in eodem *Ῥωμαϊκῷ*, ex quo etiam retulit id Harmenop. in d. loco, ut scilicet socius pro socio testimonium non dicat in re communi, quoad societas sit soluta. Nam & res communis propria est. Frater autem in re fratris nullo jure B vetatur testimonium dicere, nec cognatus in re cognati. Nam quod reprobatur domesticum testimonium, eo dicto non est existimandum etiam reprobandum esse cognatorum testimonium: Vel quoniam cognati affines non sunt domestici, nisi nobiscum habitent. Sequenda est Theodori definitio. At pater in re filii etiam emancipati vetatur, & contra, *l. testis*, *D. h. t.* Hoc notandum: quod sicut nemo cogitur contra se rationes domesticas edere, *l. 5. de probat.* Ita etiam nemo cogitur contra se testes domesticos producere veluti conditionales suos, vel cœnacularios, *l. 6. h. tit.* At contra sicut cogitur quis in alium domesticas rationes producere, alii profuturas, non sibi, ut etiam diximus in *d. l. 5.* ita etiam cogitur quis in alium testimonium dicere, vel testes è domo sua producere. Eadem ubique C est ratio. Regulariter inviti citantur in testimonium. Hoc tamen olim videtur tantum obtinuisse in causis criminalibus, *l. 4. & 21. D. h. t.* verum constitutione Justiniani non tantum in criminalibus, sed etiam in causis civilibus cogitur quis adhibito jurejurando dicere quod scit, vel jurare se nescire. Cujus constitutionis fit mentio in *l. pen. inf. hoc tit.* Ubi Accurs. vere scribit, eam constitutionem Græcam fuisse, quæ periit. Nam post legem 12. hujus tit. desiderantur duæ Justiniani constitutiones Græcæ, quas nobis conservarunt libri Basilic. Prima constitutio, id est l. 13. est de numero testium, ut scilicet, si desint instrumenta, ad probationem exigantur quinque testes, quod nulla alia lege certo definitum est. Hodie ex constitutione regia exiguntur decem in res singulas. Præterea ut in instrumentis sufficiant D tres testes, quod congruit cum *l. ultim. sup. si certum petat. l. scripturas*, *inf. qui pot. in pig. hab.* ut in apocha, vel syngrapha sufficiant tres testes: Acta autem, & instrumenta publica non egere testibus. Additur etiam, ut si quis testis sit adhibitus instrumentis, vel conventionibus scriptis, lite mota ea de re omnino cogatur judicio adesse, & exponere quæ scit, & testimonium dicere, nec uti fori præscriptione posse, alioqui læderentur partes, quæ illius testimonio indigent. Idque congruit cum l. 12. hic. Possunt ergo ab eodem judice coerceri, si deprehendantur varii vel falsi, licet eorum non sit competens judex: secunda constitutio hoc continet quod supra diximus, ut scilicet in omnibus causis, invitis testimonium denuncietur: ut scilicet jurati testentur, vel jurent se nescire. Verum E excipiuntur eadem constitutione, vel qui legibus excusantur, ut affines, & cognati. Hi enim inviti testimonium non dicunt, *l. 4. D. de testib. l. Jureconsultus*, *D. de grad. & aff.* Excipiuntur etiam eadem constitutione viri illustres, & qui supra eos sunt: Hi nec in judicio, nex ex scripto, id est, neque præsentes, neque absentes testimonium dicere coguntur sine jussione sacra .i. principis. Alii coguntur inviti testimonium dicere in omnibus causis, & quidem si præsentes sint, viva voce: si absentes, mitti ad eos debent procuratores partium, ut coram eis dicant, quæ sciunt, vel jurent se nescire. Et hujus constitutionis partem hanc Justinianus intellexit in *l. judices*, *inf. de fide instrum.* dum ait, ea, quæ disposuimus; scilicet in *l. 14. de testibus*. Et recte Accurs. in *d. l. judices*, notavit Græcam constitutionem desiderari. De eadem fit mentio in *Novel. de testib.* Postremo additur ea constitutione, ut interlocutiones, quæ fiunt à judice, exhibendorum testium, & audiendorum causa: Itemque productiones fiant sine ullo testium impendio. Nam sumptus præstat qui producit testes: quod congruit cum *l. 3. §. Gabinio*, *D. de testib.* & cum *l. eos*, *qui*, *§. si quis autem*, *infra*, *de appel. l. 10. hic*, *& l. ult. C. Theodos. de abolition.* quæ conjungenda est cum *l. 10. hujus tit.* cum sit utriusque eadem inscriptio, & subscriptio. Igitur præstat omnes sumptus, & viatica, qui eos producit, & etiam, quod receptum est in Gallia, quantum quisque testis suo artificio sibi parare potuisset. Productiones autem hæ sæpe fiunt iterum atq; iterum. Et inde quærunt interpp. qua ex re possit cognosci, utrum sit una productio, an plures: alii spectant vices, ut Azo: ut scilicet si aliquos produxero hac hora una sit productio, si alios sequenti hora, sit altera productio licet fiat eadem die utraque. Alii spectant dilationes, ut si litigator jussus sit intra decem dies testes producere, quotquot sint producti intra eam dilationem, habeantur pro una productione: & sunt in eadem sententia *Albericus*, *& Joannes*, quod refert *Accurs. in Novel. de testib.* At id longe aliter est definitum Novel. Leonis, Constantini novissimorum Imperatorum, ut scilicet spectetur dies. Verba hæc sunt: unaquaque productione unum diem accipiente. Jam igitur hac de re non disputandum, cum habeamus certum jus, ut scilicet ex diebus æstimemus productiones plures, non ex vicib. & dilationibus. Harmenop. eam Novel. retulerat *supra d. loco*, sed in excusis non est. Nunc tractemus de domesticis testib. Constat pro nobis interdictum esse testimonium domesticis testibus, sicut & nobis ipsis non cogimur etiam domesticos testes in nos producere. At quæritur, an ipsi domestici nostri cogi possint, ut in nos testimonium dicant: quod non quæritur de servis, qui quandoque, si alii testes desunt, audiuntur, adhibitis tormentis. Huic nationi hominum non creditur sine tormentis: in dominum tamen nunquam aut volentes, aut nolentes admittuntur, *l. 7. hic*: idemque est in libertis: hi etiam non possunt interrogari in patronum vel volentes, vel nolentes, *l. pridem*, *inf. de quæst. l. 11. hic.* cui conjunge *l. ult. inf. qui accus. pos.* Verum de conjuge quæritur, an ea adversus maritum cogi possit dicere testimonium, vel è contra. Joan. Papo refert, Lutetiæ pronuntiatum cogi posse: quod miror. Nam si affinis meus, id est, cognatus uxoris, non cogitur in me testimonium dicere, *l. 5. C. de grad.* multo minus cogetur uxor, quæ mihi est proximior, quam ejus cognatus. Item si in majestatis crimine hoc tantum est permissum, ut uxor contra maritum audiatur, Harmenop. lib. 1. tit. 6. in aliis sane causis non audietur. Rursus domesticorum exhibitiu qualis est uxor, à nobis exigi solet, testimonii dicendi causa *l. 7. hic*. Id vero frustra exigitur, si potest trahi domesticus nobis invitis, si potest duci uxor, ut testimonium in nos ferat. igitur ex jure id potius est, ut nec uxor, quæ auctor est, affinitatis, nec affinis cogatur in nos testimonium dicere. Puto etiam advocatum, qui nobis adest, & executorem litis, quem constat in ea lite non posse pro nobis testimonium dicere, adversum nos non posse etiam cogi, ut in me testimonium dicant, licet aliud sit judicium Accurs. *l. ult. ff. de testib.* Sed contra Accurs. judicatum fuisse idem Papo refert lib. 9. *senatusconsultorum*. Et hoc recte. Nam quibus interdicitur testimonii dictio, usquequaque interdicitur ut nec pro nobis, nec in nos dicant. Cæterum testium aliis interdicitur, alii excusantur, alii refutantur, & refelluntur, sicuti tutores alii sunt, qui prohibentur esse, ut minores, & milites, alii, qui excusantur, ut septuagenarii: alii dicuntur suspecti, & removentur. Testes esse prohibentur

tur

tur primum domestici, & advocati, & executores in ea lite, quam tractant, ut diximus. Item liberti, & servi: item parentes, & liberi adversus se, vel etiam pro se invicem esse testes prohibentur, *l. 5. hic, l. testis, ff. de testib.* Item mesitæ, id est sequestres ex *Novel. de test.* Item bestiarii, & arenarii, & prostibulæ, & damnati publico judicio, *l. 3. §. lege, l. 14. & 15. ff. de testib. l. 2. ff. de senatorib.* Item damnati ob carmen famosum editum, *l. 21. ff. de testib.* quod quidem refert Theod. Bals. Nomo. c. 2. Id ille refert quasi sit scriptum in hoc tit. falso. Nam ut in Basilicon, ita & in Pandectarum libris id est scriptum *tit. de testib. c. 20.* quod non animadvertentes duo interpretes Latini Balsam. lapsi sunt, dum καταδικαθέντα ἐπὶ τὸ ποιῆσαι ταραχώδη φλυαρίαν, *condemnatum ob editum carmen famosum*: hoc enim significat φλυαρία, vel Harmenop. teste, *lib. 6. tit. 7.* Unus tamen ex eis interpretatur, *condemnatum ob seditiosas, & turbulentas aliquas ineptias*: Alter ita: condemnatum ob tumultuosam petulantiam: Testes etiam esse prohibentur impuberes, *d. l. 3. §. lege.* Et in Synodo Carth. c. 132. Dicet aliquis, imo & minores 20. an. testes esse prohibentur, *l. in testimonium, de testib.* Frustra igitur admonemur impuberib. non licere testimonium dicere, cum nec liceat puberib. ante ann. 20. Hæc videntur quodammodo pugnare. Sic dico. Sicut impubes judex esse prohibetur, *l. cum prætor, ff. de judic.* minor 20. annis excusatur à munere judicandi .i. non cogitur judicare, *l. cum lege, ff. de recept. qui arb. recept.* Ita prorsus imbubes prohibetur esse testis. Minor 20. annis excusatur. Ex testibus ut dixi, alii prohibentur, alii excusantur. Eodem modo excusantur alii, videlicet, ne omnino inviti testimonium dicant, ut affines, & cognati, & viri illustres, ex constitutione Græca Justiniani, quæ est *l. 14. hic.* Eodemque modo illi non coguntur suas rationes reddere in affines, aut cognatos secundum constitutionem Græcam tituli de edendo: de qua dixi in *l. 5. de probat.* Alii aliter excusantur. Nam non excusantur quidem à dicendo testimonio, sed ne in judicium venire cogantur, veluti senes, valetudinarii, milites, magistratus absentes, publicani, *l. inviti 1. & 2. D. de testib.* Item Episcopi. Novel. 123. secundum quam est intelligenda, *l. nec honore, de episc. & cleric.* ait, nec honore, nec legibus episcopus ad testimonium flagitatur: quid est nec honore, nec legibus? An nec jure civili, nec prætorio, ut Accurs. tentat: An vero, nec à judice, nec à lege? Neutrum placet. Rectius Græci: Nec volens honore prælato, si libet, nec invitus legibus, ut scilicet cogatur venire in judicium testimonii dicendi causa, sed ad eum domum mittitur. Alii sunt testes, qui nec prohibentur, nec excusantur, sed excipiuntur, & refelluntur ut suspecti gratiæ, & infames omnes, *l. 4. hic*; sic dico omnes infames recte refelluntur, non omnes tamen ipso jure interdicti, ut calumniæ damnatus est infamis, nec tamen ei testimonium interdicitur, *l. quæsitum, ff. de testib.* Sed eo nomine refelli potest. Eadem ratione excipiuntur inimici nostri, vel etiam amici, & familiares producentis adversarii: qua ratione etiam coloni, & inquilini nostri refelluntur, licet ipso jure eis non sit interdictum testimonium: atque ita *Harmenop. lib. 1. tit. 6. §. 18.* Ubi etiam male interpretantur μισθωτὸν, mercenarium testem, cum sit colonus vel conductor prædiorum nostrorum. Colono nostro conditionali ipso jure est interdictum testimonium quasi domestico. Colono, vel inquilino non conditionali ipso jure testimonium non interdicitur, sed per exceptionem. Dicimus exceptiones, & παραγραφὰς, Gallice, *reproches*, testium, *Novel. de testib. l. si quis testib. hic, l. penult. inf. de contrab. stipul. Socrat. lib. 1. c. 32. Ecclesiasticæ historiæ*, loquens de testibus: ut inimicos, inquit, excepi. Sic etiam libro 6. capite 2. & *l. si quis, de testibus*, hoc cavetur, ut si quis quosdam testes pro se produxerit, non possit eosdem in alia lite adversus se productos excipere, quasi suspectos, aut vitæ humilioris, vel deterioris, quia semel eorum fidem probavit. Duæ tantum exceptiones ei dantur, inimicitiarum, si quæ postea intercesserunt, & sordium. Potest etiam eos falsos dicere, si id potest probare, quod etiam cautum fuit Novella quadam Leonis, & Constant. Ad hæc notandum ex l. 3. solam testationem fidem non facere, nisi aliis adminiculis adiuvetur: quod est explicandum ex *l. 3. sup. de prob. & l. apud eos, inf. tit. prox.* Sola testatio per se fidem non facit: debet enim fieri publice, *l. curent, ff. de testib.* Debet fieri cum obsignatione testium, non quorumlibet, sed qui rem, de qua agitur, compertam habeant; ut si amisero chirographum, frustra in testationem redigam me amisisse chirographum vocatis testib. qui ignorent rem gestam, sive quod illo chirographo continetur, *d. l. apud eos* .i. testes vel vicinos, non apud judices. Hæc sunt adminicula, quæ in testationib. exigimus, quæ solæ non sufficiunt. Notandum etiam ex *l. 8.* testes injuratos non interrogari. Episcopi interrogantur adhibitis sacris Evangeliis, & sacris scripturis, quod quidam putant esse ex *c. ult. de juram. cal.* imo est etiam ex Novel 123. In Novella supra dicta Leonis & Constantini hoc ita explicatur, ut testes bis, terve interrogentur à judice sine jurejurando: Et si quid ad litem afferre videantur, jurati id dicant. Additur quoque in *l. 8.* ut testibus honestioribus potius credatur. Honestiores plerunque jure civili æstimantur ex facultatibus. Et sæpe honesti .i. divites. Itaque testes non tam numerantur, quam ponderantur, *l. 21. §. ult. ff. de testib.* Postremum est in eadem l. ut unus testis non admittatur, etiamsi *præclaræ curiæ honore præfulgeat*, id est, etiam si sit Senator: videnda quæ de uno teste dixi in *l. 3. sup. de reb. cred.* At ex prima constitutione Græca, quæ hic desideratur, videntur etiam duo testes non admitti, quoniam in instrumento exiguntur tres: sine instrumento, quinque: erravi heri in disponendis constitutionibus Græcis. Prima constitutio Greca, quæ hic desideratur, est 12. & Zenonis, vel Anastasii, non Justiniani, quæ est de numero testium. Sequitur eam *l. nullum*, in qua continetur de præscriptione fori, quod diximus heri, non in 12. Sequitur 14. Justiniani *de test. cog.* At si ex prima constitutione Græca duo testes non admittuntur, quorsum monemur unum testem non sufficere? quorsum etiam pertinet l. *ubi numerus, ff. de testib.* ubi dicitur duos testes sufficere: si numerus testium non addatur. Hoc videtur pugnare cum illa constitutione Græca, quæ tres, aut quinque ait. Respondendum est ita. Lex ait si numerus testium non adiiciatur, duos sufficere. Quod eo pertinet, ut cum l. præcipit aliquid fieri præsentibus testibus, nec numerum exprimit, sufficiant duo testes. Si lex exprimit numerum testium, nil agitur, nisi tot adhibeantur, ut in testamentis, cum lex exigit 7. testes, & in divortiis lex Julia exigit 7. testes, *l. nullum, de divort.* At si non exprimat numerum testium, duo sufficient, id est, quod fit coram duobus valet: verum non ideo in qualibet productione etiam duo sufficiunt. In Apocha, & syngrapha tres exiguntur: in depositione, quinque, ad rei gestæ fidem faciendam ἐπὶ τῆς καταθέσεως, unus nunquam. Notant quoque Græci casus quosdam, in quibus unus etiam testis sufficit, ut tabellio, si manu ejus instrumentum scriptum negetur; si dicat se scripsisse, ei soli fides adhibetur, *Novel. 73.* Item exemplo tabellionis, argentarius, scripturæ mensariæ auctor, quia horum fides est publica, acta publica, scripturæ publicæ: notant etiam, si emphyteuta offerat canonem domino; satis esse, si offerat præsente uno teste: quod unde sumpserint, nescio. Item sufficit unus testis, si quis vice donatoris voluntate ejus subscribat donationi scriptæ; donatio valet, nec alii testes exiguntur, *l. vice, & l. in donationibus, inf. de donat.* Postremo inquiunt, uni creditur propter notissimam testis gravitatem, & constantiam.

Ad L. XVIII. Testium facilitatem, *per quos multa veritati* con-

contraria perpetrantur; prout possibile est, resecantes: omnibus prædicimus, ut qui in scriptis à se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles, & forsitan redemptos testes super hujusmodi solutione producere: nisi quinque testes idonei, & summæ, atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum: ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint præfatam testium probationem: his scilicet, qui tam sine scriptis debitum, vel partem ejus solverint, à præsenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his, qui perpessi sunt causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.

SI debitum petatur ex scripto, id est, ex chirographo, dissolutio ejus probari debet etiam scripto, id est, apocha: quæ etiam in h. l. securitas dicitur, & plerunque scriptum scripto subruitur. An igitur solutio debiti scripti testibus non probabitur? Non quidem ex hac constit. nisi quinq; idoneis & juratis, qui solutioni præsentes adfuerint, & qui id palam dicant se solutioni præsentes fuisse. De auditione testimonium non valet, *Novel. de testib.* Quod tamen valet in quæst. de finib. agrorum, aut de operib. *l. si arbit. ff. de probat.* Fuit olim receptum in omnib. causis testim. de auditione, quasi aliquod haberet momentum, ut Asconius oratione 3. contra Verrem. Igitur eo casu debent testari se vidisse debitorem solventem, non etiam se id audisse ex aliis, debitorem solvisse, etiamsi tabularii sint: Nam & de auditione tabellariorum testimonium non adhibebitur, vel testari debeot se audisse creditorem dicentem, sibi solutam pecuoiam: idque in ea *Nov. de test.* Quod notandum est, cum ex eo e contrario colligatur creditum probari, si testes dicant se audisse debitorem dicentem, sibi creditos nummos. Sed hoc ita procedit, si non id audierint, aut viderint solventem, aut numerantem, *ἐκ τοῦ παρέχοντος*, id est, in transitu, sed si nominatim in eam rem rogati fuerint, ut solutioni interessent, aut confessiuni in sulutum, aut creditum acceptæ pecuniæ. Non rogatis ergo non creditur, licet id viderint, aut audierint, quod videtur pugnare cum *l. ad fidem, de testib.* Lex ait ad fidem rei gestæ sufficere etiam non rogatos testes. Respondeo, id locum habere in fortuitis casib. Hi probantur per testea fortuitos, quos fors tum obtulit. Sic Harmenop. recte interpretatur *ἐπὶ τῶν συμβεβηκότων ϗ παρεστατικῶν*. Non tamen ea lex locom habet in conventionibus, solutionibus, testamentis, quæ fiunt solemniter rogatis testibua. Et hæc quidem diligens observatio & solemnitas *l. testium*: in solutionibus exigitur si desit apocha. Nam si fiat apocha, vel sola fidem facit, sicut & chirographum: vel cum testibus tribus, secundum distinctionem *l.ult.sup.si cert.pet.* At quid fiet, si facta sit apocha, & casu majore perierit, vel amissa sit Hoc explicatur in fine legis, ut scilicet amissa apocha, tum solutio probari possit per testes quoscunque, etiam non rogatos, qui in transitu viderint debitorem solventem, aut audierint creditorem dicentem, sibi pecuniam solutam. Et ita solutio probabitur per testes non rogatos: non quidem per duos, ut ait Accursius, sed per quinque, ex prima constitutione Græca. Sic etiam è contrario, quod usuvenit sæpe: amisso chirograp. & amissionis casu judici probato, recte creditum probabitur, si qui sint, qui in transitu viderint creditorem numerantem, vel audierint debitorem dicentem, sibi creditam pecuniam: Nam eadem est causa liberandi & obligandi, *l. inter stipulantem, §. sacram, D. de verb. obl.* Et consequenter debet esse etiam eadem causa probandi debiti & crediti: Denique, & hæc sit conclusio, confessio facta extra judicium coram testib. quinque rogatis & juratis; valet tam ad obligandum, quam ad liberandum. Et hoc male Accurs. distinxit. Valet item ea confessio facta coram non rogatis testib. amissa apocha, vel chirographo: Alias nil valet confessio extra judicium facta, nisi fiat in jure aut judicio, ut diximus *sup. l. 9. de obligat. & act.* Et quod dicitur, confessum haberi pro judicato, id de confesso in jure tantum dicitur. Confessus extra judicium nondum habetur pro judicato, sicut qui apocham, aut chirographum scripsit, quæ scriptura dicitur *ὁμολογία*, non est statim pro judicato: confessio illa facta coram testibus ex non scripto, comparatur apochæ, vel chirographo, & eandem vim obtinet. Sicut igitur scriptor chirograhi, ita & confessus nondum est pro judicato. Item, ut chirographo vel apochæ opponi potest exceptio non oumeratæ pecuniæ intra præstituta tempora, ita & ei confessioni puto posse opponi illam exceptionem, cum scripto comparetur h. l. qua de re quærunt interpretes.

Ad L. pen. Si quando invitos testes *in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus, &c.*

EX constitutione Græca Justin. etiam in pecuniariis causis inviti testes evocantur, qui ante Justinianum oon inviti evocabantur, nisi in criminalibus: facit mentionem hujus constitutionis Justinianus in hac lege, cum ait, ex nostra lege: unde Accursius collegit esse Græcam. Veniunt ergo inviti in civilibus causis: cum venerint, satisdant judicio sistendi caosa, id est, se à judicio non recessuros, nulla pecunia data ad excipiendam satisdationem actorum nomine. Et hoc est quod ait hæc l. sine damno, id est, sine impensa, ut *l. sancimus, inf. de admin. tut. §. at ex contrario, Inst. quib. alien. licet, vel non, l. ult. §. pen. inf. de bonis auctor. jud. poss.* vel etiam si testes nolint satisdare, committuntur cautioni juratoriæ, carcere autem non continentur, inviti non satisdant, sed ut de re, ita de persona sua juratis creditur. Et ut l. ait, dies duntaxat 15. in judicio permanere debent sumptibus producentis: satisdant igitur vel jurati repromittunt 15. dies judicio sisti, intra quos à judice interrogandi sunt utraque parte præsente, dum scilicet recipiuntur productiones, & receptiones testium fiunt utraque parte præsente. Imo possunt etiam fieri interdum *μονομερῶς*, id est, parte tantum, quæ testes producit, præsente, si altera pars ob contumaciam absit admonita per executorem, quod & continetur *Novel. de test.* Regulariter causæ non aguntur *μονομερῶς*, sed utraque parte præsente, id est, cognitionaliter, sive *συνταδίως*, nisi causæ appellationis, hæ enim aguntur *μονομερῶς*, & ex contumacia alterius partia, *l. ult. ff. ad Trebell. l. ult. §. illud, de temp. ap.* Jusjurandum etiam, quod delatum est parti, non præstatur *μονομερῶς*, nisi absit altera pars per contumaciam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Productiones item testium non fiunt *μονομερῶς*, sed utraque parte præsente, & generaliter omnia edicta litis, *Zonar.* & Balsam. in *Can.* 74. Apostol. Item Soorates *lib.* 1. c. 57. Quod autem diximus, productiones testium fieri utraque parte præsente, & receptiones, id ita accipiendum est, non ut utraque para audiat testes respondentes interrogantibus, alioqui testimonia statim publicarentur, quod numquam ita fit, sed ut dum testes producuntur, & interrogandi admittuntur, utraque pars adsit. Hæsitant tamen hac in re interpretes. Additur in hac l. pen. post dies 15. testib. oon dicto testimonio jus abeundi esse, nec iterum posse eos invitos evocari, qui re infecta abierunt, & si judex intra eos dies cessarit, nec interrogavit testes productos, læsæ parti tenetur damni nomine actione in factum, & causam suam facit. Et hæc quidem hac lege constituuntur in causis civilibus. In causis criminalibus

nalibus hoc argumentum est, testes diutius detineri posse, & carcere etiam contineri: Nec illos jurejurando committi, ut fit in civilibus caussis. Hic quærunt interpp. An testes produci possint ante litem contestatam, quod in foro dicitur examen ad futurum .i. an futuræ litis testes recipiantur? Jure constat non recipi hæc testimonia: dicuntur testimonia litis, *l.4. ff. de testib.* Testimonia judicialia, *l. pen. sup. de hæret.* Ergo nunquam recipiuntur, nisi sit lis, aut judicium: Est etiam titolus hac de re in jure Pontificio, *ut lite non contest. non proced.* At hoc jure civili verum non esse puto, quanquam alio jure utamur ex *cap. quoniam*, *supradict. tit.* ut etsi metus sit, ne testes, qui nunc sunt, non sint litis tempore, id procedat, veluti si sint senes, aut valetudinarii: Nam & hoc casu si volumus testes recipi, litem oportet instituere statim, & summatim causam agere: Et ita loquitur *lex in lege*, quam perverse accipiunt, *ff. ad leg. Aquil.* Male & ex *§. pen. Novel. de testib.* putant probare ante litem posse testes produci, cujus sententiæ nullum est vestigium in eo §. Nil quoque pertinet ad hoc *lex laudabile, §. quotiescunque, supra, de advocat. divers. judic.* Nam non loquitur ea lex de testibus futuræ litis, sed de actis, seu monumentis, quæ fiunt apud patronos fisci, juris sui conservandi causa. Et verbum *allegationes* in ea lege non significat probationem, sed vel exceptionem, vel defensionem, vel protestationem quamlibet διαπολογίαν, quæ fit apud acta: Ut si scripsero me accepisse mutuam pecuniam, potero contestari apud acta, me non accepisse, & postulare ut ea de re acta conficiantur. Vel etiam si amisero chirographum, idque sciant quidam, potero apud acta id redigere in testationem: vel etiamsi funus fecero, non pietatis causa, sed ea mente, & animo, ut sumptus repetam, potero id testari apud acta, *l. atqui, ff. de religios. & sumpt. fun.* Sed hoc non est producere testes futuræ litis.

Ad L. ult. Cum apud compromissarios *judices testes fuissent producti, variatum erat utrum deberet eorum depositionibus in judicio litigator uti, an non esset audiendus. Sancimus igitur, si quidem in compromissis aliquid pro hujusmodi causa statutum est, hoc observari. Sin autem nihil conventum est in hujusmodi casibus: Si quidem supersint testes, licentiam habere eum, contra quem depositiones eorum proferentur, si eas recusaverit, concedere testes iterum adduci, & non opponi eis, quod jam testimonium suum dederint. Vel si hoc concedere minime maluerit, depositiones eorum, quasi falsas accipere: omni jure legitimo, quod ei competit, adversus eas servato, &c.*

JUre civili semel producti testes, & interrogati, iterum non interrogantur. Cujus argumentum est *h. l. ultima*, quæ est exceptio illius definitionis. Alio quidem jure utimur, sed jus civile ita se habet, nec immerito, ne scilicet retractentur toties testimonia. Est exceptio in hac lege. Finge: Duo compromiserant in arbitrum, jamque unus testes produxit apud arbitrum, postea relicto arbitro, transierunt ad judicem ordinarium: is, in quem producti sunt testes apud arbitrum, non patietur eos iterum in judicio interrogari, quia obstat regula juris. Sed ex hac constitutione non poterit testimonia, id est, depositiones rejicere, nisi id patiatur. Debet igitur illa testimonia admittere in judicio, salvis exceptionibus, si quas habet: aut debet pati testes iterum produci, & interrogari si sint superstites. Nam si sunt defuncti, eorum testimonia sunt recipienda omnino in judicio, quæ scilicet dixerunt apud arbitrum, vel etiam si alii sunt superstites, alii defuncti, defunctorum testimonia sunt recipienda: superstitum item nisi malit is, in quem producuntur, testes potius ipsos iterum produci. Additur tamen *h. l.* legem compromissi judicem sequi debere, si de testibus lex aliqua in compromisso contineatur. Hæc lex est conjungenda cum fine *l. pen. sup. de recept. arbitr.* In qua generaliter traditum est, professionibus, & attestationibus factis apud arbitrum, postea apud judicem ordinarium uti licere: atque hoc casu iterum producentur, & audientur. Quo casu suadet Bartolus, ut qui iterum interrogantur, ne quidquam mutent, postulent sibi edi exemplum prioris testimonii in *l. eos, ff. ad leg. Cornel. de fals.* ubi & multa alia addit, quæ jure civili desita non sunt.



AD TITULUM XXI.

DE FIDE INSTRUMENTORUM.

MULTÆ sunt leges in hoc titulo de amissione instrumentorum, & de his, quæ sine scriptura fieri possunt, quibus ostenditur, amissionem instrumentorum, si aliis probationibus res probari possint, nihil officere veritati: ut creditori nihil noceat amissio chirographi, si aliunde probare possit, *l.1. & 5. hic.* Debitori nihil nocet amissio apochæ, *l. 4. hic*, de qua diximus *l.5. sup. de probat.* Ingenuo nil nocet amissio professionis natalis, *l.6. hic.* Profitebantur olim natos apud acta. Veterano honesta missione dimisso nil nocet amissio testimonialis, *l.7.* Literæ, quæ dabantur dimissis, dicuntur testimoniales, *l. ult. inf. de prof. & medicis. Veget. lib.2. Per testimoniales ex more dimissis.* Domino item nil nocet amissio instrumenti auctoritatis, *l.8. 9. 10. & 12.* Actorum etiam amissio emancipatis nil nocet, *l.11.* quæ lex est accipienda de emancipatione legitima, quæ fit ex duodecim tabulis, etiam sine actis. Anastasiana, & Justiniana emancipatio non fit sine actis: & generaliter ubi amissio instrumentorum, vel actorum non nocet; nec omissio eorum nocebit. At quæritur an casum amissionis probari oporteat. Et quidem ubi non est necessaria scriptura, ejus amissionem probari non oportet, si aliæ probationes suppetant negotio: nec hoc exigit l. 5. ut amissio probetur. Nam non hoc significat, casum amissionis esse probandum, sed ait creditoris casum conquerentis petitioni non esse statim credendum, nisi aliis argumentis probet sibi deberi. Et in ea *l. 5.* ita est legendum, *vel aliis argumentis probari fidem, &c.* Vel etiam eo casu, quo non est necessaria scriptura, si tamen intervenerit, & perierit, amissione probata, nil agitur, nisi aliæ probationes suppetent. Et huc pertinet l.13. hic, quæ ostendit testationem habitam de amisso instrumento nil prodesse, nisi habita sit apud eos (puta vicinos) qui rem gestam, id est, tenorem amissi instrumenti mente teneant, & sciant facta ea esse instrumenta, quæ periisse dicuntur, & quæ in eis fuerit δύναμις. Igitur non satis est probare amissionem, nisi & cætera probes. At cætera probare satis est, id est, rem gestam, etiamsi amissionem non probes. At ubi scriptura est necessaria, ea si intervenerit, & perierit, amissionem probari oportet, etiamsi aliæ probationes suppetant; quas quidem probata amissione etiam omnino exigimus; ut si scriptura testamenti periesit, duo probanda sunt, peremptio, & tenor testamenti, quod ex scripto constabat. Item in specie *l. testium in fin. sup. de testib.* Ubi solutio debiti scripti, si non adfuerint quinque testes rogati, non probatur nisi scripto, quo amisso, ut illa lex ait, amissionis casum probari oportet; deinde solutionem per quoscunque testes. Et hæc de amissione instrument. De fide instrument. etiam sunt multæ leges: primum in litibus eandem esse vim instrumentorum, & testium, *l. 15.* quod diximus *l.1. sup. de testibus*, ut dicimus testimonia litis, *l.4. ff. de testib.* ita & instrumenta litis, *l. si quis aliquid, §. si quis instrumentorum, ff. de pœn.* Et ut jure nostro instrumenta ante litem non producuntur, sic nec testes, sicut diximus in *l. pen. sup. de testib.* Præterea, ut testium productio potest fieri peregre missis procuratoribus partium, si testes absint, ex constitutione Græca Justiniani, quæ est *l. 4. de testib.* ita & instrumentorum

productio; receptio & discussio, si non sint in præsentia, potest fieri peregre, *l. 17. hic*, quam vulgo male sic accipiunt, ut testes possint proferri ad reprobationem instrumentorum: quod fit raro, nisi arguantur instrumenta falsi, ut dixi in *l. 1. de testib.* Verum hæc non est sententia legis 17. sed quod Justinianus constituerat de testib. peregrè producendis & audiendis ex sententia & interlocutione judicis, id in *l. 17.* similiter constituit de instrumentis peregre producendis, & recipiendis, præsente utraque parte, aut eorum procuratoribus; si ita judex decreverit. Testibus variis, & secum pugnantibus fides non adhibetur, *Novel. de test.* quæ loquitur non tantum de testibus, qui sibi ipsis contrarii sunt; sed & de testibus, qui invicem sunt contrarii, id est, alii aliis, ut Harmenop. libro primo, tit. 6. Aliud est in ea Novel. sibi ipsis esse contrarios, aliud invicem esse contrarios: omnes tamen rejiciuntur. At additur in ea Novel. honestiorib. & omni exceptione majoribus fidem adhibendam, ut *l. 8. sup. de testib.* Quo exemplo adjici potest *ad d. l. 14. hic*, ut diversa instrumenta, & secum invicem pugnantia ab una eadem parte prolata fidem non faciant, nisi si quæ momenti judici videantur esse majoris. At si omnia sint paria, & testes varios, & instrumenta varia rejiciemus. Notandum etiam de fide instrumentorum: in lite non recipi instrumentum, quo adversarius apud acta testatus est non usurum, id est, eo non poterit uti mutata voluntate, *l. 3. hic*. Videtur enim id improbasse, & habuisse pro falso. Denique in ea lite habebitur pro falso. Nunc quæro, quid si instrumentum, quo adversarius utitur, ab alio in alia lite prolatum, falsum pronuntiatum sit, an etiam in hac lite pro falso habebitur? Non utique, nisi & in hac lite probetur falsum. Nec res inter alios judicata, præjudicium adfert, *l. 2. hic*. Fieri enim potest, ut inique falsum sit pronuntiatum. Nec tamen idem dici potest de testibus, si in alia lite sunt damnati quasi falsarii, *l. Cornelia de falsis*, quia damnatis publico judicio testimonium amplius dicere non licet, *l. 3. §. lege, ff. de testib.* Tractant interpretes in *d. l. 2.* quomodo sit hæc regula accipienda, rem inter alios actam, vel judicatam alii non nocere, de qua est proprius *tit. inf. de re judic. & l. sæpe, D. de re judic.*

Ad L. XVII. Contractus venditionum, *vel permutationum, vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum, vel alterius cujuscumque causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo à partibus absoluta sint: ut nulli liceat prius, quam ita hæc ita processerint, vel à scheda conscripta (licet literas unius partis, vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum, vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu, vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emptoris interest, ei persolvere. Quæ tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quæ jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere præcipimus: nisi jam super his transactum sit, vel judicatum, quæ tractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis, jam vel in scheda, vel in mundo conscriptis, ad quæ præsentem sanctionem non extendimus, sed prisca jura in his tenere concedimus. Illud etiam adjicientes, ut in posterum si quæ arræ super facienda emptione cujuscumque rei datæ sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis: licet non sit specialiter adjectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat: tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis à se arris cadat, repetitione earum deneganda.* (†)

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 3.*

In contractibus non exigimus scripturam; nec acta, exceptis donationibus, quæ plerunque negotium aliquod in se habent, id est, fiunt certa lege, ac tum proprie dicuntur contractibus. Hæ donationes apud acta insinuari debent, si sint majores ducentis aureis ex jure antiquo: si sint majores trecentis, ex jure medio: si sint majores quingentis, ex jure novo. Minores ergo quingentis hodie ex jure novo sine actis valent. Ex Constitutionibus regum nostrorum omnes donationes cujuscunque summæ insinuantur, quod & olim probavit Constantinus *l. 1. C. Theod. de spon.* Quoniam in hac l. ait, donationes, quas intimari non oportet, id est, insinuari. Strictius semper sunt habitæ donationes, & non cum summa ratione eas Justin. latius accipiendas censuit: solo consensu non perficiebantur, sine traditione, mancipatione, vel cessione in jure. Hodie perficiuntur ex constitutione Justiniani. Non valebat donatio omnium bonorum infinite, cum tamen valeret venditio: imo non valebat etiam donatio dimidiæ, vel tertiæ partis bonorum, specialiter rebus non designatis. Sed ex constitutione Justiniani valent: dationes etiam arrarum nullam scripturam exigunt: quæ etiam contractibus adnumerantur, & à Græcis dicuntur Arrabonici contractus. Sunt quædam negotia, de quibus dubitari potest an sint contractus. Hujusmodi sunt *arrarum dationes*: esse tamen constat, ut hæc *l.* indicat, si modo in ea legatur *dationis*, non, *dationes*, & postea, *transactiones*. Dubitatur etiam de datione dotis, sed hæc est etiam contractus, *l. contractus, ff. de reg. jur. l. exigere, de judic.* Item de divortio; sed divortium etiam est contractus, *l. si uxor, ff. de judic. l. jurisgentium, §. ut puta, ff. de pact.* Transactiones autem non sunt contractus, & in hac lege separantur à contractibus duobus locis, & jure merito: nam vel fiunt pacto, aut acceptilatione, *l. 2. ff. de transact.* Acceptilatio autem distractus est, non contractus: pactum nec est contractus, nec distractus, quia nec obligat, nec liberat: at ut contractus, ita & transactiones nullam scripturam exigunt: cum autem dicimus in emptionib. & permutationibus, transactionibus, donationibus, & arris scripturam non exigi, id ita procedit, nisi convenerit, ut de eis scriptura fieret: hæc conventio scripturæ necessitatem inducit: ut non intelligantur perfecta hæc negotia sine scriptura: & hæc conventio in iis tantum donationibus est utilis, quæ actorum insinuationem non desiderant. Nam in aliis, quæ desiderant, inane est hoc cavere, ut fiat scriptura, quia id ipso jure ita se habet. Igitur contractus, vel transactiones conficiuntur non *sine scriptura*, si ita convenerit. Scripturam quomodo fieri oportet, ostendit hæc l. nec enim quævis scriptura perficit contractus, quos ex scriptura fieri convenit. Primum enim contractus redigentur in schedam, quæ sic dicta est *ἀπὸ τοῦ σχίζειν*, vel à scindendo. Schedæ sunt veluti adversaria, deinde rediguntur contractus in mundum, ut ait *hæc l.* Novella *de tab.* ait in chartam puram. Hieronym. in purum, adversus Rufin. deinde mundum subscribi à contrahentibus oportet; vel si instrumenta sint publica, id est, si à tabellione conficiantur, antequam contractus in scriptis habiti perfecti intelligantur, oportet mundum compleri, & partibus edi à tabellione: sic ex conventione scriptura perficitur contractus, non aliter, nec quælibet admittetur. Itaque antequam eo modo sit perfecta scriptura, locus erit pœnitentiæ, quasi nondum perfecto contractu: interim etiam periculum erit venditoris, *§. 1. de empt. & vend. Instit. l. ult. de contrah. empt.* & ideo recte *l. 2. ff. de contrah. empt.* ait, solo consensu perfici venditionem sine scriptis habitam: nam si fiat ex scripto, eam scripturæ formam exigimus, quam Justin. hic præscribit. Accurs. & interpretes putant schedam in *Novella de tab.* appellari protocollum: qui error etiam fora occupavit. Sunt juris nostri pleræque voces: quæ quod sint male ab interpretibus nostris acceptæ, accipiuntur & male in foro. Sequitur altera

tera pars legis de Arris. Arras dat emptor venditori: non perfecto contractu culpa venditoris, restituit venditor arras in duplum condictione ex hac lege, ut opinor; nam hæc pœna est legitima: non perfecto contractu culpa emptoris, emptor arras perdit, quas dedit. Non est dispar emptoris, & venditoris conditio, sive pœna: nam & emptor quod de suo dedit, perdit; & venditor tantundem de suo dat, alterum non dat de suo, sed reddit. Ita in sponsalibus sponsus arras dat sponsæ, sponsus arras amittit, si per eum stet, quo minus sequantur nuptiæ: sponsa tenetur in duplum, *l.3. §.ult. inf. de spons.* quæ pœna etiam est legitima. Et hoc itaprocedit, si venditio nondum perfecta fuerit, ut si eam scriptis mandari convenerit, & scriptura in muodum nondum digesta sit. At quid fiet de arris, si venditio sit perfecta, nec ab ea recedatur? immutabuntur arræ venditori in pretium, si in nummis consistant, *l.ult. ff. de lecommiss.* vel si in aliis rebus consistant, pretio soluto repetentur, sicut pecunia credita soluta, pignora repetuotur. Arræ sunt veluti pignora. Neque nummi tantum dantur arrarom nomine, sed etiam aliæ res, ut annuli, *l. ex empto, §. is, qui vina, de act. empt. l. 5. §. item si institor, de instit. act.* In libr. Genes. cap. 30. sic in sponsalibus arræ nomine, non nummi, sed monilia dantur, ut apud Capitol. in Maxim. juniore. Repetuntur autem arræ actione ex empto, vel condictione sine causa, *dict. §. is, qui vina* non vindicantur ait: *l.3. infr. de act. empt.* ex arrali pacto personalem duntaxat actionem paciscentibus parari: non paratur ergo realis. Ea l. pactum arrale vocat: at heri contractum esse diximus. Respond. est, non esse novum, ut idem sit pactum, & contractus, *l. si unus, §. pactus, D. de pact. l. pacta, D. de contr. empt.* Pactum, inquiunt, proficit ad novum contractum: sic pactum arrale, quod datione arrarum sumpsit effectum, & pactum, & contractus est: & ideo ex eo datur actio personalis, non realis, ut ex venditione docet *l. 1.* ejusdem titul. dari personalem actionem, non realem: & ita pactum divisionis, vel permutationis, quod traditione sumpsit effectum, & pactum, & contractus est: Item quod stipulatione sumpsit effectum, & pactum, & contractus est, *l.3. inf. de rer. perm. l. divisionis, ff. de pact.* Nec tamen ideo minus dicitur nuda, *tit. de do. prom.* *vel nuda poll. inf.* item pactum, quod adjicitur contractui ex continenti, nudum dicitur, *l. jurisgentium, §. sed cum nulla,* juncto *§. quinimo, D. de pact.* Nam cum io *§. sed cum nulla* dixisset J. C. nominatim, pactum nudum actionem non parere, exceptionem parere, & pactum nudum nominatim appellasset, subjicit in *§. quinimo,* imo & interdum format ipsam actionem, veluti si adjiciatur contractui ex cootinenti. Igitur aperte legem contractus vocat pactum nudum: nec nos movet *l. ult. infr. de rer. per. l. 1. inf. de pactis convent.* quarum sententia est. Rebus donatis certa lege, ex ea l. actionem dari: atqui non est ex pacto actio. Respondeo, hoc ita procedere, si sit tantum pactum nudum; at si sit pactum, & contractus, ex eo datur actio; non quidem plane, quia pactum est, cum & id nudum sit, sed quia contractus, *dict. l. divisionis.* Nunc quæramus quid sit juris, si venditio perfecta sit, & ab ea recedatur. Distinguo: aut mutuo consensu ab ea receditur, aut ex una tantum parte: si mutuo consensu, arræ repetentur actione ex empto, vel condictione sine causa, *dict. §. is, qui vina, & l. 2. inf. quando lic. ab empt. disc.* sed si ex una tantum parte recedatur ab emptione jam perfecta, ut si rem venditor tradere nolit, an tenebitur in duplum nomine arrarum? Minime: nam dupli præstatio pœna est non perficientis venditionem, at hic perfecta est, nec eam imperfectam reddit mora venditionis: cessat igitur dupli præstatio, sed competit actio ex empto in venditorem, ut cogatur rem tradere: nam cogi potest districte ut tradat: vel etiam agetur in id, quod interest: dabitur etiam repetitio arrarum: nam culpa nulla emptoris intercedit: itaque non est, cur arras

A amittat, non est etiam cur debeat compensare id, quod interest cum arris, ut Hugolinus censet recte, cum separatam causam habeat: igitur utrumque feret, arras, & id, quod interest; sed si emptor sit is, qui nolit implere contractum, id est, pretium solvere, agetur in eum ex vendito: cui actioni si satisfecerit, reddentur ei arræ, nisi res l. commissoria venierit, id est, ut inempta fieret, pretio ad diem non soluto. Nam eo casu, pretio non soluto, finitur venditio, nec redduntur arræ, quoniam culpa emptoris committitur venditio, & fit irrita, *l. de lege, & l. 4. de lege commiss.*

Ad L.XIX. Plures apochis vel redituum, *vel usurarum perceptis, si quando super his fuerit dubitatio exorta, eas habere se negando, jus agentium faciunt vacillare, cum coloni*
B *adversus dominum certantes, & sibi iniquam forte libertatem vindicantes, vel debitores creditoribus suis temporalem præscriptionem apponere cupientes, ad easdem inficiationes perveniunt. Quod resecantes, jubemus, ut in præfatis casibus, vel aliis privatis similibus, si voluerit is, qui apocham suscepit, ab eo accipere, vel antapocham suscipere: omnis ei licentia hoc facere concedatur, necessitate imponenda apochæ susceptori antapocham reddere: ita tamen, ut si hoc is, qui apocham conscripserit, facere neglexerit, vel non curaverit: nullum ei præjudicium ex eo, quod antapocham recepit, generetur, cum hoc, quod pro quibusdam introductum est, inferre eis jacturam minime rationi conveniat æquitatis. Datum XII. Calend. Octob. Chalcedone, Decio v. c. Conss.*

C Est de antapochis faciendis. Apocha est professio solutæ pecuniæ: dicitur etiam securitas in Novel. ἀπόδειξις, ἀμεριμνία, ἀσφάλεια: dicitur & à qoibusdam evacuatoria, ab evacuanda obligatione: dicitur etiam ἀκυρωτία: dicuntur etiam apochæ Recauta, *Novell.* 130. Græci vertuot ἐκχρεωστιόματα, non mious male, quam in eadem Novella delegatores μεσιτάς. Sic D. Augustinus *lib. de cur. pro mort. ger.* ubi ait esse recautum. Debitor creditori chirographo cavet, creditor debitori apocha recavet. Antapocha autem quid est? Ao scriptura, qua confitetur debitor se solvisse creditori data? Minime, non ita concipiebatur antapocha. An est scriptura, qua debitor fatetur se debere antapocham? minime. Antapocha est exemplum apochæ, quod habet subscriptionem debitoris, qui habet apocham: at-
D que id hac lege ostenditur: nam quod initio hic vocat exemplum apochæ, postea vocat antapocham: hæc verba sunt delenda: *vel antapocham suscipere.* Et sic recte definierunt antapocham Jacobus, & Fulgosius. Sic in *Novell. de reis,* ἀντίβιβλος est exemplum libelli petitionis. Apocha datur debitori, ut ex ea probet se solvisse. Antapocha datur creditori, ut ex ea probet sibi solutam annuam pensionem, vel canonem annuum emphyteuticarium, vel annuas usuras. Atque ita ut summoveat præscriptionem temporis, vel ut quam aliam defensionem sibi paret. Et hoc certum est usuræ annuæ præstationem tolli præscriptione triginta annorum, & cum principalis actio tollatur: usurarum obligatio est sequela sortis, *l. eos, in princ. inf. de usur. l. si quis emptionis, §. ult. de præscr. 30. annor.* verum
E creditor, cui debentur usuræ, hanc præscriptionem summovebit, probando ex antapocha sibi solutas usuras, & ob id antapocham flagitare potest. Quod si dominus petat à colono, vel emphyteuticario annuum vectigal: hæc lex non dicit ei opponi præscriptionem triginta annorum, cum hæc obligatio per se consistat, nec sit alterius sequela. Et ideo non nisi ex singulis annis, quibus singulis actio nascitur de annua pensione, vel annuo vectigali, præscriptio 30. annorum opponi potest, *l. cum notissimi, §. ult. de præscript. 30. annor.* Et sic constituenda est differentia inter usuras, & alios reditus annuos. Et ita Martinus accepit recte eum *§. ult.* nulla habita differentia inter stipulationes, & legata, ut & ille §. ait non esse habendam: nec Martino obstat

A obstat hæc lex nostra ; quæ dicit, præscriptionem temporalem opponi usurarum annuæ præstationi, id est, si per triginta annos cessatum sit solvi usuras : non autem dicit eam opponi annuæ redituum præstationi. At sæpe fit, ut coloni, & ascriptitii nostri capite censiti se in libertatem vindicent, & dicant se propria possidere, non nostra, & requirant à nobis titulum, dicant se *ἐλευθεραγωγεῖν* : idque ostendit *l. litibus*, *inf. de agric. & cens. lib.* XI. quæ huic l. est conjungenda : verum coloni repellentur, si probaverit dominus eos reditus, & pensiones quasi colonos diu persolvisse : quod quidem probabit antapocha, id probant papyro terico, ut ajunt. Quare apochis datis, utile est antapochas vicissim accipere, quas & reddere, id est, dare cogitur is, qui apocham suscipit. Igitur hæc lex, cujus sententiam exposui, est de antapochis faciendis, nulla est in hoc B tit. de apochis faciendis : itaque legendus sic hic titulus, *De fide instrumentorum, & amissione eorum, & de antapoch. fac.* male vulgo *de apochis*. Cæterum si creditor non curaverit sibi dari antapocham, quid fiet ? cogitur debitor dare, idque datur hac l. creditori, ut possit debitorem cogere, sed si id negligat, hæc omissio antapochæ nil nocebit ei si possit aliis rationibus probare sibi solutum, id est, non est necesse, ut probet antapocha sibi solutum : Nam & aliæ probationes admittuntur. Quod introductum est causa creditoris, puta ut ei scilicet fiant antapochæ, non debet converti in ejus perniciem, *l. quod favore, ff. de leg.* & hoc proponitur in fine legis.

C Ad L. XX. Comparationes literarum ex *chirographis fieri, & aliis instrumentis, quæ non sunt publicæ confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare, & in judiciis, & in contractibus manifestum est. Ideoque sancimus non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptionem, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipsis hoc deponentibus, sive cunctis, sive omnimodo duobus ex his, sine comparatione literarum testium producente : & tunc ex hujusmodi chartula jam probata, comparatio fiat : aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in semetipsum aliquis chartam conscriptam proferat, sed tantummodo ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel hujusmodi chirographis, quæ enumeravimus, comparationem trutinandam. Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi juramento antea præstito ab his, qui com-* D *parationem faciunt, fuerit affirmatum, quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, hujusmodi faciunt comparationem, & hoc observari tam in omnibus sacris nostris scriniis, quam in apparitione omnis sublimissimæ præfecturæ, necnon magisteriæ potestatis, cæterisque omnibus judiciis, quæ in orbe nostro constituta sunt, his omnibus in posterum observandis. Comparationes etenim jam antea factas retractari, extra periculum minime est. Datum* XIV. *Kal. Aprilis, Lampadio, & Oreste Conss.*

INstrumenta ; aut sunt privata ; aut sunt publica: privata sunt, veluti chirographa, apochæ, & antapochæ, & quælibet scripturæ non confectæ à tabellione, dicuntur *αὐτόχειρα* & *ἰδιόχειρα*, *l. scripturas, qui pot. in* E *pign. hab. Novell. 49. & 142.* Publica instrumenta sunt, quæ à tabellione conficiuntur, quæ & forensia dicuntur in h. lege: & *ἀγοραῖα*, in dictis Novell. addita *Novell. 52. & 73.* Quæstio autem l. hæc est, an comparationes literarum fieri possint tam ex privatis, quam ex publicis scripturis, id est, collationes scripturarum, *l. ubi, ad l. Cor. de fal.* quæ in Nov. à Justiniano *παραθέσεις* & *συγκρίσεις* dicuntur : ut si quis neget suam esse scripturam, ex qua cum eo agitur, quæritur an ea ex similitudine conferri possit cum alia, & an sola collatio fidem addat scripturæ. Et quidem si collatio fiat ex publico instrumento, fidem faciet : an & si fiat ex privato instrumento fidem faciet ? Ita videtur secundum

A jus antiquum, quod in hac l. tollit Justinianus ; propterea quod, ut ipse ait, plerique hac occasione utebantur ad imitanda aliena chirographa. Et constituit Justinianus, ut non fiat collatio ex privato instrumento, nisi illud privatum, quod ad comparationem confertur, habuerit subscriptionem trium testium ; ex quibus duo saltem testes suam manum recognoscant, vel negantes, collatione suarum literarum convincantur : idque procedit, ut ait, etiamsi privatum instrumentum, quod quis ad comparationem profert, contra eum, qui profert faciat, vel in ea causa, vel in alia : nam ex eo etiam non fiet collatio, nisi habuerit subnotationem trium testium. Ab hac constitutione Justiniani duo excipiuntur casus in *Novell.* 49. Primus casus est : si ego agam ex privata scriptura non habente sub- B scriptionem trium testium, & tu defendas te ejusdem manus alia scriptura : hanc scripturam, qua tu te defendis, si negem esse ejusdem manus, fiet comparatio cum ea, qua ipse utor, licet non habeat subscriptionem trium testium : Nam ejus fidem probasse videor, cum ex ea intentionem meam confirmaverim, ut testes non excipio, quibus utor, vel sum usus, *l. si quis testibus, supra, de test.* ita nec instrumenta. Alter casus est, si privata scriptura, quæ non habet subscriptionem trium testium, proferatur ex publicis tabulariis, in quibus pleraque privatorum deponuntur, vel ex arca præfecti prætorio, in qua deponebantur rationes fiscales, & quæcunque ad fiscum pertinebant, quæ dicitur etiam mensa : hæc scriptura, quæ ex illis locis profertur valet ad comparationem, licet non habeat subscriptionem C trium testium, nec sit à tabellione facta, quia publicum testimonium habet, quia pro publica habetur cum è publico eruatur. Et hæc quidem de Novella 49. nunc explicanda *Novella* 73. *de fide instr.* quam plerique putant hanc legem abrogare. At id falsum est, nam illa nil huic l. abrogat, sed id tantum constituit, ut sola literarum per se comparatio non sufficiat, etiamsi fiat ex publico instrumento, vel etiam ex privato habente subscriptionem trium testium : sed ex ea Novella est necesse, ut instrumentum privatum, vel publicum, cujus fides comparatione literarum probatur, munitum etiam sit tribus testibus : etsi forte testes illi aliud dicant, aliud literarum comparatio suadeat, testibus est potius credendum, nisi aliud judici videatur. At testibus mortuis, quid fiet ? si privatum fuerit instrumen- D tum, sola comparatione necessario contenti esse cogimur. Item si publicum fuerit instrumentum, & testes mortui sint, & tabellio, & minister ejus, sive discipulus tabellionis, & pecuniæ numerator ; nam sæpe in contractibus adhibetur pecuniæ quidam numerator, ut argentarius : hi omnes si mortui sint, tum etiam sola comparatio sufficiet : comparatio inquam, non tantum literarum tabellionis, sed & contrahentium, & testium, qui scripserunt. At vivo tabellione, testibus vivis, aut mortuis, non utemur comparatione, quia tabellionis jurati testimonium sufficit, & quidem solius, quasi publicum testimonium. Quod adnotatum est ab Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 6. non satis recte, videlicet hoc modo, ut solius tabellionis testimonium sufficiat in comparatione collatorum instrumentorum. E Quid enim opus fuit adiici, in comparatione ? cum tabellione instrumentum recognoscente nulla fiat comparatio. Itaque ad illum locum Harmen. in regio Codice hoc aliter adnotatum est, *ἡ παρασημείωσις δεῖ ἐξετάσεως, hæc adnotatio eget examinatione*. Quod diximus, solius tabellionis testimonium sufficere, hoc ita procedit, nisi & contractus numeratorem pecuniæ habuerit, & nisi tabellio per ministrum suum instrumentum scripserit. Tabellio semper instrumentum complet, non tamen id scribit semper, sed dat scribendum discipulo: qui si superstes fuerit, & numerator pecuniæ, hi etiam interrogandi sunt una cum tabellione, ut fides addatur instrumento publico sine comparatione. At tabellione mortuo, tum literarum tabellionis comparatio-

ne

ne utemur, si dubitetur de scriptore instrumenti; sed sola non sufficiet, si testes superstites sint, vel numerator pecuniæ, vel à manu tabellionis, nam & hi sunt interrogandi, sola comparatio sine his adminiculis fidem non addet instrumento. Est hæc sententia *Novell.* 73. quæ eo distat ab hac l. quod ea agit de instrumento vel de instrumenti solemnitate, cujus fides comparatione alterius scripturæ confirmatur: quam solemnitatem exigit in civitatibus tantum, & in contractibus, qui excedunt libram auri. Nec ea Novell. abrogat legem ultim. *sup. si cert. pet.* ut ibi diximus. In hac a. l. agitur de instrumento, cujus comparatione alteri fides adjungitur; in ea Novel. exigit Justinian. ut & is, qui profert instrumentum, & is, qui id comparatione approbari postulat, uterque juret de dolo, & de calumnia: In hac a. l. exigit, ut collatores etiam literarum, quorum interventu, & arbitrio fit literarum collatio, ut scrinarii, præfectiani, urbaniciani, & magisteriani, & omnium judicum apparitores: hi erant literarum peritissimi, edebant namque omnia acta, & excipiebant, conferebant etiam scripturam cum scriptura, quoties de fide cujusdam in judicio dubitabatur. Hi, inquam, collatores scripturarum debent jurare se nec sordidè, nec inimicè, nec gratiosè quicquam in ea re admissuros, sed ex bona fide se literas collaturos, & quod videbitur judici relaturos. Et addit in h. l. ut hæc constitutio servetur in omnibus judiciis, in judiciis præfecti prætorio, in judiciis magistri officiorum, in sacris cognitionibus, in sacris scriniis, puta memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum, ut scilicet in eis non fiat literarum comparatio, nisi eo, quo constitutum est modo. Accurs. inquit, scrinio, id est, pectore, scrinia sunt κιβώτια, ἀρχεῖα, *l. omnium, inf. de test.* quam citat: ait Imperator se habere jus omne in scriniis, memoriæ puta, & dispositionum, quæ sunt veluti ἀρχεῖα, & quædam tabularia principis. Sunt & multa alia errata Accurs. primum, putat alia esse forensia instrumenta, alia publica: hoc falsi arguunt tres dictæ Novell. idem enim sunt: nam licet dicat hæc l. Forensibus, vel publicis, non ideo est ea constituenda differentia: vel enim est sæpe ἑρμηνευτικόν, ut in *tit. de opt. vel elect. legata*. Errat etiam, dum putat in agris & in contractibus non excedentibus libram auri secundum Nov. 73. duos testes sufficere: unde enim hoc sumpsit? imo vero & in contractibus non excedentibus 50. libras duo sufficiunt, vel potius nulli exiguntur, *l. ult. sup. si cert. pet.* & sola comparatio fidem faciet, si fides instrumenti in dubium vocetur, etiamsi desint testes. Et hæc est mens Novell. 73. Errat etiam Accurs. dum putat Novell. 49. abrogare hunc locum hujus *l. Licet in semetipsum aliquis chartam proferat*. Merito reprehenditur à Paulo Castrensi: nam in ea Novel. ponuntur tantum speciales duo casus, & exceptiones, quas supra dixi. At non abrogatur. Verum ea Novella ait, se corrigere hanc l. nominatim, sed qui excipit, & aliquid supplet, corrigere dicitur: & hoc sensu etiam prætor emendat jus civile, dum quid supplet, *§. 1. Inst. de bon. poss.* Errat etiam, dum putat privatum cum publico, vel publicum cum privato conferri non posse, sed privatum cum privato, publicum conferri cum publico; verior est sententia Joannis, ut possit & publicum cum privato conferri, & privatum cum publico, in quo sit subscriptio ejusdem manus: idque hæc etiam l. significat. Postremo errat, dum putat Novell. 73. quæ scilicet exigit, ut juret is, qui postulat comparationem fieri, id tolli per *Nov.* 49. aut pugnare cum *§. ult.* quia initio litis id semel jurari satis habet. At de alio genere jurisjurandi agitur in Novel. 49. quo scilicet quis jurat initio litis se probationes ab adversario non petiturum differendæ litis causa. Et dicitur jusjurandum dilationis: id initio semel præstari satis est. Alia est forma jurisjurandi, quod jurat is, qui comparationem fieri petit: nam non solum de calumnia jurat, sed etiam de dolo, id est, se nihil dolo fecisse in eo instrumento, quod ad comparationem profert, & iis similia quædam diximus in *l. 9. sup. de reb. creditis*. Exigitur eodem modo speciale quoddam jusjurandum de calumnia in specie legis ult. hic, quod Accurs. eo loco mutari non putat Nov. 49. propterea quod illa Nov. loquitur de civilibus causis. In specie l. ult. id jusjurandum præstari putat in causa criminali. Hoc totum est vitiosum: nam in specie l. ult. non præstatur jusjurandum in causa criminali. Item ex Novell. 49. jusjurandum, quod requirit l. ult. hodie non requiremus: initio enim semel præstitum sufficiet: id ex specie l. ultimæ constabit.

Ad L. ult. Cum quidam instrumentum *protulerit, vel aliam chartulam, eique fidem imposuerit, postea autem persona, contra quam ista chartula, vel instrumentum prolatum est, quasi falsum hoc constitutum redarguere nitatur: ne diutius dubitetur utrum necessitatem ei, qui protulit, imponi oporteat repetita vice hoc proferre, an sufficiat fides jam approbata: sancimus, si quid tale eveniat, eum, qui petit iterum eam chartam proferri, prius sacramentum præstare, quod existimans se posse falsum redarguere, quod prolatum est, ad hujusmodi veniat petitionem. Quid enim si cum nosset deperditam esse chartam, vel forte concrematam, vel alio modo deminutam, hanc requiri adsimulans, & ad difficultatem productionis respiciens, hujusmodi faciat petitionem? Et postquam hoc ab actore, vel petitore fuerit juratum, & inscriptionum pagina apud competentem judicem deposita: tunc necessitatem imponi ei, qui protulit chartam, de qua quæritur, iterum eam apud judicem criminis proferre, quatenus possit apud eum crimen falsitatis ventilari. Sin autem dicat non esse sibi possibile eam ostendere, quia per fortuitos casus hujus copia ei abrepta sit: tunc subeat sacramentum, quod nec habeat eandem chartulam, nec alii eam dederit, nec apud alium voluntate ejus constituta sit, nec dolo malo fecerit, quo minus appareat ea, sed re vera ipsa chartula sine omni dolo sit deperdita, & productio ejus sibi impossibilis sit: & si tale subeat sacramentum, ab hujusmodi necessitate relaxetur. Quod si prædictum jusjurandum subire minime maluerit: tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires adversus eum, contra quem prolata est, sed sit penitus evacuata. Neque enim ulterius pœnam produci contra eos, qui non juraverint, volumus: cum forsitan quidam subtili reverentia teneti, nec verum sacramentum præstare patiuntur. Eandem autem copiam ei præstamus, donec causa apud judicem ventilatur. Si enim jam plenissimum finem accepit, & neque per appellationem suspensa est, neque per solitam retractationem adhuc lis vivere speratur: tunc satis durum est hujusmodi querelæ indulgeri: ne in infinitum causæ retractentur, & sopita jam negotia, per hujusmodi viam iterum aperiantur, & contrarium aliquid nostro eveniat proposito. Datum v. Kalend. Mart. Lampadio, & Oreste vv. cc. Conss.*

QUæstio hæc est. An instrumentum, quod quis semel in judicio approbavit sine controversia, postea ab adversario quasi falsum impugnari possit: & constituitur in hac l. ut possit. Et ideo ejus instrumenti productionem iterum fieri debere, postulante adversario, præstito jurejurando de calumnia, se non petere instrumenti iterum productionem fieri, vexandi adversarii, & negotii differendi causa, & inscriptione in crimen falsi facta. At quid fiet si is, qui jam instrumentum semel protulit, dicat se nunc id amisisse? Si juraverit se amisisse, judex sequetur fidem semel instrumento datam: sed si id nolit jurare, quod dicit se amisisse, fides abrogabitur instrumento quasi falso, ipse tamen pœnam falsi non sustinebit. Potuit enim superstitione quadam imbutus nolle jurare. Et ideo liberatur, & excusatur à pœna falsi: cæterum instrumento fides abrogatur. Et hæc ita procedunt pendente lite: nam finita lite nemo cogitur producere iterum instrumenta litis finitæ. Finitur autem lis sententia, si ap-

pellatione suspensa non sit, vel retractatione, quæ loco appellationis est, *§. pen. Novel. 82. de judic.* Atque set ractatio est accipienda in fine hujus legis: jungitur enim appellationi, quia est ejus loco. Atque ita etiam in *l. ult. inf. de tempor. appellat. §. illud etiam*. Quæ traduntur initio de appellatione, deinde trahuntur ad retractationem, quæ illius est loco. A sententia præfecti prætorio non est appellatio: retractatio est ex principis rescripto. Nunc sic dico: lite per appellationem, vel per retractationem suspensa, adhuc quis cogitur instrumentum semel judici probatum, quod nunc dicitur falsum, iterum judici exhibere: lite autem appellatione, vel retractatione non suspensa, non cogitur iterum proferre, quia lis est finita: Poterit tamen accusari falsi, etiam post finem litis: si doceatur falsarius in lite usus falso instrumento, non ideo statim lite finita aget ex integro, nisi probetur judicem falsi instrumenti fidem secutum, dixisse sententiam, ut ostendi in *tit. si ex fals. instr. &c.* Denique post sententiam, appellatione, vel retractatione non suspensam, non cogitur quis instrumentum iterum producere, potest tamen accusari falsi, & ita recte Cynus conjungit hanc l. cum *d. tit.* rejectis duabus Accursii interpretationibus. Idem etiam Accursius male putat hic jusjurandum de calumnia præstari in causa criminali: præstatur enim ante accusationem falsi ab eo, qui petit instrumentum iterum exhiberi: ergo præstatur nondum cœpta criminali causa coram judice civili. At vero nunquam legitur, in criminali causa jusjurandum de calumnia præstari: nam inscriptio sufficit: hæc alligat talioni, & calumniam satis coercet, & cohibet, & continet. Hæc fuit sententia Martini, à qua male discedit Acc. *l. 1. sup. de jurejur. propt. cal. &c.* Nec moveor constitutione quadam Imperat. Henrici secundi dicti Claudi, quæ extat in *lib. 2. legum Longobard. tit. de advoc. &c.* Et de ea etiam loquitur Honorius in *cap. 1. de juramento calum.* verum ea constitutio non dicit clericos neque in civili re, neque in criminali causa jurare de calumnia, sed nullo modo eis licere in causa jurare. Et Martiani constit. quem Henricus & Honorius appellant Marcum in *l. cum clericis, sup. de episc. & cler.* quæ lex loquitur de clericis Constantinopolitanæ urbis: illam inquam l. Martiani ad omnes omnium civitatum clericos pertinere constat. Hæc est sententia illius constitutionis. Itaque nullus est locus, qui dicat jusjurandum de calumnia præstari in causa criminali.



AD TITULUM XXII.

PLUS VALERE QUOD AGITUR, QUAM QUOD SIMULATE CONCIPITUR.

Pertinet etiam hic titulus ad instrumenta. Quælibet res geri potest sine scriptura, nisi aliud convenerit. Hæc est sententia tituli superioris: rerum veritas scripturis obscurari non potest: hæc est sententia hujus tituli: ut igitur per se rerum veritas constat sine scriptura, ita non potest labefactari scriptura simulata: Plus enim valet veritas, quam simulatio; nec plus quicquam tribuitur scripturæ, quam rerum veritas concedat. Cujus sententiæ hic sunt tria exempla. Si emero fundum meo nomine, & in instrumento emptionis uxoris nomen inscripsero, ut fraudarem creditores, vel alia ex causa, dummodo non in fraudem legum. Si ita res gesta sit, mihi competit actio ex empto, & mihi dominium acquiritur, & creditoribus meis hypothechariis ejus fundi nomine datur actio in possessorem hypothecaria: Plus enim valet veritas, quam simulatio: ejus est fundus, qui emit, non ejus, quem scriptum est emisse, *l. 2. & 4. hic*, & quis emerit quæstio est facti, id est, quæ sit rerum veritas, quæstio est facti, cujus definitionem Jurisconsulti non præstant, sed judices. At quid dicemus, si uxoris meæ nomine emero, non meo, & instrumento uxoris nomen inscripsero; mihi autem tacite negotium gessero? Constat etiam hoc casu idem juris esse ex Justiniani edicto 7. *Forma Pragmatica de argentariorum contractibus, §. penult.* Et hac de re plenius dicemus in *l. multum, inf. si quis alteri, vel sibi*: Nam hic casus proprie non pertinet ad hunc titulum, cum res gesta videatur consentire cum scriptura: Nam & emit uxoris nomine, & ejus nomen inscribit. Alterum exemplum est ex l. 3. hic. Simulata emptione facta pignoris gratia, pignus valere, emptionem non contrahi. Et ideo pretii petitio non est, cum aliud sit actum, aliud scriptum, id est, contractum, pignus, emptio scripta, & sic in *l. cum ea, quæ, sup. de transaction.* simulata emptione transactionis causa facta transactio valet, emptio nulla est. Tertium exemplum est ex *l. ult. hic*, cujus species est: rem meam, quam tibi mandaveram ut locares Titio, contra fidem mandati eam Titio vendidisti, instrumentum venditionis conscripsisti: Ego instrumentum venditionis quasi locationis subscripsi per errorem. Lex ait neque venditionem esse contractam, quia ego vendere nolui: neque locationem, quia Titius conducere noluit: nec subscriptio plus valet, quam voluntas mea, & rerum veritas. Verum est, me noluisse vendere, & ideo falso scriptum est me vendidisse. Et ob id vocat instrumentum falsum. Igitur hæc scriptura nil valet, rerum veritas potior est; quæ tamen non efficiet, ut videatur ulla contracta obligatio, cum nec in venditione, nec in locatione uterque consenserit. Ego locare volui, Titius noluit conducere. Et ita dissensus noster impedit utrumque contractum: scriptura simulata non conciliat voluntates nostras diversas. Unum est in l. ult. notandum. Haloander ita legit, *subscribenti non relecto, sed fidem habenti suasis*: vulgo aliter: & rectius: mutandum tamen illud *subscribenti*, & legendum, *subscribere te*, deinde, *non relecto, sed fidem habenti*: id autem dictum est Græcorum more. Nam est repetendum illud: *Tibi scilicet non relicto, sed fidem habenti*, id est, cum relegisses instrumentum. Terent. ait. *Non sit peccato mihi ignosci, æquum*. Cicero: *tui errato nulla venia, ei recte facto*, id est, erranti & recte facienti.



AD TITULUM XXIII.

DE COMMODATO.

Incipiamus à definitione. Commodatum est, si quis rem suam alteri gratuito utendam dederit, certo fine modove eandem recepturus. A Græcis dicitur χρῆσις, ab usu: à Latinis commodatum, à beneficii gratia, *l. in commodato, §. sicut, ff. com.* Qui locat, rem quoque suam utendam dat, sed mercede, non gratuito, *l. si ut certo, §. nunc videndum, commod.* Qui dat mutuum, rem suam quoque utendam dat, sed aliam ejusdem generis, non eandem recepturus, *l. 2. in princip. D. de reb. credit.* Agrœtius Grammaticus: *commodamus amico pro tempore rem, hanc ipsam recepturi*: Præterea qui precario dat, rem quoque suam utendam dat: sed non certo fine modove, nam precarium repetitur quoties libet, *l. 2. ff. de prec.* At commodatum non repetitur nisi tempore expleto vel modo: Precarium quotiescunque libet. Sic recte Isidorus 5. *Etymol.* inquit, *commodatum est id, quod juris nostri est, & ad alios temporaliter translatum est*. Et ita in specie *l. 2. hic*. Temporalis ministerii causa ancilla commodatur, & ministerio finito est actio commodati, qua qui agit, probare debet commodatum, quod allegat, secundum regulam juris exigentem ab actore probationem; & in *l. 3.* alteri res datur pignoranda, id est, commodatur, ut in ea causa sit, quoad ille creditorem suum absolverit, & ita certo modo certove fine datur, quo expleto, id est, absoluto creditori est

actio

actio commodati. Hæc indicant, quid sit commodatum, & quid à similibus negotiis distet. Nunc restant duæ quæstiones, quarum prima est, an in actione commodati sit locus compensationi. Quod negat lex ultima hic. *Prætextu debiti*, id est, sub obtentu compensationis debiti ex alia causa *restitutio commodati non probabiliter recusatur*. Ergo ait, agenti ex causa commodati compensationem opponi non posse. Id vero Accursius in hunc modum accipit, si debitum, cujus compensatio allegatur, non sit certum, & liquidum. verum quidem est, debiti non liquidi compensationem non fieri, *l. ult. inf. de compensat.* Sed unde hoc colligit Accursius in specie L. ult. debitum non fuisse liquidum? An id colligit ex his verbis, *prætextu debiti*? quia ex aliis non potest, quasi autem significetur his verbis fictum & incertum debitum. Eadem verba, *prætextu debiti*, sunt in *l.1. inf. de nund. & l. 3. sup. ne fiscus, vel respub.* ubique significant certam debiti causam, seu supponunt certam: hoc nihil est apertius. Itaque illis verbis Accursii sententia nullo modo juvatur. L. ult. autem non negat compensationem fieri ratione debiti, quod compensatur; sed ratione commodati: commodati hanc esse naturam, ut petenti protinus restitui debeat, nec jure compensationis retineatur: hæc est sententia l. ult. Hoc tamen videtur falsum. Nam excepta est sola causa depositi, *l. ult. de compensat. l. ult. inf. Depos.* Sunt illæ leges Justiniani, sed ante Justinianum idem obtinuit, ut indicat Paulus *2. sentent. tit. Depositi*. In omnibus aliis actionibus compensationi locus est. Excipitur sola causa depositi: causa commodati non excepta est. Hoc plus habeat depositi actio, quam cæteræ, licet sunt bonæ fidei: Nam ut actiones strictæ non eodem modo omnes censentur, id est, pari jure stricto, *ut tit. de cond. ind. sup.* diximus: ita actiones bonæ fidei, bonam fidem aliæ aliis ampliorem exigunt, nec eodem jure censentur omnes, id est, æquitate pari. Bona fides est, depositum reddere: bona fides est, commodatum reddere: Hoc si non facias, non est actio famosa: Illud si non facias, actio est famosa, id est, actio commodati non famosa: depositi est. Turpe est, depositum non reddere: turpe non est commodatum non reddere. *Aristot. in prob. sec. 19.* Item depositorum ratio anteponitur privilegiis, id est, prius solvi oportet deposita, quam veniatur ad creditores privilegiarios, *l. si hominem, §. ult. ff. depos.* Item chirographis depositorum non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, vel non depositæ rei, *l. in contractibus, inf. de non num. pec.* Hæc omnia sunt in deposito singularia. Denique depositum est optimæ fidei, id est, ampliorem bonam fidem exigit, quam cætera negotia. Præterea in actione commodati compensationi locum esse verum est, non tantum si id compensetur, quod contraria actione commodati commodatarius, cum quo agitur, consequi potest, *l. in reb. §. ult. commod.* sed etiam si id compensetur, quod ex qualibet alia actione commodatario debetur, *l. Lucius, ff. Mand.* quæ lex ostendit, agenti commodati, obiici petitionem mutuam, quod plane est compensare, *l.1. inf. rer. amot.* Conclusio igitur hæc sit. In actione commodati locum esse compensationi, sicut in cæteris; exceptam esse solam actionem depositi. Quid igitur dicendum ad legem ult. hujus tituli? Ego nunquam cogitavi in l. ult pro, *commodati*, esse legendum, *commendati*, quod titulus non permittit, sed dixi hanc legem esse notandam quasi Triboniani & cæterorum compositorum erratum, in quorum manus incidit hæc constitutio, corrupte habens, *commodati*, pro, *commendati*. Et ideo non animadverso mendo, eam sub hoc titulo posuerunt, quam, mendo sublato debuerunt ponere sub *tit. Depos.* In quo etiam tit., sunt duæ leges eorundem Imperatorum de commendato, *l. 6. & 9.* in quibus quidam codices perperam etiam habeant *commodatus*, pro *commendatus*: commendatum nil est aliud quam depositum. *Ambr. lib. de Tobia, cap. 11. Commendatum est depositum, quod custodiatur causa alicuius commissi. Isidorus 5. Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum.* Nil igitur in hac lege muto, quia titulus non patitur: nil muto, quia locum non commuto. Errorem Triboniani, & pravam collocationem indico. Altera quæstio est, quid veniat in actionem commodati, utrum dolus, an & culpa, & omne periculum? id est, damnum fatale, casus fortuitus. Idem quæri solet de omnibus contractibus, & nos specialiter etiam in singulis de ea tractabimus. Contractibus aliis inest tantum doli præstatio, ut deposito, & precario, propriis rationibus, quas mitto. In his duobus contractibus dolus tantum præstatur: aliis vero contractibus inest præstatio doli, & culpæ, ut mandato, commodato, pignore, vendito, locato. Item doti, tutelæ, gesto, societati, rerum communioni. In his contractibus venit dolus, & culpa; imo in his contractibus quidam exigunt etiam diligentiam. Hoc additur in *l. contractus, ff. de div. reg. jur.* ubi diligentia plus significat, quam custodia. Nam diligentia illo loco est plenissima custodia, exactissima diligentia, quod etiam alii loci confirmant, *l. 2. de peric. & com. rei vend. l. si ut certo, §. custodiam, ff. commod. l. 6. de administ. rer. ad civit. pert. l. cum res, §. penul. de loc.* Addendum etiam, dolo opponi bonam fidem; culpæ autem custodiam, & diligentiam. Culpa autem nil aliud est quam negligentia, & desidia. Et quot sunt diligentiæ gradus, consequenter tot etiam sunt culpæ, id est, negligentiæ. Est diligentia, quædam vehementissima, vel quasi diligentiæ redundantia, & delatoria curiositas, *l. 6. ff. de jur. & fact. ignor.* Ex adverso est culpa levissima, *l. in l. Aquilia, ff. ad l. Aquil. l. homo lib. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Est diligentia quædam media: & ex adverso culpa levis. Est diligentia quædam minima, & pene nulla: & ex adverso, culpa lata seu latior, quæ dolo comparatur: quam præstant qui & dolum præstant *l. quod Nerva, ff. depos.* quæ l. proprie pertinet ad tit. *de mag. conv.* id est, ad actionem in factum, qua tenentur magistratus municipales ob dolum, & culpam: & ei est conjungenda *l. 11. ff. de probat. & l. in magistratus, ff. de magist. conven.* Diximus inter eos contractus, qui supra enumerati sunt, quosdam exigere diligentiam exactissimam, scilicet hi sunt quatuor, commodatum, mandatum, tutela, gestum. Ergo in his quatuor contractibus levissima culpa præstatur: quia exigitur vehementissima diligentia, id est, diligentissimi patrisf. diligentia in servando commodato, & exequendo mandato, aut negotio alieno gerendo, & in tutela gerenda. In aliis contractibus præstatur tantum levis, & media culpa, excepto deposito, & precario, in quibus dolus tantum præstatur, & culpa dolo proxima, id est, lata, nimia, dissoluta. In omnibus contractibus præstatur dolus, & lata culpa, in nullis præstatur periculum, id est, fatum, nisi ita convenerit, *l. 1. hic.* Commodatarius non præstat periculum, nisi ea lege rem utendam acceperit, aut nisi res æstimatæ sint datæ: æstimatio periculum fecit accipientis. Ideo re perempta vi majore, debet æstimationem præstare, quia & tacite id convenisse videtur æstimatione, *l. si ut certo, §. commodatum, ff. commod.*



AD TITULUM XXIV.

DE PIGNERATITIA ACTIONE.

Ad L. I. Fructus ex pignore *percepti imputantur in sortem: & si sufficiant ad totum debitum, solvitur actio, & redditur pignus. Quod si fructus debitum excedant, superflui redduntur, videlicet mota actione pigneratitia. PP. Idib. Octobr. Apro, & Maximo Conss.*

Ad L. II. Quod ex operis ancillæ, *vel ex pensionibus domus,*

quam pignori detineri dicis ; perceptum est : debiti quantitatem relevabit . Dat. Cal. Octobr. Antonino 5. & Alexandro Conss.

Ad L.III. Creditor, qui prædium *pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet : & si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur. PP. 6. Id. Decemb. Antonino 5. & Alexandro Conss.*

PIGNUS aut re constituitur, aut pacto *l. 1. ff. de pign. action.* Quod re constituitur pignus, depositum dicitur, apud creditorem scilicet, *l. servus cujusdam, ff. de condict. indeb.* Pignori deponi, inquit, & apud Paulum 2. *lib. Sentent. t. 4. de commodato, & pignore deposito : & tit. 5. pignus depositum : & libro 5. Sentent. tit. 26.* dicitur etiam poni in *dict. l. servus, & l. petenti, ff. de pignerat. act.* & supponi in *l. creditor* 2. *hic* : & opponi ab aliis auctoribus. *Juvenalis Satyra* 11. *Lancibus oppositis*, id est, pignori datis. Pignus autem, quod pacto constituitur, non deponitur, & hypotheca dicitur proprie : Ex eo autem pacto nascitur obligatio contra regulam juris, sed excipitur pactum, quod jure civili, vel honorario confirmatur. Hoc pactum de pignore jure honorario confirmatur, *l. si tibi, §. 1. ff. de pact.* Et ideo recte in *l. major, inf. de pig. Pactum*, inquit, *vel jurisdictio obligationem constituit*, quasi diceret, pactum de pignore, non vi sua, sed ex jurisdictione, id est, edicto prætoris obligationem parit : sic dicendum de lege contractus, id est, de pacto contractui addito ex continenti : Pactum scilicet, vel contractus obligationem parit : hypotheca jure prætorio constituitur, & ideo nulla est hypotheca, si ejus persecutio à prætore denegetur, cum tamen ususfructus jure civili constitutus maneat, etiamsi ejus persecutio à prætore denegetur, *l. 27. ff. de nox. act.* De utroque autem genere pignoris competit actio pigneratitia, seu hypothecaria, quæ est in rem. Pragmatici pessime sentent, eam esse in personam : inde exsiltunt multæ injuriæ in foro. Hypothecaria actio in rem, *l. pignoris, inf. de pignor.* Et ne quis hoc calumnietur, personam non obligat, *l. 2. infr. si unus ex pluribus, &c.* De hoc autem genere pignoris, id est, de hypotheca, & de actione hypothecaria non agitur in hoc titulo : sed de pignore, quod re, & traditione constituitur, & de alia actione pigneratitia, quæ est in personam, cum illa sit in rem, quæ dicitur hypothecaria, atque etiam pigneratitia. Et ita duplex est pigneratitia, una in rem, altera in personam, de qua est hic titulus. Sunt & aliæ differentiæ. Ea, de qua hic agitur, est bonæ fidei : illa est stricta : hæc est civilis : illa est prætoria : hæc datur debitori, pignoris recipiendi causa, illa datur creditori, pignoris vindicandi causa. Rursus, hæc soluta demum pecunia omni nascitur : illa soluta pecunia perimitur. Item hæc appellatur pigneratitia semper, hypothecaria nunquam : illa & pigneratitia, & hypothecaria dicitur, quia competit de utroque genere pignoris. Præterea hæc, de qua est hic titulus, hoc unumdumtaxat nomen habet, & vocatur pigneratitia : illa dicitur & pigneratitia, & hypothecaria, & Serviana, & utilis Serviana, & quasi Serviana, *l. 16. de pign.* Pignus igitur, de quo hic agitur, ita definiamus. Pignus est contractus, quo quid creditori obligatur translata possessione, ut in ea causa sit, quoad debitum exsolvatur. Contractus est, *l. contractus, ff. de reg. jur. l. 1. in fin. ff. de pact.* qui transfert possessionem pignoris, *l. cum & sortis, §. ult. de pign. act.* soluta omni pecunia, redditur debitori per hanc actionem pigneratitiam, *l. si rem, §. omnis, ff. eod.* Hypotheca est etiam pignus, sed pactum, non contractus, ejus possessio non transit in creditorem. Fiducia item est pignus, sed ejus dominium transit in creditorem : cum pignoris non transeat in creditorem, nisi sola possessio. Arra etiam est pignus : sed ejus quoque dominium in accipientem transit, non sola possessio, & plerumque imputatur arra in pretium, *l. ult. ff. de lege commiss.* Inde *Isidorus in 5. Arra*, inquit, *non auferenda, sed complenda est. Unde qui habet arram, non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem.* Pignus vero in debitum non imputatur, sed solvenda est integra pecunia, tum deinde redditur integrum pignus. At de fructibus pignoris videamus, an in debitum imputentur : hæc enim est prima quæstio hujus tituli. Et placet fructus pignoris imputari in sortem debitam, vel in usuras, si quæ debentur, non tantum, inquam, perceptos fructus, sed etiam percipiendos, *l. 1. inf. de distr. pign. l. creditor, & l. ult. hoc tit.* Et hæc est sententia *l. 1. hic*, quæ desideratur. Haloander inscriptionem, & subscriptionem restituit, sententiam restituam ex *lib. 25. Basil. tit. 1.* quæ etiam extat apud Harmenopulum *lib. 3. Epitom. tit. 5.* Hæc autem est brevis, ut fructus ex pignore percepti imputentur in sortem debitam, & si adæquaverint sortem, ut dissolvatur obligatio, & pignus reddatur. Quod si fructus superent debitum, ut superflui reddantur, nihil est præterea in *l. 1.* Similiter idem est proditum in *l. 2.* quam vulgo faciunt 1. de oper. ancillæ pig. depositæ, ut sorti imputentur, vel consumant, si tanti sint. Idem de pensionibus ædium pignori depositarum. Rursus idem de fructibus traditur in *l. 3.* quam vulgo faciunt 2. Itaque tres primæ leges hujus tituli videntur esse eadem de re, id est, de iis, quæ sorti imputantur, continent tamen diversa : Lex 1. est de fructibus perceptis, ut imputentur sorti, & de fructibus exsuperantibus sortem, ut reddantur. Lex 2. est de operis, & pensionibus, quæ accipiuntur pro fructibus, & ideo imputantur etiam, *l. prædiorum, ff. de usur.* quæ lex est explicanda ex *l. 8. ff. de reb. auct. jud. pos.* quæ est ex eodem libro. Tertia autem lex est de fructibus percipiendis, de quibus nil est in superioribus, ut fructibus, quos creditor percipere non curavit, etiam illi in sortem imputentur, perinde ac si percepisset. Additur etiam in tertia, ut pignore à creditore deteriore facto, damni ratio habeatur in actione pigneratitia, qua de re est etiam *lex creditor* 2. His una exceptio addenda, pignoris fructus, & quæ pro fructibus habentur, imputari in sortem, vel usuras debitas, nisi aliud convenerit, puta ut fructus vice usurarum creditor retineat, quæ conventio appellatur *ἀντίχρησις* in *l. si pecuniam, ff. de pig. act. l. si is, qui bona, §. 1. ff. de pign.* Finge : debes mihi certam summam, usuras non debes, non sum eas stipulatus, nec pepigi quidquam de eis accepi pignus : si percepi fructus, minuent sortem, nisi dixeris *ἀντίχρησιν* factam tacite, vel expressim. Nam jure *ἀντιχρήσεως* fructus usurarum vice retinebo, & de hac pactione etiam agitur in *l. si ea pactione, l. si ea lege, l. ex prædiis, inf. de usur. l. servus, inf. quod cum eo*, & Novel. 32. Ubi ostenditur cum agricola non licere facere *ἀντίχρησιν*, ut fructus cedunt usurarum vice, cum scilicet pignus accipitur à rusticis : cum eis facta *ἀντίχρησις* non valet. Ex hac autem pactione, ait Martianus in *dict. l. si is, qui*, creditori solere dari actionem in factum. Itaque dici solet de lege emptionis, ex ea dari actionem in factum præscriptis verbis. Sed sicut etiam datur actio ex empto, nec necessaria est actio præscriptis verbis : Ita potest rectè tentari ex *ἀντιχρήσει* creditori dari pigneratitiam actionem, quod Azo tradidit. Nam & debitori de antichrisi pigneratitia datur, *dict. l. si pecuniam*. A pigneratitia actione recte argumentamur ad hypothecariam, *l. 1. si aliena res pig. data sit*. Quo argumento ostendo, re aliena pignori data creditori, dari hypothecariam in debitorem, vel extraneum possessorem : Nam & debitori datur pigneratitia, *l. si rem alienam, §. 1. l. si pign. §. si prædo, ff. de pignor. act.* Addendum pacta antichrisi, & postea facta oblatione sortis à debitore, ex eo tempore fructus antichriseos imputari in sortem. Et hanc esse sententiam *leg. ex præd. inf. de usur.* Cæterum percepti ante moram credito-

ditoris, id est, ante oblationem debitoris cedunt creditori usurarum vice, vi pactionis, nec sortem minuunt. Id etiam non est omittendum, antichrisin fieri tacite, vel expressim, quæ sententia est *l. cum deb. D. in quib. caus.* Quidam hoc non intelligens, sensit in *d. l. cum deb.* esse addendam negationem, quod non tradidisset, si inspexisset titulum, sub quo illa lex est posita: Nam tit. ostendit in *l. cum debitor*, poni exemplum taciti pignoris, id est, tacitæ *ἀντιχρήσεως*. Finge: pecuniam credidi gratuitam, id est, sine usuris, nulla usurarum mentione facta, & domum accepi pignori. Id videtur actum, ut domum mihi traditam possim inhabitare, & ea uti, eamque locare, nec reputabo hunc fructum in sortem, sed mihi retinebo usurarum vice, & ita tacite contrahitur antichrisis. Idem est si agrum traditum pignori accepero. Nam id actum videtur, ut fructus capiam, & mihi habeam quoad pecunia solvatur. Hoc ea l. addit, me fructus retenturum ad legitimum modum usurarum, non ultra modum: quod erit ultra, veniet in actionem pigneratitiam. Dices, quid prodest nominatim pacisci antichrisin, si tacite videtur pacta? ut scilicet fructus capiantur vice usurarum, etiam supra modum, quæ pactio admittitur propter incertum fructuum eventum. E ideo si hoc anno fructuum emolumentum excedat usurarum modum, non ideo minus omnes retinebuntur: quia fieri potest, ut sequenti anno paucissimi fructus colligantur, itaque ea pactio admittitur, *l. si ea leg. inf. de usur.* At tacita antichrisis non excedit modum usurarum. Dices etiam, creditor non potest uti pignore: furtum facit si eo utatur, *l. si de pign. D. de fur.* Id non est semper verum. Nam potest uti pignore ex pactione, imo & sine pactione, ut si ager pignori ponatur, etiamsi nil dictum sit, potest fructus percipere. Imo si non percipiat, tenetur. Idem in ædibus, ut eas possit inhabitare, & locare, & ita utifrui. Cæterum si vestis detur pignori, eam non potest usu deterere: Et ita si utatur, furtum faciet. Summa est. Quoties usu rem deteriorem facit, furti tenetur, alioqui tantum abest, ut non possit uti frui, ut ei imputetur si non utatur fruatur re pignori data.

Ad L. IV. Pactum vulgare, *quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, pignori vel hypothecæ data vendere liceret: non adimit debitori adversus creditorem pigneratitiam actionem.*

IN hac lege 4. hoc ostenditur: si id actum sit lege pignoris, ut si ad diem pecunia soluta non sit, creditori liceat pignus distrahere, hoc pacto non adimi debitori actionem pigneratitiam adversus creditorem, quia sive creditor pignus non vendiderit, debitori post diem soluta pecunia integra est act. pigneratitia, ut creditor sibi pignus reddat, sive vendiderit, ut reddat quod pluris vendiderit. Nam illa lege hoc non agitur ut creditor oblatam pecuniam recipere non cogatur, vel ut pignoris distracti pretium sibi habeat pro solido, sed vel ut solvatur pecunia, vel pignus communi jure distrahatur. Eadem est ratio hujus pacti, si ad diem pecunia soluta non sit, se creditori pignore cessurum, vel se pignus in solutum daturum. Nam etiamsi ita convenerit, debitor post diem potest offerre pecuniam, & agere pigneratitia, nec cogitur pignus cedere, vel dare in solutum, paratus si sit solvere pecuniam, *l. 1. inf. de pact. pig. l. quamvis, ff. de sol.* Longe alia est ratio hujus pacti, quod sequitur, si ad diem pecunia soluta non sit, ut emptionis jure pignus creditor possideat, justo pretio æstimandum: Nam hoc casu post diem debitori non est integrum offerre pecuniam, & pigneratitia agere, quia existit conditio emptionis, cum non solvit ad diem. Fuit ab initio contracta, ac perfecta conditionalis venditio. Venditio solo consensu perficitur. Fuit autem perfecta, maxime cum conditio existit, quæ retrotrahitur. Cessio autem, vel datio in solutum non perficitur solo consensu: nam hæc perficiuntur traditione, quæ antequam intervenerit, debitori est integrum pecuniam offerre, nec cedere cogitur, vel in solutum dare. At non est res integra, si sub conditione vendiderit, & exstiterit conditio. Ideo post conditionem offerendo pecuniam nil agit, *l. si fundus, §. ult. ff. de pign. l. Titius, ff. de pign. act.* At quid dicemus si ita convenerit, ut si ad diem pecunia non solveretur, creditor pignoris dominium obtineret? Hæc pactio dicitur fiducia, & lex commissoria, quæ quidem lex valet in venditionibus; puta ut ad diem pretio non soluto, res fiat inempta, & committatur venditori; quanquam ea lex etiam in venditionibus non valde placebat Imp. Anton. *l. Æmil. ff. de minor.* De ea intellexit Cicer. in lib. 12. ad Att. loquens de Castris. Quod ait, *si assumtum est ut ipse mancipia abducat*: lex commissoria dat jus venditori abducendæ rei venditæ, pretio ad diem non soluto. At in pignoribus hæc lex dominium pignoris creditori non adimit, *l. ult. de pact. pign.* Hoc igitur pacto non adimitur debitori actio pigneratitia. Itaque post diem integrum est ei solvere, & agere pigneratitia pignoris recipiendi causa.

Ad L. V. Si creditor sine vitio *suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Sed si culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet.*

Ad L. VI. Quæ fortuitis casibus *accidunt, cum prævideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei judicio præstantur: & ideo creditor pignora, quæ hujusmodi casu interierint, præstare non compellitur: nec à petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.*

Ad L. VII. Creditor, qui fundos, *& domos pignori, vel hypothecæ accepit, damnum in decidendis arboribus, domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo, vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerit tempore obligationis. Creditori necessarios sumptus, quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.*

Ad L. VIII. Si nulla culpa, seu *segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus non pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora (ut adseveras) à parte diversa possidentur: adversus eum experiri potes.*

Ad L. IX. Pignus in bonis debitoris *permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita; consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, si tamen in horreis, quibus & alii solebant publice uti, res depositæ sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere.*

QUæstio hæc est, utrum in actionem pigneratitiam veniat dolus, an culpa, & omne periculum? quod de singulis contractibus quæri potest. Periculum quidem in actionem pigneratitiam non venit, nisi ita convenerit, *l. 6. 8. & 9. hic.* Et ideo, si creditor posuerit pignora in horreis, in quibus solebant & reliqui cives suas res recondere, & horrea forte deciderint, aut combusta sint, pignora pereunt debitori, nec creditori ideo perit actio creditæ pecuniæ: rursus creditor non tenetur pigneratitia, quia non præstat periculum, seu casum majorem. Sunt varia exempla casuum, ut impetus hostium, aggressura latronum, l. 6. insolitæ nives, incendium, naufragium, & generaliter, quæ prævideri non possunt, & quæ fiunt vi, quadam divina. Hæc creditor non præstat, nisi ita convenerit: dolus, & culpa veniunt in pigneratitiam actionem, levis, non levissima, *l. contractus, de reg. jur. l. 8. hic*, casum periculi, seu amissionis rei pigneratæ creditor probare debet, qui eum allegat, *l. 5. itemque quis ex argentariis, ff. ult. de ed.* Male in eandem rem affertur ab Accursio *l. sicut, de fi. instrum.* Probare autem debet

bet casum creditor manifestis rationibus, *l. 5.* nec satis est, si juret se casu amisisse pignora, nisi in re dubia sit ei delatum jusjurandum ab adversario, aut à judice, quanquam petita productione instrumenti semel producti & probati, satis est si quis paratus sit jurare se instrumentum illud amisisse, *l. ult. de fid. instrum.* nec ei incumbit onus aliarum probationum implendarum. Satis est ex ea l. si se jurare paratum dicat. Interdum creditor casum non allegat, sed debitor allegat dolum, vel culpam, & tum a debitore exigitur probatio. quod tentat Accursius hac *l. 5.* vel etiam ex utraque parte implentur probationes. Ex una quidem parte de casu fortuito: ex altera de dolo, vel culpa: Et judex potioribus fidem adhibet. Id sæpe accidit in litibus, ut ex utraque parte impleantur probationes, *l. fallaciter, de abolit. Nov.* 36. Diximus in actionem pigneratitiam non venire culpam levissimam. Obstat *l. si cum venderet, §. ult. de pignor. act.* quæ ait, ut in commodato, in pignore venire dolum, & culpam, & custodiam, quod etiam adjicitur in *l. sicut, de pignor.* At in commodato venit culpa levissima, ut diximus in tit. sup. Ergo videtur etiam in pignore venire. Sed hoc non est admittendum. Fateor quidem in pignore venire dolum, & culpam, ut in commodato. Nego tamen in pignore venire levissimam culpam, ut in commodato. A commodatario ea exiguntur, quæ paterfamil. diligentissimus, ac accuratissimus solet præstare, *l. in rebus, commod. l. 1. §. is quoque, de oblig. & act.* A creditore autem ea exiguntur, quæ diligens paterfamil. solet præstare. Ita loquitur *l. ea igitur, & l. si pign. §. ult. ff. de pigner. act. §. ult. Instit. quibus mod. re contr. oblig.* Igitur in utroque judicio, commodati, & pigneratitio culpa venit, sed non eodem in utroque modo æstimatur. Illud non est omittendum ex *d. l. 7. hic*, duplicem esse actionem pigneratitiam, directam, & contrariam. Directa competit debitori pignoris recipiendi causa, in qua id etiam venit, quo res facta est deterior dolo, aut culpa creditoris, id est, in ea actione hujus damni ratio habetur. Non dicit l. 7. damni cum debito compensationem fieri, sed damnum in rationem deduci, id est, in pigneratitium judicium, *l. 3. sup.* Et male in quibusdam codicibus additur, debiti, quod est delendum; simpliciter enim legendum, *damnum in rationem deducere*, &c. Sic in Bas. Denique eadem l. 7. quod dixit in rationem deduci, mox ita exponit, ut si dolo, vel culpa creditoris res pignerata deterior sit facta, eo nomine teneatur creditor actione pigneratitia. Est igitur hoc quod ait, *etsi dolo vel cul.* &c. quo loco Accurs. notat aliter legi, *etsi non dolo*, est etiam ea negatio apud Harmen. *lib. 3. tit. 5.* καὶ ἐὰν μὴ κατὰ δόλον. Verum non est in exemplari regio, & rectè. Quodcunque enim contingit non culpa, aut dolo creditoris, eo nomine non competit actio pigneratitia. Contrarium tradit lex 7. si eam negationem addas. Contraria autem actio pigneratitia datur creditori, qua repetit necessarias impensas, ut refectionis, aut curationis, si quæ factæ sint in rem pigneratam, *d. l. 7. in fi.* Et ille unus est hic locus de contraria actione pign. Idem ostenditur in *l. si necessarias, ff. eod.* Competit etiam contraria ex aliis causis in id quod interest, ut si debitor sciens æs, pro auro pignori posuerit, vel si rem alienam sciens, aut alii obligatam, *l. 1. in fi. & l. tutor, §. contrariam, eod.* Et generaliter si debitor in re pignerata malitiose versatus sit, l. 3. & l. 9. in prin. & (ut aliquid in universum tradamus de contrariis actionibus) sciendum est, contractum esse negotium, ex quo mutua obligatio & actio nascitur: Ergò ex contractu nascitur actio ultro citroque, id est, utroque ex latere. At hæc actio vel est ex utroque latere directa, ut in emptione, & venditione, ex empto est directa, ex vendito item, & ex locatione & conductione: Nam ex locato est directa: item ex conducto: item in societate, actio pro socio, utraque ex parte est directa, *§. ex quibusdam, Inst. de pæn. tem. lit.* vel ex uno latere est directa; ex altero contraria, ut in commodato, pignore, deposito, mandato, gesto, tutela: Nam commodator, debitor, depositor, mandator, dominus negotiorum, pupillus, habent actiones directas commodati, pigneratitiam, & similes. At commodatarius, creditor, depositarius, mandatarius, gestor, tutor, habent contrarias, quæ sic dicuntur, quod dantur illis ex diverso, & è contrario, *l. 2. & ult. D. de negot. gest.* Qua ratione etiam actio negatoria de servitutibus dicitur contraria in *l. sicut in prin. D. si servit. vindic.* Vocant Græci *ἀντιθετικὰς τῶν ἀγωγῶν*. Verum cur hoc tam varie? cur in quibusdam contractibus sunt actiones aliæ directæ, aliæ contrariæ, in aliis non item? Directæ actiones vocantur, quasi principales. Sic vocantur in *l. in commodato, §. 1. ff. comm.* unde etiam directo, & principaliter pro eodem, *l. ult. de legat. 3. §. ult. Inst. quod cum eo.* Et actio in rem collata cum actione ad exhibendum appellatur directa, id est, principalis. Ad exhibendum actio est præparatoria, & ita appellatur in *l. 3. §. ib. l. si quis hom. ff. ad exh. l. 1. inf. de crim. expil. her.* Et nomine principali, id est, directo, legati jure, non fideicommissi, *l. 8. C. Theod. de his, qui contra leg. contendunt*, quia commodatarius, mandatarius, depositarius, creditor, gestor, tutor, principaliter, & multo pluribus de causis tenentur, quam commodator, vel depositor, & reliqui, ideo actiones, quæ in illos dantur, dicuntur directæ, & principales: nam actionibus contrariis in his negotiis de indemnitate tantum agitur, & indemnitati tantum consulitur. Qua ratione non etiam sunt famosæ, ut tutelæ, mandati, depositi, directæ, quæ sunt famosæ, at non contrariæ, & in eis etiam in litem non juratur, in directis juratur, *l. furti, in fi. ff. de his, qui not. inf. l. & apud quem, depos.* At pro socio actio vel empti, vel venditi utrinque est directa, quia in his contractibus contrahentium par est conditio, æquæ sunt partes, id est, eisdem fere modis, & nominibus, nec multo pluribus, aut paucioribus unus, quam alter obligatur, sic actio pro socio utrinque est principalis: & actio ex venditione: actio pro socio utrinque est famosa. Quidam putant contrarias actiones dici utiles, & moventur argumento contrariæ actionis tutelæ, quam dicunt vocari utilem in *tit. de cont. tutelæ & ut act.* Id tamen est rejiciendum: Nam in eo tit. duæ proponuntur actiones, non una: una enim est contraria tutelæ, quæ opponitur actioni directæ tutelæ, vel actioni de rationibus distrahendis: Altera est contraria utilis, quæ opponitur utili actioni curationis causa: Nam de curatione quæ competit actio, dicitur utilis negotiorum gestorum, & habet suam contrariam utilem, *ut in tit. de tut. & rat. distr. & uti cur. caus.* Hic tit. est de directis. Alter vero titulus de contraria tutelæ, & utili actione, est de duabus contrariis actionibus, quarum una datur in pupillum, altera in adolescentem, vel in eum, cujus curatio administrata est.

Ad L. X. Nec creditores, *nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, & consignata, & deposita, longi temporis præscriptione muniri possunt: unde intelligis, quod si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium, debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti, vel, si tu teneas, per vindicationem pignoris, hoc idem inducitur, & tibi non erit difficilis, vel solutione, vel oblatione, atque solemni depositione pignoris liberatio.*

Ad L. XI. Pignoria causa res *obligatas, soluto debito, restituere debere, pigneratitiæ actionis natura declarat, quo jure, si titulo pignoris legasti mancipia, per eandem actionem uti potes: nec creditor citra conventionem, vel præsidialem jussionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest.*

Ad

Ad L.XII. Quo minus fructuum, *quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residua debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quo minus solveretur, (oblato, & consignato, & deposito) pignora, quæ in eadem causa durant, restituat debitori: nullo spatio longi temporis defenditur.*

Actio pigneratitia nascitur soluto debito; & datur non tantum de pignore, sed etiam de hypotheca, cujus possessionem creditor nactus est actione Serviana. Ideoque ait *l.4. & 7.* pignori, vel hypothecæ. Nunquam vero dicitur hypothecaria. Et illa hypotheca, cujus possessio ad creditorem pervenit, causam pignoris traditi habet. Datur autem hæc actio pigneratitia possessionis recipiendæ causa, quam non potest debitor sua auctoritate, licet dominus sit, occupare, sicut è contrario creditor rem debitoris pro debito auferre non potest, nisi ex lege hypothecæ, & auctoritate præsidis, *l.pen. hic*. Duo exigimus, pactionem, id est, legem hypothecæ, & præsidis auctoritatem, *l.3. inf. de pig.* Et ideo in *l.pen. hic*, Græci legunt *citra conventionem, & præsidialem jussionem*: quanquam & sola præsidis jussio aliquando sufficiat: verbi gratia, pignore in causam judicati capto. Nec iis, quæ diximus obstat *l. utique, ff. de damn. inf. & l.pen. ff. in quibus caus. pig. contrah.* Nam illæ leges non loquuntur de ablatione, sed de retentione nominatim. Hypothecam illatam in ædes meas possum retinere: & ita quæ invexit inquilinus in meas ædes, si non solvat pensionem, retineo, & recte præcludo. Ex debitoris ædibus hypothecam auferre, & abducere arbitrio meo non possum. Est necessaria præsidis auctoritas, & actio Serviana. Notandum etiam ex *l. ult. hic*, pigneratitiam actionem dari non tantum soluta pecunia, sed & si per creditorem sit factum, quo minus solveretur, quæ verba sunt edicti de pigneratitia actione, ut ait *l.ult. de luit. pig. l. acceptam, de usur.* Qualia verba sint in edicto de constituta pecunia, *l.si duo, §. ait præt. ff. de const. pec.* Et videntur ea verba in edictis fuisse translatitia. Videtur etiam edicto de pigneratitia actione nominatim cautum, ut periculum pignoris spectet debitorem: hoc significat *l.9.* in qua jus perpetuum significat edictum perpetuum, ut in *l.5. inf. de appel.* Quod etiam dicitur forma perpetua, *l.1. inf. ubi pet. tut.* & jurisdictio perpetua, *sup. de rest. mil. l. 2.* Est etiam notandum ex *d. l. ult. hic*, jam natam pigneratitiam actionem, vel jus luendi pignoris, non tolli præscriptione longi temporis, id est, decennio inter præsentes, vel vicennio inter absentes. Nondum erat inventa præscriptio tricennii, nunc ea inventa ab Imp. Theodosio, & in rempublicam introducta: quæstio est an luitio pignoris tollatur præscriptione tricennii, id est, is, qui cessavit per 30. annos in solvendo debito, an post 30. annos admittatur ad luitionem pignoris? & placet Roger. sententia in dial. de præsc. ut luitio pignoris non tollatur tricennii præscriptione: Nam quod dicitur jus omne tolli ea præscriptione, *l.omnes, inf. de præsc. 30. ann.* id est accipiendum de jure actionis, non de jure luitionis, sive reluitionis. Pigneratitia actio non potest tolli, antequam inceperit: atqui non incipit, antequam debitor pignus luat, & repigneret. Pigneratitia actio has habet conditiones, si est soluta pecunia, aut satisfactum; quibus existentibus existit & ipsa, quibus cessantibus cessat & ipsa. Nec recte quis dixerit eam tolli præscriptione tricennii, quod cum debitor potuerit pignus luere, & ita sibi parere actionem pigneratitiam, id omiserit, & cessaverit per annos 30. Nam & filiosamil. ideo non obstat præscriptio temporis longissimi, quod actionem suam non instituerit, cum tamen id à patre facile impetrare potuerit, *l.1. §.ult. inf. de annali præscr. Novell. 22. de secund. nupt.* in eo §. quo disputat de lucris nupt. Debitori igitur non debet etiam obstare præscriptio longissimi temporis, quod interim non sol-

A verit; nec enim solutio debiti facilis est. Et hanc Rogerii sentent. sequitur Harmenopulus *lib. 3. tit. 5.* dum ait, creditorem, vel heredem ejus præscriptione longi temporis se tueri non posse, quo minus soluta pecunia pignus reddat. Et adjicit, id est, tricennio, augens significationem longi temporis: quod male quidam latine ita vertunt. At tricennio potest, quod est contra Rogerium. Verum ita Græce est, hoc est tricennio. Sic igitur concludamus: semel natam pigneratitiam actionem soluta pecunia debita non inficiamur eam tolli tricennio, quia omnis actio personalis tollitur tricennio. Jus offerendi, & solvendi debiti, reluendique pignoris tricennio non tollitur. Cui datur pigneratitia, vel jus luendi pignoris, ei etiam certum est vindicationem dari: de qua nunc videamus. Con-

B stat eam quoque non tolli præscriptione longi temporis, id est, decem vel 20. quod est in *l. 10. hic*. Addamus etiam tricennio eam non tolli, quia creditor pignus depositum pro alieno possidet, non pro suo. Itaque non potest juvari usucapione, vel præscriptione temporis: ita recte Accurs. in *l.pignori, de usur. & usuc.* qua ratione etiam conductor adversus dominum agentem in rem, non potest se tueri possessione 30. vel 40. annorum *l.2. de præscrip. 30. ann.* Eadem ratione, nec creditor se tuebitur adversus vindicantem dominum. Et sane creditoris possessio, quæ prodest creditori ad præscriptionem, *l.7. §. sed cum illud, inf. de præscr. 30. ann.* ei nocere non debet, quo minus in rem agat, vel rem ipsam luat: ut autem additur in *l.10.* debitor, qui rem vindicat à creditore, omissa pigneratitia actione,

C debet probare rei originem, id est, auctoritatem & dominium, quod Accurs. non intellexit. Sic origo accipitur in *l.instrumenta, inf. de fideicomm.* & apud Tertull. in lib. de præscript. *Habeo*, inquit, *origines firmas.* Origo est verbum juris, quo significatur titulus dominii. Si igitur debitor vindicet rem à creditore, debet probare originem. Contra creditor debet probare sortis, & pignoris obligationem, seu cum eo in rem agatur, seu ipse agat hypothecaria: quo impleto, id est, probata obligatione, è contrario à debitore exigitur probatio solutionis, ut vincat, vel solutio præsens, aut obligatio, depositio, & oblatio. Et hoc est, quod continetur in *l. 10.* Ex qua apparet eam legem non loqui de pigneratitia actione, sed de vindicatione & hypothecaria. Loquitur tamen de exce-

D ptione pigneratitia, dum vindicanti debitori creditor opponit causam pignoris: pigneratitia igitur exceptio est, si agenti in rem creditor objiciat causam pignoris; ita appellatur *l. si quis putans, §. Idem scribit, ff. comm. divid.* Notandum ex *d. l. 10.* pignus solvi non tantum soluto debito, sed eo etiam oblato, & deposito: Nam hæc ipsa oblatio, & depositio solutio est. Sic appellatur in *l. 9. infra, de solut.* Debet autem debitum offerri præsentibus testibus, congruo loco & tempore. Deponi in æde sacra, vel in urbis tabulario, vel ubi judex arbitratus fuerit, sacculo obsignato signatorum signis, *l. ult. ff. de lege commiss. d. l. acceptum, inf. de usur.* Debitor autem facta eo modo depositione liberatur: pignus liberatur, inhibetur personalis actio, inhibetur hypothecaria, inhibentur usuræ, inhibetur venditio rei pi-

E gneratæ: pecuniæ depositæ periculum creditorem spectat. Hi sunt effectus oblationis, & depositionis: Creditori autem datur utilis actio depositi in ædituum, aut tabularium, aut alium quemlibet depositarium, ut sibi à debitore depositam pecuniam reddat, vel etiam datur utilis vindicatio: aut si debitor rursus eam pecuniam receperit, inque suos usus converterit, dabitur etiam creditori utilis in personam, vel hypothecaria, *l.2. l. si creditores, & d. l. acceptam*. Debet debitor in oblatione, & depositione, quam fecit, perseverare, *l.si ita quis, §.Seja, ff. de verb. obligat.* alioqui creditori actiones restituuntur. Cæterum duo omnino exigimus, oblationem, & consignationem, sive depo-

sitio-

sitionem solemnem. Nam sola depositio non sufficit, A nisi peregre creditor absuerit, ut non potuerit ei offerri, d. l. si creditrici. Sola etiam oblatio non sufficit, etiamsi fiat congruo loco, & tempore, ut scilicet debitor liberetur, & pignus, & usuræ inhibeantur. Sola oblatio non liberat personam, vel rem, nec usuras inhibet. Sufficit tamen ut periculum pecuniæ debitæ transeat in creditorem, etiamsi non sit deposita, quia in accipiendo fecit moram. Igitur si oblata pecunia pereat, debitor liberatur, si non pereat, non liberatur. Quod additur in *l. ult.* oblato, consignato, & deposito, sunt interpretis cujusdam verba: absunt ab omnibus veteribus, & sufficiunt quæ præcedunt, *si per creditorem, &c.* id est, si creditor moram fecerit in accipienda pecunia oblata, & deposita.

 B

AD TITULUM XXV.

DE EXERCIT. ET INSTIT. ACT.

HIC titulus (ut recte Haloander concepit) institoriæ exercitoriam præponit. Idemque est ordo in Dig. nos permissim de utraque tractabimus, cum fere per omnia sint similes. Actione exercitoria tenetur navis exercitor ex contractu magistri, quem navi imposuit, qui curam navis mandavit, sicut institoria tenetur ex contractu institoris, qui institorem tabernæ, vel negotio præposuit. Sed hæc, quæ dicitur institoria, nomen habet ab eo, cujus nomine C quis tenetur, illa nomen habet ab eo, cum quo agitur magistri nomine. Sed & utraque exercitoria, & institoria dici potest. Nam & qui institorem præponit, est exercitor, quia tabernam, vel mensam, aut aliud negotium exercet, *l. habebat, §. si duo, & l. ult. ff. de inst. act.* Et magister navis, quasi institor est, quia instat navi locandæ, vel mercibus, aut vectoribus conducendis, vel mercibus, aut armamentis navium emendis, vendendisve, *l. 1. §. magistri, ff. de exercit. act.* Et duæ illæ actiones exercitoria, & institoria invicem, sæpe comparantur in Pandect. *tit. de exerc. act. & tit. de institor. & l. 4. hic*, hoc modo. Sicut si mulier institorem præposuerit, locum habet institoria: ita etiam si mulier magistrum navi imposuerit, locum habet actio exercitoria: nec hi casus pertinent ad Senatusconsultum Vellejanum, D licet illæ actiones sint accessoriæ, quoniam non videntur alieni esse contractus, sed ipsius mulieris, qui scilicet habentur cum institore, aut magistro à muliere præposito. Ex aliis contractibus mulier non obligatur quasi accessio, ex Senatusconsulto Vellejano: hi non sunt alieni contractus, ut dixi: Præterea ambæ actiones dantur in solidum. Item ambæ referuntur ad omnes contractus, *l. 5. §. proinde, & l. novissime, ff. de inst. act.* Ubi loquens de instito. dicit has actiones: nam est institoria ex empto, ex mutuo, ex negotiis gestis. Denique hæc actio omnibus contractibus aptatur, & multas actiones complectitur. Sic in *l. si tamen, §. hæ action. ff. de exerc. act.* ubi ponitur elegans differentia inter actionem de peculio, & exercitoriam. Actio de peculio, post mortem servi, aut ejus venditionem, E non durat ultra annum: At hæ actiones, id est, exercitoria, perpetuo competit in exercitorem, etsi servus, magister, vel servus, qui navem exercet voluntate domini, decesserit, aut alienatus fuerit. Præterea hæ actiones sunt accessoriæ: Nam principalis actio datur in institorem, aut in magistrum, si libet sit, *l. 1. §. est autem, & l. si eum, §. item si servus, de exercit. act. Paulus 2. Sentent. tit. de instit.* Potest tamen etiam in exercitorem, id est, agi in eum, qui præposuit, quasi in principalem. Et hoc est, quod dicitur, ex his causis posse etiam ei condici directo, *l. si institorem, ff. de reb. cred. l. si quis mancipiis, §. ult. ff. de inst. act.* Nunc quæret aliquis, cum hæ actiones ita inter se conveniant, & eadem nomina promiscue usurpari possint, cur separentur, & tituli de his separati sint? quia scilicet præcipua quædam in magistris navium sunt introducta propter utilitatem navigantium, quæ cessant in institoribus. Duo proponam, quorum est unum: Exercitor non tantum ex contractu magistri tenetur, sed etiam ex ejus contractu, quem magister præposuit, etiamsi prohibitus fuerit alium præponere, quod non est admittendum in institore institoris, idque introduxit utilitas navigantium, *l. 1. §. magistrum, ff. de exercit. act.* Alterum est si filiusf. voluntate patris navem exerceat, seu cum ipso, seu cum institore ab eo præposito contractum sit, pater tenetur in solidum. Diversum est, si filius voluntate patris merces peculiares exerceat: nam tunc ex ejus contractu, vel institoris à filio præpositi, pater non tenetur in solidum, sed vocatur in tributum, id est, tenetur actione tributoria, *l. 1. §. si is, qui navem, & §. quanquam, ff. de exercit. act. l. 3. §. si filiusf. D. Naut. caupon. stab. Paul. 2. Sentent. tit. de exercitor.* Magistrum navis Græci semper dicunt κυβερνήτην, exercitorem autem vocant semper ναύκληρον, nos nautam, & navicularium, *& tit. naut. caup. stabul.* Nautæ accipiuntur pro exercitoribus, & navieulariis, *l. 1. naut. caup. stab.* Ita definitur exercitor in *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* ad quem obventiones, & reditus omnes navis pertinent, seu dominus sit navis, seu eam per aversionem à domino conduxit, in qua *l. 1. §. exercit.* rectissime *lib. 53. Basilic. tit. 1.* Græci εἰς ἀφαδὴ: id est, in universum. Qua de re quid esset aversio multi dixerunt. Idem illi Græci ad *legem 4. §. si per aversionem, de per. & com. rei venditæ*, aversione vendere, quod Gallice *en bloc, & en tasche*, interpretantur, εἰς χύτην, id est, veluti alea quadam. Valentin. Imp. in *Novel. de rel. possession.* dixit in agere, id est, aversione, quia hæc venditio fit, quasi ab aversis, id est, parum attente rem considerantibus, non subtiliter singula quæque æstimantibus. Plutar. in Isocrat. eleganter dixit, ἀθρόα τὰ φορτία πιπράσκειν; cui opponit καπηλίζειν, τεμαχίζειν, id est, cum per partes singulas & vendimus, cum non fit aversio, sed fiunt rerum τεμάχια. Gallice *en detail.* Igitur seu exercitor sit dominus navis, seu aversione navem conduxerit in universum, est exercitor, & hac actione tenetur ex contractu magistri. Dixi eum appellari etiam nautam in eo tit. Verum alias plerunque sunt nautæ, qui navis navigandæ causa in navi sunt, ut remiges mesonautæ. Ex eorum contractu exercitor non tenetur, sed tantum ex suo contractu, vel magistri; ex delicto tamen nautarum tenetur. Ideo autem non tenetur ex contractu eorum, quia non huic rei præponuntur. Item ex recepto non tenetur, i. si quid nautæ salvum fore vectori receperint, nisi eis quid commiti permiserit. At ex eorum delicto tenetur, quia ipse eos eligit, nec debet uti opera malorum hominum. Itaque si quid deliquerint, præstat eorum factum, *tit. naut. cap. stabul.* in quo titulo proponuntur duæ actiones in exercitorem. Una est de recepto, quæ dicitur in factum, in simplum, si quid exercitor, vel magister salvum fore receperit, ut restituat, in qua venit etiam levissima culpa. Altera est actio in factum ex delicto nautarum, & ex quasi delicto exercitoris, qui videtur quasi delinquere, quod improbis nautis utatur. In hac actione ex delicto, vel quasi delicto, quæ est in duplum, non venit factum vectorum, id est, ἐπιβατῶν: in illa de recepto venit factum vectorum, id est, si quid deliquerint vectores, exercitor non tenetur, nisi recepti nomine, id est, si quid salvum fore receperit, exercitores tenentur, etiamsi vectores id surripuerint. At si vectores surripuerint, quod exercitor salvum fore non recepit, exercitor non tenetur. At si id nautæ surripuerint, tenetur, quia vectores non eligit ipse sicut nautas; & ideo nautarum factum præstat, non vectorum, nisi id salvum fore receperit. Ita distinctis actionibus est conciliandа *l. 1. §. ult. & l. 2. naut. caup. stab. cum l. 1. §. ult. D. fur. adv. naut. caup.* Eadem etiam distinctio

ctio est adhibenda, cum quæritur, an exercitor servi nomine, qui quid surripuit in navi, teneatur actioni noxali, vel an liberetur, noxæ dedendo servum. Nam si id salvum fore receperit, cessat noxalis, & tenetur in solidum, *l. 1. §. item si servus, D. naut. caup. stab.* si non recepit salvum fore, locum habet noxalis, nec tenetur in solidum si dedere sit paratus, *l. 1. §. servi, fur. adu. naut. &c. l. ult. §. servorum, D. naut. caup. stabul.* Ex quo intelligitur, aliam esse rationem vectorum, quia hi non eliguntur, sed obvii quique admittuntur quos sors dat, aliam naturam, qui eliguntur judicio exercitoris, aut magistri: aliam servorum, quibus utimur necessario quasi malo domestico, & non eliguntur. At quæritur nunc an exercitor actione exercitoria teneatur si magister navis mutuam pecuniam sumpserit? Constat exercitorem non teneri ex omni contractu, sed ejus tantum rei nomine, cui magistrum præposuit; potest præpositioni legem dicere, quam vult. Igitur si in eam rem magister, qui est præpositus, mutuam pecuniam sumpserit, ut in armamenta emenda, si his emendis sit præpositus, exercitor tenetur; alioqui non tenetur si in alium usum magister pecuniam sit mutuatus, *l. 1. §. non autem, & §. quid si mutuam, de exercit. act.* Idem locum omnino habet in actione institoria. Magister est institor, qui præponitur navi, *merito.* Institor autem in titulo *de instit. act.* est, qui præponitur tabernæ, id est, ergasterio, vel cuilibet negotiationi, *l. 1. in princ. de exerc. act.* in l. 1. hujus tit. ait, officio, vel negotiationi: ubi officio, id est, officinæ, seu tabernæ, non tamen tenetur ex omni causa, qui exercet tabernam, sicut qui exercet navem, sed ut ait *l. 2. hic, & l. 3.* ex ejus negotii causa, quæ per eum exercetur: Nam si in eam causam institor mutuam pecuniam sumpserit, proculdubio exercitor tabernæ tenebitur, non aliter: videtur permittere, ut in eam causam mutuam pecuniam sumat, cum ei eum præponit: ideo tenetur ex mutuo: alioqui non tenetur, nisi de peculio, vel in rem verso, si institor sit filiusfam. vel servus, *l. 1. & 2.* Quod si mandavi specialiter libero homini, vel servo, ut mutuam pecuniam à Titio acciperet, hic mandatarius non est proprie institor, quia nec tabernæ, nec certæ negotiationi præficitur, sed specialiter ei mandatur, ut mutuam pecuniam à Titio accipiat; sed est quasi institor, & ideo creditori in eum, qui mandavit, competit quasi institoria actio, *l. 5. hic.* Diximus in *l. 13. sup. si cert. pet.* Idem est, si quis specialiter alteri mandaverit, ut rem aliquam venderet: Nam hoc casu etiam emptori datur quasi institoria, si id ille mandaverit libero homini, vel servo suo, *l. ult. hic, l. Julianus, §. si procurator, de act. empt.* Si creditori jusserit ut crederet, id est, si id se velle creditori dixerit, vel etiam jusserit, ut emeret à servo suo, tunc tenebitur actione quod jussu. At si nil illi dixerit, sed simpliciter servum jusserit mutuam pecuniam accipere, vel rem vendere, non tenetur quod jussu, sed quasi institoria in solidum.



AD TITULUM XXVI.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE est, negot. gestum esse dicetur, vel de peculio, seu quod jussu, vel de in rem verso.

VERBA sunt edicti prætoris, ut constat ex *l. 1. de peculio.* Prætor hac parte pollicetur triplicem actionem in patrem, vel dominum ex negotio gesto cum filiofam. vel servo, non ex delicto. Actiones sunt hæ, de peculio, quod jussu, de in rem verso. Tentari potest patrem pro filiofam. conveniri in solidum, sed condemnationem fieri in peculium tantum, vel in id, quod in patrimonium patris versum est, *l. si servus, §. ult. de action. emp.* Et ob id in actione de peculio tempus rei judicatæ spectatur, id est, in condemnatione peculii ratio habetur, non litis contestatæ, quia ab initio in solidum est actio, *l. quæsitum, ff. de pec.* De actione quod jussu, constat eam esse in solidum, & ex ea sequi in solidum condemnationem, & directo agitur in patrem, qui jussit, quasi in reum principalem. Adjecit etiam prætor, in eum, qui emancipatus, vel exheredatus erit, *l. 2. eod.* qua parte prætor actionem pollicetur in id, quod facere potest filius sui juris effectus. De qua parte agitur in *l. 2. & 8. hic.* Itaque hic quatuor actiones proponuntur.

Ad L. I. Cum filiusfamilias *tutor, aut curator datur, pater tutelæ, vel negotiorum gestorum judicio de peculio, & de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus, & à Magistratibus tutor constitutus: pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus exemplo cæterorum munerum civilium introductum intelligitur.*

LEx 1. pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso. Filiusfamil. potest esse tutor, vel curator: in tutorem datur tutelæ actio: in curatorem negotiorum gestorum. Iisdem actionibus tenetur pater de peculio, vel de in rem verso, videlicet si non agnoverit tutelam à filio administratam: Nam si agnoverit, in solidum tenetur, *l. si filius, ff. de tut.* & adjicit ea l. patrem videri agnovisse tutelam, quam gerit filius, si filio gerenti consenserit: quod videtur pugnare cum *l. Lucius, de administr. tut.* quæ l. aperte negat, patrem teneri in solidum, licet eo sciente, & consentiente filius tutelam gesserit. Male Accursius, & contra tenorem earum ll. differentiam statuit inter tutelam testamentariam, & dativam: Et putat, patrem non teneri in solidum, si agnoverit tutelam testamentariam, quam filius gerit, quod est contra finem *l. Lucius.* Dicendum potius est, consensus nomen esse ambiguum. Nam vel taciturnitatem significat, vel voluntatem expressam. Si filius tutelam gerat tacente patre, & sciente, sive non contradicente, pater in solidum non tenetur, *ut in l. Lucius.* Imo vero etsi pater filium admoneat, ut bene susceptam tutelam gerat, ob id pater in solidum non tenetur, *d. l. si filius, in fine.* At si pater filio tutelam gerenti consentiat nominatim, periculum in se quodammodo recipiendo, tum plane tenetur in solidum pupillo: idque ita proponitur in *d. l. si filius, & l. Lucius, in fin.* Rursus vero *d. l. si filius* ait, patrem videri agnovisse tutelam, quam filius gerit, & ideo teneri in solidum, si eam ipse attrectaverit: cui opponitur *l. mandasti, ff. de negot. gest.* Idque eodem, quo superius, modo diluendum est. Nam ut consentire, ita & tutelam attingere dupliciter accipitur: vel enim pater tutelam attingit, quasi gerens rem filii forte segnioris: & tum pater pupillo tenetur tantum de peculio, vel de in rem verso: vel tutelam attingit, quasi rem pupilli gerens, & tum pupillo obligatur in solidum, *d. l. mandasti,* hæc sunt quæ pertinent ad primam partem hujus l. Ad secundam partem hæc pertinent. Si filiusfamil. sit decurio factus patris consensu, pater in solidum obligatur omnibus civilibus muneribus, ut fidejussor pro filio, id est, videtur fidejubere pro filio, quem decurionem facit, vel fieri patitur suo consensu, rem scilicet publicam salvam fore repromittit. Igitur obligatur reipublicæ, non aliis, *l. 1. inf. de decurionibus, l. filius, ff. de administrat. rer. ad civ. pertinent.* Et hoc casu taciturnitatem patris pro consensu accipimus. Pater, qui tacet, consentit, *l. honores, §. ult. D. de decurion. l. 2. D. ad Municip.* Hoc exemplo declaramus. Filius factus est decurio consensu patris, id est, senator cujusdam civitatis, tacente, id est, consentiente patre; postea ille filius decurio factus, creatus est curator rei frumentariæ, & reliqua quædam contraxit, id est, debere aliquid cœpit Reipublicæ ab ea causa: hoc casu pater pro filio Reipublicæ tenetur in solidum, quasi fidejus-

dejussor: Idem est, si ille filius, quem pater decurionem A fecit, aut fieri passus est, decreto ordinis tutor datus sit. Nam pater tenetur in solidum, non quidem pupillo, cujus tutela gesta est, sed reipubl. seu curiæ, ut scilicet indemnitatem præstes reipublicæ. Nam hoc casu curia senetur pupillo actione in factum subsidiaria, ex SC. quod Trajani auctoritate factum est, *l. pen. de magistr. conveniend.* At quæritur, quid sit dicendum si illum filium ordo sutorem non dederit, sed magistratus municipales, id est, duumviri. An & hoc casu pater senebitur in solidum? & hæc l. t. in a. parte, hoc etiam casu dicit teneri patrem in solidum. Nam ponit, filium tutorem datum à magistrasibus, id est, duumviris, & ob id teneri patrem in solidum, quod consenserit ad filii decurionatum. Id vero falsum videtur: Nam primo pater non tenetur in solidum pupillo ex illo con- B sensu, quia rempubl. salvam fore cavisse intelligitur, non rem pupilli. Non tenetur etiam reipubl. in solidum, quia reipublicæ nil ob eam causam interest, nec enim respublica tenetur actione subsidiaria pupillo, sed magistratus, qui dedis tutorem, *l. 1. in princ. de magistrat. conven.* eadem ratione filius factus decurio consensu patris, si datus sit tutor à præside, non ab ordine, aut duumviris, pater non tenetur in solidum. Item si ille filius, quem pater fecit decurionem, fiat duumvir, & minus idoneum tutorem pupillis dederit, vel à datis sutoribus satis non exegeris rem pupilli salvam fore, vel si in eis dandis fuerit negligens: His omnibus casibus ejus pater, licet consenserit ad filii decurionatum, nec pupillo tenetur, quia consentiendo decurionatui non videtur cavere pupillis: nec etiam reipublicæ te- C netur, cujus nil interest pecuniariter, id est, res pecuniaria, quæ pertinet ad curiam, vel civitatem non ob id minuitur, *l. 3. §. ult. Dig. de pecul. l. 2. §. penult. Dig. ad Municip. l. t. §. ult. D. de magist. conv.* Ex his vero sequitur, sentensiam hujus legis consistere non posse, nisi ponamus tutore illo filio dato à magistratibus municipalibus, rempubl. sive curiam periculum in se recepisse, ut *l. t. §. t. ff. de magistrat. con.* Cum magistratus municipalis tutorem eum dedit periculo, & fide curiæ, pater reipubl. tenetur in solidum, non tantum si consenserit ad decurionatum filii, sed si consenserit ad illam duntaxat tutelam, *l. ult. inf. de filiisfam, & quemadm. &c. lib. 50.* Et (us diximus initio) his casibus omnibus taciturnitas consensum imitatur: alias dissensum, ut priori quæstione. Summa hæc est. Taci- D turnitas patrem in solidum pupillo non obligat: saciturnitas patrem reipubl. in solidum obligat. Est etiam in hoc tractatu pugna quædam *l. spurii, §. pater, ff. de decur.* cum *l. a. Inf. de filiisfam. & quemad. pat.* una lex ait, filio nominato ad decurionatum, vel ad munus civile, patrem videri consensisse, si appellaverit; quia appellando indicat rem ad se pertinere, & sua interesse. Alter vero negat patrem appellantem videri consentire. Sic res explicanda est: Si filiusfam. nominetur ad decurionatum, ne pater teneatur in solidum, satis est patrem contrariam voluntatem contestari, se invito creari filium decurionem, nec habet necesse appellare, *l. ult. de filiisfamil. & quemad. pat. &c.* At si pater appellaverit, cum id necesse non esset: hoc facto sibi præjudicat, & in periculum civilium munerum inci- E dit, quasi pro filio fidejussor; videlices si sententiam appellationis pertulerit, & victus sit. Et ita loquitur *l. 2.* At si causam appellationis non peregerit, & sententiam non pertulerit, sed præscriptione temporis sit exclusus, us quia solemnia appellationis non implevit intra præfinita sempora, hoc casu, quia etiam necesse non habuit appellare, omnia perinde servantur atque si non appellasset; & ideo si pater anse fuerat contestatus contrariam voluntatem: huic contestationi appellatio nil præjudicabit, quæ omissa est, & ita proponitur in d. §. patri.

Ad L. II. Ejus rei nomine, *de qua cum filiofamil. contra-*

A *ctum sit, sive sua voluntate, sive ejus, in cujus potestate fuit, sive in peculium ipsius, sive in rem patris ea pecunia redacta est, si paterna hereditate abstinuit, actionem, nisi in id, quod facere possit, non dari, perpetui edicti interpretatione declaratum est.*

LEx 2. pertinet ad actionem illam, quæ datur in id, quod facere potest filius de eo, quod gessit, cum esset in potestate patris: filiusfamilias ex omnibus fere causis in solidum obligatur, convenitur, & condemnatur; excepta causa mutui, propter Senatusconsultum Macedonianum, & aliis quibusdam. Et nisi satisfaciat, carcere coercetur. Es hoc vetus jus ut improbi debitores carcere coerceantur, etsi contrahentes de illo nil caverint, si non satisfaciant, in carce- B rem coniiciuntur, *l. t. inf. qui bonis ced. poss.* At quæritur nunc, an filius post emancipationem, vel post mortem patris sui juris effectus, seneatur etiam in solidum ob ea, quæ gessit in familia patris? Et ex delictis quidem tenetur, & condemnatur in solidum. *l. 4. §. quamquam, ff. quod cum eo, &c.* Ex contractibus etiam tenetur in solidum, *l. penult. ff. quod cum eo*, tenetur, inquam: sed interdum causa cognita non condemnatur in solidum, sed in tantum, quod facere potest ex prætoris edicto, *l. exheredatum, ff. de re judic. l. 8. hic, l. si dubitet, §. ult. de fidejuss. l. 3. §. sed utrum, D. de minor.* ut puta si filius non multo post emancipationem conveniatur, damnabitur tantum in id, quod facere poserit. Si rem non possit præstare, non condemnabitur, *d. l. 4. §. pen. D. eod.* Filius emancipatus propriam fa- C miliam incipit habere, quam dum constituis, & disponit, ne ære alieno opprimatur, prætor benigne crediturum actiones ad id, quod facere potest coerces causa cognita: multo post emancipationem si cum eo agatur, in solidum condemnabitur: sed si statim cum eo agatur, non nisi pro modo facultasum. Idem etiam fit, si filius morte pasris sui juris fiat, & sit à patre exheredatus, vel etiam si hereditas ad eum non pervenerit, ut si se abstinuerit patris hereditate, vel si minima quædam pars pervenerit, *d. leg. 4.* Et hoc ait hæc lex 2. hujus tituli declarari interpretatione edicti perpetui, id est sermone, & forma, & tenore: quo sensu Græci utuntur verbo ἑρμηνείας. Nam verba hujus legis 2. sunt verba edicti, ut constat *ex l. 2. D. eod.* Idque edictum locum habet seu filius sui fiat juris D capitis deminutione, ut emancipatione: seu absque capitis deminutione, ut morte patris, sacerdotio, aut dignitate. Videtur etiam edicto esse locus si filius sui juris non fiat, *d. leg. 2.* Hæc verba significant, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit. Id tamen est contra prætoris propositum, qui illo edicto subveniri tantum voluit sui juris effectis, novamque familiam inchoantibus. At eis verbis, quæ proposui, significatur aperte, etiam filio in adoptionem dato subveniri mortuo patre naturali, qui tamen non fit sui juris, datione illa in adoptionem; & morte deinde patris naturalis sequuta: manet enim in potestate patris adoptivi. At filius in adoptionem datus, mortuo postea patre adoptivo, fit plane sui Juris, nec recedit in potestasem patris naturalis, qui eum in adoptio- E nem dedit, nec desinit esse in familia patris adoptivi eo mortuo, *l. utrum, ff. de bon. poss. contra tabul.* Et ita omnino videtur legendum in *d. l. 2.* Non est illud omittendum, in filium emancipatum, aut in adoptionem datum, actionem restitui in eos ex edicto de capite minutis, quia videtur extincta capitis deminutione: opus igitur est restitutione, quia sunt novi homines. At in eum, qui morte patris, vel alias sine deminutione sui juris est factus, actio non restituitur, sed eadem actio directa permanet: quia status non mutatur: nam licet sui juris fiat, samen familia defuncti permanere dicitur.

Ad L. III. Etiamsi non mandante, *neque jubente, neq; subscribente*

bente domina, pecuniam mutuam servo Priscæ dedisti; tamen ea quantitas si in rem dominæ ejus, justis erogationibus, versa est, de in rem verso apud suum judicem eam conveni, consecuturus secundum juris formam id, quod tibi deberi apparuerit.

Ad L. IV. Si ex contractu, *patris jussu, ejus mutuam pecuniam accepisti, teque ejus hereditate abstines, frustra vereris, ne à creditoribus ejus conveniaris.*

PErtinet tertia lex ad actionem de in rem verso: quarta ad actionem quod jussu. Finge: Filius mutuam sumpsit pecuniam patris injussu, & justis erogationibus in rem patris convertit. Hoc casu cessat actio quod jussu, & competit de in rem verso in patrem. Justis erogationibus, id est, agrum colendo, domum fulciendo, servos paternos vestiendo, creditori paterno solvendo. Voluptuariæ erogationes patri non imputantur, *l. 3. §. proinde, ff. de in rem verso*. Dupliciter autem agitur de in rem verso: Nam vel hac sola actione de in rem verso agitur, vel agitur de peculio, adjecta, aut intellecta clausula *de in rem verso*: idque constat ex *l. 1. & l. filiusfamilias, de in rem verso, l. 2. D. quando de pecul. &c. l. 2. §. apud Julianum, D. de hered. vend. §. licet, Instit. quod cum eo*. At ut hoc intelligatur, sciendum est, patrem non teneri de in rem verso, nisi filius principaliter gerens negotium patris, ea mente ut sibi patrem obliget, eum reddiderit locupletiorem. Eo pertinet totus titulus *de in rem verso*. Sic quoque accipiendum est, quod dicit Paulus 2. *Sent. tit. de in rem verso*. Actionem de in rem verso dari, si ob eam causam pecunia sit data: & ibi *data* passive accipitur pro accepta. Nam non est necesse à creditore dari ob eam causam, sed ut pater teneatur de in rem verso, necesse est à filio ob eam causam pecuniam accipi, & erogari, *l. 1. in fi. l. & ideo, §. pen. & ult. si res, §. 1. de in rem vers.* Igitur si filius suum negotium gerens, principaliter gerens, vel etiam nullum omnino negotium gerens, locupletiorem patrem reddiderit, non est in rem versum, ut sit actio de in rem verso: quia filius patrem noluit obligare, nec eo nomine pater filio obligatur naturaliter. At si negotium patris gerens eum fecerit locupletiorem, ob id pater filio naturaliter obligatur, *l. si pro patre, §. versum, & §. si domini, de in rem verso*. Qua ratione, id quod versum est in rem patris, in peculium imputatur. Nam quodcunque pater debet filio, in peculium imputatur, *l. quam Tuberonis, §. in peculio, ff. de pecul*. Id autem, quod convertit filius in rem patris, pater debet filio, & debere dicitur in *l. si pro patre, §. 1. & l. si in rem, de in rem verso*. Ex quo liquet actioni de peculio inesse actionem de in rem verso, & ut Justinianus ait in *§. licet, Instit. quod cum eo*, unam esse actionem de peculio, & de in rem verso: qui agit de peculio, agit etiam de in rem verso: quod enim in rem versum est, in peculio est. Tunc igitur tantum necessario actio de in rem verso, cum deficit actio de peculio, puta si peculium sit ademptum, *l. si in rem, & l. filiusfamil. & l. 1. de in rem verso*. Nunc de actione *quod jussu* videamus, quæ non jungitur actioni de peculio, sed ejus est separata ratio, *l. 4. §. ult. ff. quod jussu*. Nunc sic dico: Si pater jubeat filium accipere mutuam pecuniam, pater tenetur utili actione institoria, & cessat quod jussu, *l. pen. & ult. sup. tit. proximo*. Sed si pater jubeat creditorem dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: cum pater loquitur cum creditore ipso. Recte ita ex veteribus Pyleus intellexit: idemque est, si pater creditori mandaverit, ut filio pecuniam crederet: item si rem gestam ratam habuerit: ratihabitio mandato comparatur. Idem est, si pater subscripserit filii chirographo: subscriptio jusso comparatur, *l. 1. ff. quod jussu, l. 3. hic*. At quid dicemus, si pater contraxerit, non filius? Si pater non jusserit contrahi cum filio, sed ex suo contractu filio pecuniam numerari jusserit, an competet actio quod jussu? Placet hoc casu cessare actionem quod jussu, cui nunquam est lo-

A cus, nisi filius ipse contraxerit: Et hoc casu actionem directam in patrem competere, *l. ult. ff. quod jussu*. Filiusfamilias autem eo casu suo nomine nullo modo obligatur, *l. 4. hic*, nisi hereditario nomine. Quid item dicemus, si pater pro filio fidejusserit, an competit actio quod jussu? Et placet hoc etiam casu actionem quod jussu non competere, sed teneri ex stipulatu, *l. 1. quid ergo, ff. quod jussu, l. si domina, ff. ad Vellejan.* Et ostenditur ratio in ea l. 1. quia ut extraneus intercessit, non ut pater: At cum jubet, vel mandat cum filio contrahi, facit ut pater (nempe pro auctoritate, & imperio, quod habet in filium) jubet, hoc modo, illi credas. Fidejussio non habet speciem auctoritatis. Itaque cum pater fidejubet, id non facit ut pater, sed ut extraneus. At utrumque est accessio, & qui jubet, & qui B fidejubet, *l. si servum, §. an & filius, ff. de verb. oblig.* Qui jubet, tenetur quod jussu: qui fidejubet, non item, sed ex stipulatu. Nunc quæres, quod sit discrimen inter jussum, & mandatum, quæ duo actionem quod jussu pariunt. Discrimen est in eo, quod jubere etiam dicitur is, qui monet ut contrahat creditor cum filio: non etiam mandat. Jubere est interdum precarium verbum, & optativum, & monitorium, *l. si servus, ff. de neg. gestis*: At si pater filium commendet alteri, hoc modo neque jubet, neque mandat quicquam, *l. ult. hic, l. si vero non remunerandi, §. cum quidam, ff. mand.* Itaque ex commendatoria epistola pater non obligatur: ex admonitione obligatur, si monuerit alterum, ut cum filio contraheret: Item differentia est, quod ex jussu obligatur tantum pater, vel dominus, ex mandato quilibet. C Præterea, si pater mandet cum filio contrahi, an tenetur mandati? Id mandat ut pater, pro auctoritate, quam habet in filium: ideo non tenetur mandati, sed quod jussu. Verum si constet eum ita mandare non ut patrem, sed ut extraneum, in rem suam forte, tum tenebitur mandati, non quod jussu, exemplo fidejussoris: quia ut extraneus intercedit, *l. si tibi, ff. mand.* Similiter, si pater subscripserit chirographo filii ut pater, tenetur quod jussu: si ut fidejussor subscripserit fidejubendi animo, nec tenetur quod jussu, quia non intercessit ut pater: nec etiam ex stipulatu tenetur, quia deficit stipulatio. Subscriptio non est stipulatio. *l. 14. sup. si cert. pet.* Postremo illud non est omittendum ex *l. ult.* hujus tit. patrem etiam teneri quod jussu: vel dominum, non tantum si servo, aut filio credi pecuniam jus- D serit, sed etiam si jusserit pecuniam credi suis hominibus, id est, conditionalibus; veluti adscriptitio colono vel inquilino, aut prædiorum actori, aut procuratori, licet liberi censeantur. Hi dicuntur nostri homines, licet non sint servi, & eorum conditio dicitur à veteribus *hominium*, inde *hommage*. Ergo etiam liberorum hominum nomine tenemur quod jussu, si sint nostri homines. At si eis personis, non jubente domino, pecunia sit credita, nec dominus in solidum tenetur, nec ipsi ex mutuo obligantur; & hac in re servis comparantur, *l. ult.* Sed dominus tenetur de peculio, si nil debeant domino: Nam peculium non intelligitur nisi eo deducto, quod domino debetur. Tenetur autem directo servi nomine, utiliter aliorum nomine: Nam non tantum servi, sed etiam hi homines peculium ha- E bent, pro cujus quantitate dominus tenetur: tenentur etiam fidejussores, si quis eis pecuniam crediderit accepto fidejussore. Nam ex mutuo naturaliter obligantur, *l. ult. hoc tit.* Et conjungenda *l. ult. inf. si aliena res pign. data, l. 1. sup. ne lic. potent. & l. 1. sup. de prob. seq. pec.* quæ omnes eandem habent subscriptionem, & inscriptionem: sunt partes edicti cujusdam Honorii, & Theodosii Impp. quod edictum pertinebat ad creditam pecuniam, & ad actiones si certum petatur, ut *l. 1. ne lic. pet. & tit. de prob. sequest. pec. & l. ult. si aliena res pign. data sit*: hoc adjicias huic legi, ut homines nostri, veluti adscriptitii coloni, & censiti, non possint contrahere pignoris obligationem nobis invitis, quod etiam de servo traditur, *l. 6. & 9.* Igitur hæc sit conclu-

sio: Sicut servi & homines nostri, ad nos pertinentes, qui Græcis dicuntur προσήκοντες, invitis nobis, ac ignorantibus, non contrahunt obligationem mutui, nisi pro modo peculii, qua actione nos tenemur: ita etiam non contrahunt pignoris obligationem.

Ad L.V. Nulla res prohibet *filiosfamilias, si pro aliis majores viginti quinque annis fidejusserint, actione competenti adversus eos teneri. Sed duntaxat de peculio tecum agatur, defensionibus, si quæ tibi competunt, uteris.*

PErtinet ad actionem de peculio. Filiusfamilias, qui pro alio fidejusserit, in solidum suo nomine tenetur: Pater autem ejus tenetur duntaxat de peculio, nisi, ait lex, aliquas defensiones habeat. Id ostendemus exemplis, quibus pater se tueri possit adversus actionem de peculio. Primum est, si filiofam. sine dolo malo peculium ademerit: Item, si morte filii, vel emancipatione exstinctum sit peculium, & utilis annus præterierit, *l.1. de in rem verso*. His casibus non est actio de peculio. Item, si plus debeat patri filius, quam sit in peculio, vel si tantundem, *l.pen. hic*. Nam peculium semper intelligitur deducto eo, quod patri debetur, vel domino. Ideo Græci peculium ita definiunt. Peculium est naturalis substantia concessa filiofam. vel servo voluntate patris, vel domini, deductis debitis naturalibus, paternis puta, & dominicis. Et recte adjiciunt, ideo se peculium definire οὐσίαν φυσικὴν, naturalem substantiam, quod jure civili filius, vel servus proprium nil habere intelligatur. At permittente patre, vel domino contrahendi peculii potestas datur naturaliter: quod etiam illis & voluntate patris, vel domini adimitur: idque confirmant multæ ll. in tit. de pecul. Videtur etiam recepta fuisse hæc defensio, si res, de qua agitur, in peculium conversa non sit, L.11. *hic*. Facit & ad aliquid *l.2. hic, & l.2. ff. eod.* Verum non est ita: hæc defensio non est legitima, nisi certis casibus. Est igitur actio de peculio, etiamsi res non sit versa in peculium, exceptis casibus quibusdam: ex l.11. datur actio peculii in id, quod in peculium versum est, non tamen ex eo concludendum est non dari ex eo, quod in peculium versum non est. Nego, etiamsi quodam loco, ut *l.11.* secundum speciem propositam, tradatur, actionem de peculio dari in id, quod in peculium conversum est. Non ideo semper exigimus, ut sit locus actioni de peculio, rem conversam esse. Excipiuntur certi casus, ut si impuberis nomine agatur, vel servi, vel filii, *l.si cum impubere, ff. de pecul.* idque optima ratione. Pater impuberis nomine non tenetur de peculio, nisi sit res versa in peculium: quoniam ipse etiam impubes non tenetur, nisi quatenus locupletior est factus, civili, vel naturali jure. Ubi filius, vel servus non obligantur naturaliter, nec pater, vel dominus de peculio tenentur. Ideo si pro alio servus intervenerit, vel compromiserit in arbitrum, non tenetur de peculio dominus. cum nec naturaliter obligetur servus, ut dixi in *tit. an servus ex suo facto*. At impubes filius, vel servus non tenentur naturaliter, ultra quam factus sit locupletior. Ergo nec pater supra id tenetur. Item excipitur hic casus, si agatur cum patre condictione furtiva, aut rerum amot. *l. 3. §.ex furtivo, ff. de pec. l. servus, quem, ff. de action. emp.* Item si repetatur quod filius, vel servus alea vicit: nam quod quis vicit alea, ejus repetitio est ex edicto *de aleator.* At non erit repetitio adversus patrem, cum alea quid filius vicit, nisi quatenus id versum erit in peculium, *l.ult. ff. de aleatoribus*. Sicut non erit condictio furtiva adversus patrem, nisi res furtiva versa sit in peculium; & si pars sit versa, pro parte tantum erit actio: ratio est, quia hæ tres actiones, rerum amotarum, condictio furtiva, de alea, videntur esse ex maleficio. Id dixi in titulo de condictione furtiva. Idem est in actione rerum amotarum, quia illa amotio furto est proxima: sed res tristis mitigatur verbo. Item actio de alea videtur esse ex maleficio, cum sit vetita legibus, & non leve crimen, ut appellat Ovidius: & olim in aleatores fuit actio quadrupli, ut ait Ascon. in Divinat. & turpe nomen aleatorum. *Marcel. lib.28.* Sunt igitur hæ actiones ex maleficio: at ex maleficio non datur actio de peculio. Rursus propriè non videntur esse ex maleficio, quia rem persequuntur, non pœnam. Et ideo etiam non sunt noxales. An igitur iis actionibus dicemus patrem non teneri, nec de peculio, nec noxaliter? Non: sed mediam quandam sententiam adsumemus, patrem teneri de peculio, non in solidum peculium, sed quatenus ex ea re locupletius factum est peculium.

Ad L.VI. Si servus tuus sine permissu *tuo, accepta pecunia mutua, in usurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit: nullo jure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te servi factum non obligaverit: & ingrediens rem tuam, contra vim ejus auctoritate competentis judicis protegeris.*

PErtinet l. 6. quodammodo ad actionem quod jussu. Ex jussu obligatur pater, vel dominus. Obligantur quoque eorum bona pignoris jure, *l. 9. hic*. At si jussus patris, vel domini non intervenerit, nec patrem filius obligat in solidum, aut ejus bona, nec servus dominum, nec bona ejus. Et ideo, ut hic proponitur, si mutua pecunia accepta, servus creditori concesserit in ἀντίχρησιν ædes domini sine jussu, sive permissu domini, nulla est ἀντίχρησις, nulla actio hypothecaria, vel in factum, nulla pignoris retentio. Et si dominus ingrediens ædes, per vim à creditore impediatur, ei subvenietur momenti beneficio, vel interdicto uti possidetis. Idemque in hominibus nostris, veluti colonis. Nam homines etiam nostri, sine jussu nostro pignoris obligationem non contrahunt; & si forte pater filio pecuniam credi jusserit, vel dominus servo, non ideo videtur permisisse pignoris obligationem, *l.dominum, D. quod jussu*: eam enim permitti oportet nominatim. Sed opponitur *l.si permittente, inf. ad Maced.* ubi filius rem patris pignori posuit sine voluntate patris, & pignus valet. Verum hoc ideo (quæ est ultima Accursii traditio in hac l. & vera) quia hic filius postea patri successit; successione pignus conciliatur. Item opponitur *l.9.* ubi ponendum est, jussu patris non tantum filiofamil. datam pecuniam à creditore cum usuris conventis, sed etiam acceptum pignus, non invito patre. At quid dicemus, si filius habuerit liberam peculii administrationem? an poterit rem peculiarem pignori obligare patre invito, aut inscio? Constat posse ex *l. si convenerit 2. §. ult. de pign. act.* nam alienare etiam potest. Quod alienari potest, etiam pignori obligari potest: Idque si exigat negotiorum administratio, aut peculii, non donandi animo, aut diminuendi. Nam donandi animo, vel diminuendi eam non potest alienare, vel pignori obligare, *l.1. §.1. ff. quæ res pign. obl. poss.* Eademque servantur in procuratore, qui habet liberam administrationem omnium bonorum: etiam in tutore, de quo diximus in *tit. de reb. cred. sup. in l.4.* Huc etiam pertinet *l.10. hic*, cujus sententia est: Servus, qui habet liberam peculii administrationem, jure vendit rem peculiarem, exigentibus negotiis peculiaribus, & dominus eum contractum infirmare non potest. At servus, qui non habet liberam administrationem, injussu domini recte rem peculiarem non vendit, & si vendat, nulla est alienatio, injustus titulus inde paratur emptori. Præterea emptor sciens conditionem venditoris malæ fidei est emptor, imo fur habetur, si rem mobilem à servo emerit, quem sciebat non habere vendendi facultatem: At si rem immobilem emerit, eam non retinebit, nec usucapiet per præscriptionem longi temporis, id est, 10. vel 20. annor. Itaque, ut qui sunt in nostra potestate jure contrahant pignus, vel mutent dominium rerum nostrarum, necesse est, vel ut specialem voluntatem habeant, vel liberam peculii

admi-

administrationem, & ut id non faciant diminuendi, vel donandi animo.

Ad L.VII. *Ei, qui servo alieno das pecuniam mutuam, quamdiu superest servus, item post mortem ejus, intra annum de peculio in dominum competere actionem: vel si in rem domini versa sit hæc quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui juris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est: heredes ejus convenire potes de ea summa, quæ in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit: consequens est, ut superstite quidem servo dominum de peculio convenias: vel si jam servus rebus humanis exemptus est, vel distractus, seu manumissus, nec annus excessit: de peculio quondam adversus eum experiri possis: Alioquin si cum libero res ejus agente, cujus precibus meministi, contractum habuisti, & ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.*

HÆc lex pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso, & ostendit, actionem de peculio esse annuam post mortem filii, vel servi, & post emancipationem scilicet filii, vel manumissionem, aut alienationem servi. Quibus modis peculium exstinguitur, quia potestas solvitur: Actio tamen de peculio non extinguitur, sed durat adhuc anno utili, titulo *quando actio de pecul. ann. sit*. Sed hoc ita accipiendum est, nisi principalis actio breviori tempore concludatur, qua scilicet agitur de peculio, ut si sit actio redhibitoria, quæ concluditur 6. mensibus utilibus: actio redhibitoria de peculio est 6. mensium, *l. pen. ff. quando actio de pec. annal. sit*. Et ita quod traditur in *l. penult. de noxal. action.* actiones noxales esse perpetuas: Hoc ita est accipiendum cum eadem exceptione, nisi scilicet principalis actio sit temporalis, ut si sit actio vi bonorum raptorum, quæ est annua, *l. pen. sup. de noxal. action.* Igitur actio noxalis vi bonorum raptorum non est perpetua. Similiter quod traditur in *l. 2. in fin. D. de cap. min.* actionem, quæ restituitur in capite minutum, esse perpetuam, hoc est ita accipiendum, nisi principalis actio sit temporalis. Principalem autem actionem dicimus eam, quæ in solidum, & directo competit. Actio de peculio, & noxalis non competit in solidum: hæc actio noxalis, principalis est actio, si agatur detracto peculio, & detracta noxæ deditione. Rursus actio restitutoria est utilis, non directa. Ergo non principalis. Sed si principalis sit temporalis, id est, directa, & restitutoria temporalis erit. Alia est ratio actionis de in rem verso, quia huic non opponitur annua exceptio. Et hoc maxime distat actio de peculio ab actione de in rem verso, quod proponitur in *hac l. 7.* Hæ autem actiones de peculio, & de in rem verso competunt ex contractu, vel quasi contractu filiorum, & servorum, qui sunt in nostra potestate. Competunt etiam ex contractu hominum nostrorum, & colonorum censitorum ex edicto Imp. Theodosii, *l. ult. inf.* quod expositum est. An competunt etiam illæ actiones ex contractu procuratoris nostri, vel gestoris liberi hominis, & nulla nobis conditione obstricti, non conditionalis? Minime. Et est hoc, quod proponitur in fine hujus legis, hic: hoc modo: Si cum libero homine rem alienam agente contraxisti, & dominum elegisti, seu ejus personam, id est, domini, ut scilicet cum illo ageres ex illo contractu: & ita sensu eodem loquitur *l. 3. sup. de noxal. action.* Lex autem ait, te nullam actionem habere, & utitur verbo (*pervides*) quo utimur in re clarissima, ut in *l. procuratorem, sup. de procurator. & l. si servus, infra de fideicommiss. libertat.* Et in illo loco Horatii.

Cum tua pervideas.

Quem locum male accipit Victorius, pro insuper habere. Dominum autem cum dicit in fine legis, non oportet eam vocem ad servum referre, sed ad gestorem, vel procuratorem, ut sæpissime. Et tunc in-A telligitur dominus rei, vel negotii, vel contractus, ut loquitur *l. 2. titul. proxim. inf.* Ergo ex contractu liberi hominis non conditionalis non tenemur, ut si gestor noster pecuniam mutuam sumpserit, ex mutuo non tenemur. Duæ sunt exceptiones: si gestor rei alienæ pecuniam sumpserit mutuam, & ea in rem domini sit versa, vel si contractum ratum habuerit: his casibus dominus tenebitur, non quidem de in rem verso (nam hæc actio tantum ad eos pertinet, qui sunt in nostra potestate, vel conditionales sunt) Non tenebitur etiam condictione ex mutuo, ut diximus in *l. 13. sup. si certum petat.* Ubi pro lege ultima hujus tituli, citavi hanc legem. Male. Igitur non tenebitur condictione, sed actione negotiorum gestorum utili, non directa? Cur non directa? B Quia non ejus contemplatione pecunia credita est. Directa negotiorum gestorum actio competit, si credita sit ejus contemplatione, licet non sit versa in rem ejus. Contra utilis competit, si sit versa in rem ejus, vel si contractum ratum habuerit, licet ejus contemplatione data non sit. In rem versum, id est, ipse gestus, vel ipsa res parit actionem negotiorum gestorum, licet nostra contemplatione non fuit gestum, *l. si pupilli, §. sed si ego, in fin. & §. pen. D. de negot. gest.* Ratihabitio etiam parit actionem negotiorum gestorum, si quis alteri dederit meo nomine, vel si ab altero meo nomine acceperit, ut in hac specie, meo nomine gestor accepit. At ratihabitio non parit eam actionem, si quid gestum est, nulla ex parte gestum sit meo nomine, quod ad me pertineat: ut si quis non mei contemplatione filio emerit C servum, non necessarium, id à me ratum haberi nil attinet, cum meo nomine nullus intervenerit. Et ideo ea ratihabitio nil proficit, *dict. §. sed si ego*. Itaque finis hujus legis non est accipiendus de eis personis, de quibus est l. ultim. Qui dicuntur nostri homines, etiam sunt conditionales, & dicuntur pertinentes, *προσήκοντες*, & *προσδέοντες*.



AD TITULUM XXVII.

PER QUAS PERSONAS NOBIS ADQUIRATUR.

HIC titulus est potissimum de adquirenda per D alium obligatione, non de dominio, vel possessione. Quicquid acquiritur, vel dominium est, vel possessio, vel obligatio. Hæc nobis adquiruntur per eos, qui sunt in nostra potestate, & per liberos homines, & servos alienos à nobis bona fide possessos, ex re nostra, & operis. Item, per servos fructuarios ex iisdem causis. Per liberos homines, qui nec sunt in potestate nostra, nec bona fide à nobis possidentur, adquiri nil potest, quia deficit potestas, & possessio justa. Excipitur tantum possessio, quæ per procuratorem nobis adquiritur, per possessionem autem dominium acquiritur, si is, qui possessionem habuit, & tradidit, dominium etiam habuit: hæc ostendi in *l. 1. & l. per proc. inf. de acquir. poss. §. ex iis, Instit. per quas pers. nob. acq. Paul. 2. Sent. tit. 2.* Solam possessionem excipio. Pos-E sessio non adquiritur, nisi animo, & corpore: adquiritur animo nostro tantum, corpore autem nostro, vel procuratoris etiam nostri. Idque utilitatis causa receptum est, ut corpore alieno rerum possessionem volentes, vel ratum habentes, apprehendamus. Dominium per procuratorem non adquiritur, ut si procuratori nostro res tradatur ejus nomine, is autem eam accipiat nostro nomine, quasi negotium nostrum gerens, dominium ei acquiritur, nobis autem possessio, non dominium, *l. rec. D. de adquirend. rer. domin. l. quod meo, D. de adquir. possess.* At si procuratori nostro tradatur nostro nomine, & is etiam nostro nomine rem accipiat, possessio nobis adquiritur, & per hanc possessionem etiam dominium. Inde sic definiamus, per pos-

sessio-

rit, ei acquirat obligationem ex stipulatione, licet stipulando alium nominaverit, videlicet si jusserit specialiter servum sibi stipulari, & is alteri sit stipulatus: Nam ei, qui jussit, non nominato acquiritur obligatio. Item si simpliciter unus ex sociis jusserit servum stipulari, & is etiam simpliciter sit stipulatus, id est, sine nomine dominorum, ei, qui jusserit stipulari obligatio adquiritur, non alteri. Nam & hoc vetus est, verum jussum illud esse pro nomine, *l. servus communis*, *§. ult. & l. proinde*, *§. pen. ff. de stip. ser. & §. pen. Instit. eod. l. si servo*, *§. itemque*, *ff. de usufr.* At si jusserit simpliciter servum stipulari, & is alterum nominarit, hoc casu nominato acquiretur obligatio. In summa, cum unus ex dominis jubet specialiter servum sibi stipulari, plus valet jussum, quam nomen; cum vero simpliciter jubet, nullo alio adjecto, plus valet nomen, quam jussum. Hæc est definitio Justiniani. Hæc enim res controversa erat apud Jurisconsultos, quam definit hoc loco Imp.



AD TITULUM XXVIII.

AD SENATUSCONSULTUM MACEDONIANUM.

HOC Senatusconsulto utimur etiam hodie. Qui filiofamil. pecuniam credidit, is actionem habet pecuniæ creditæ ipso jure cum filio in solidum, vel etiam soluta potestate patria, in id, quod facere potest, cum patre de peculio: sed agenti obstat exceptio Senatusconsulti Macedon. quæ tam patri datur, quam filio, cæterisque liberis. Filiorum appellatione in hoc senatusconsulto continentur omnes liberi, *l. pen. hic*, *l. filium*, *ff. eod.* Senatusconsulto est cautum, ut ei, qui filiofamil. nummos crediderit (est enim tantum de nummis, non de cæteris rebus, ut vino, frumento, de quibus in creditum itur) vivo, mortuove patre, actio, petitiove non detur, *l. 1. ff. eod.* Actio, id est, certi condictio ex mutuo, vel stipulatu; petitio, id est, vindicatio exstantis pecuniæ, *l. sed etsi paterfam. §. hoc senatusc. ff. eod.* Sic etiam hæc verba, actio, petitiove, accipiuntur in senatusc. Vellejano, ut & in stipulatione Aquiliana. Non datur etiam actio hypothecaria creditori ex hac causa, ut colligi potest à contrario sensu, *l. 4. hic*. Quamvis autem senatusconsulto Macedon. ita caveatur, ne actio, petitiove detur, tamen ipso jure est actio, & omissa exceptione condemnatio sequitur, *l. tamen*, *ff. eod.* quæ interpretatio eadem est adhibenda in senatuscons. Vellejano, in quo sunt eadem verba, & tamen est necessaria exceptio senatuscons. Vellejani. Eadem etiam interpretatio adhibenda ad titulum Digestorum *quarum rerum actio non detur:* quia ille titulus est totus *de except.* hæc verba, *non teneri*, *vel actionem denegari*, non excludunt ipso jure actionem, & non excludunt necessitatem exceptionis. Bonæ leges, ut dicitur, natæ sunt ex malis moribus. Senatusconsulto Macedon. causam dederunt mali mores cujusdam fœneratoris Macedonis, *l. 1. ff. eod.* qui ut ait ea *l.* ne quid amplius dicatur, filiisfamil. pecuniam credebat incertis nominibus. Hoc satis est dici, ut cognoscatur malignitas Macedonis, qui filiisfam. pecuniam credebat nominibus incertis, puta cum nesciretur, quanto cum fœnore, cum crederet tacito grandi, & illicito fœnore. Iis sunt contraria certa nomina, quæ palam fiunt sub usuris licitis. Horatius in Epist.

Nominibus certis nummos expendere.

Eos etiam, qui filiisfam. credunt, ille idem taxat Satyr. lib.

Cicero pro Quintio: *Certis nominibus grandem pecuniam debet*, *&c.* Senatusconsulto Macedon. exceptio dicitur comparata in odium, & pœnam creditorum, neque tam in favorem filiorumfam. quam in eorum pœnam, *l. qui exceptionem*, *ff. de condict. indeb. l. etsi paterfam. §. pen. ff. ad Maced.* Ideoque putant Interpp. huic exceptioni filiumfamil. renuntiare non posse, quia non ejus gratia datur, sed creditorum odio, licet mulier Vellejano possit renuntiare: Nam Vellejanum est introductum mulierum tantum causa. In illo verbo, nominum, quo utimur in senatusconsulto, est sæpe erratum à librariis, & sæpe pro nominibus legitur, hominibus, & pro hominibus, nominibus, ut in *l. 2. in fin. ff. de custod. reor.* vulgo legitur, *nominibus sub fidejussore factis*. Recte Florent. *hominibus sub fidejussore factis*. Neque quicquam mutandum est. Sic Græci legunt *ἀπὸ τῶν ἐπ' ἐγγύας γενομένων προσώπων* 60. Basilicon, & ejus l. aperta est sententia. Quidam postulatus est, ut exhiberetur judicio criminali: is paruit edicto, & venit: ubi venit, aliud ei crimen objicitur, quod ante admiserat, non cogitur respondere. Idem etiam servatur in causis pecuniariis, & hominibus sub fidejussore factis, ut si quis in causa civili satisdederit judicio sisti, ejus causæ nomine, & veniat, tum alia quæstio ei moveatur, non ea, propter quam cavit judicio sisti; non cogitur respondere, nisi sit periculum, ne actio tempore pereat. Homines, qui caverint judicio sisti, dicit factos esse sub fidejussore, ut in *l. si fideicommiss. D. ut in possess. legat.* dicitur quis factus in possessionem, ut in Florent. more Græco: vulgo male, missus est. Græcis *γενέσθαι εἰς νομήν*: est etiam in *l. 2. inf. de usu. pupil. idoneis hominibus*: proculdubio legendum, *nominibus*, ut nominatim in *l. creditor*, *ff. de solution. l. D. Severus*, *ff. ad legem Falcid.* & apud Ciceronem in Pisonem, *hominibus saltem bonis*, legendum *nominibus*. Redeamus ad senatusconsultum Macedonianum. Sunt septem casus, quibus cessat exceptio senatusconsulti Macedoniani, qui omnes fere in hoc tit. proponuntur. Primus est: si filiusfamilias pro patrefamilias publice haberetur, & si in eo errore etiam fuerit creditor: hoc casu creditum non amittitur, *l. 2. hoc tit. l. 3. §. pen. ff. eod.* Secundus casus est, si filiusfamilias simulavit se esse patremfamilias, idque creditori persuasit inscio, & ejus conditionem ignoranti, tum creditor creditum non amittet, *l. 1. hic*. Mendaci, & deceptori filiofamilias senatusconsultum Macedonianum non opitulatur, sic nec edictum: quod cum eo, &c. quod est de actione in id, quod facere potest, *l. 4. §. 1. & l. eum, qui*, *D. quod cum eo*. Nec mulieri decipienti Vellejanum opitulatur, *l. 2. D. ad Vellej.* Mendacium filiifamilias probare debet creditor, qui id allegat, *l. 1. hic*. At ut initio diximus, non satis est, si filiusfamilias se esse mentiatur; sed etiam est necesse, ut ita existimet creditor, & eum esse filiumfamilias ignoret. Ignoranti non obstat exceptio senatusconsulti Macedoniani: scienti obstat, vel etiam ignoranti: improbabilis ignorantia ferenda non est. At si sint duo rei credendi, vel si sit unus numerator, alter stipulator, & unus sciat esse eum filiumfamilias, alter ignoret, quid fiet? Ulpianus scripsit utrique nocere, *l. item si filiusfamilias*, *§. non solum*, *D. ad Macedon.* Ergo scientia unius nocet ignoranti, quod est durum, & iniquum, & pugnat cum legibus innumeris, quas ibi affert Accursius, nec respondet. Ulpiani verba sunt: *Si alteruter ignorabat in patris potestate se esse*, *verius dicendum est*, *utrique nocere*. Illud (se) videtur abundare, nisi conjungatur cum verbo sequenti, sic: Severius dicendum est, id est, sequemur hac in re sententiam severiorem, ut in hoc tractatu severiores sententias amplectimur, quæ maxime faciunt contra creditores. Sic in *l. sed etsi paterfamilias*, *§. hoc senatusconsultum*, *D. h. tit.* inquit, severitate senatusconsulti contractus improbabitur. Tertius casus est, si mandato, jussu, voluntate, consensu patris filius mutuam sumpserit pecuniam, tum enim cessat senatusconsultum, si etiam permissu patris, id est, qualibet voluntate, & qualibet voluntatis indicio, *l. 2. hic*, *& l. 4.* de qua diximus in *l. 6. sup. quod cum eo*. Idem est si pater ratum habuerit contractum mutui, *l. ult. hic*, *l. item si filiusfam. §. pen.*

§. pen. D. eod. tit. Et ex mandato quidem, jussu, vel patris ratihabitione, ipse pater in solidum tenebitur quod jussu. Ratihabitio quoque patris filium obligabit in solidum, detracto exceprionis auxilio. Addit Justinianus in *d. l. ult. hic*, novella lege se definiisse generaliter, ratihabitionem omnem retrotrahi, mandato comparari, præterita confirmare generaliter, id est, sublata differentia facti, vel juris, ut est in *l. donationes*, *inf. de donat. inter vir. & uxor.* Inter juris auctores hac in re non conveniebat. (†) Omnes generaliter ratihabitionem non retrotrahebant. Plerique dicebant ratihabitionem confirmare quæ sunt facti, ut possessionem, pactionem, gestionem: non ea, quæ sunt juris. Ex ea lege novella ratihabitio omnis retrotrahitur, & ante gesta confirmat. Itaque cum dicatur *l. novella*, si tentaveris hodie hereditatem patri acquiri, quam filius adiit patris injussu, si modo postea ratam eam pater fecerit, id facile obtinebis ex generali novella: ut servatur in jure prætorio in acquirenda bonorum possessione: qua de re in *l. 1. inf. qui admitti*. Quartus casus est, si filiusfamilias sit miles, & mutuam sumat pecuniam, tenetur usque ad quantitatem peculii castrensis. Nec quærimus in quam rem impenderit. Et præsumitur impendisse in res castrenses, *l. ult. hic*, *l. 1. §. ult. D. eod.* Quintus casus est, si mutuam pecuniam filiusfamilias sumat in eam rem, quæ patris oneribus incumbit, ut si ex ea pecunia dotem pro filia, vel pro sorore sua det, dum pater abest peregre: Nam hæc dotis constitutio pertinet ad patris onus. Et hoc casu pater creditori tenebitur de in rem verso, *l. si filiusfamilias*, *ff. eod.* Idem est, si absens filiusfamilias studiorum, vel legationis causa, mutuam sumat pecuniam ad sumptus necessarios, quos solet illi pater subministrare: non si in ampliores sumptus. At in his casibus videndum est quam in rem impenderit pecuniam, puta, in dotem constituendam, aut sumptus necessarios. Nam si in eam rem impendit, ad quam est credita, pater tenetur de in rem verso; sin minus, de peculio tantum. Itaque seu in eam tem impenderit, seu non, cessat Macedonianum. Sed alias in patrem agitur de peculio, alias de in rem verso, *l. 3. §. proinde*, *l. pen. de in rem vers. l. item si filiusfam. §. quod dicitur*, *D. ad Maced.* At si jussu patris filio absenti pecunia sit data studiorum causa, pater in solidum tenebitur quod jussu: & perpetuo, etiam filio mortuo, nec in quid impenderit, inquiremus. Actio de peculio mortuo filio est annua de in rem verso: actio quod jussu mortuo filio est perpetua, sicut de in rem verso. Hic est sensus *l. 5. hic*. Sextus casus est, si filiusfam. paterfam. factus debitum agnoverit, ut si expromiserit novatione facta, vel etiam si pater solverit. Cessat hoc casu Macedonian. *l. item si filiusfam. §. ult. ff. eod.* *l. 2. hic*. At quid fiet, si pignus tantum dedit factus sui juris, an convalescit creditum? Non omnimodo. Nam hoc casu ei denegatur exceptio Macedon. usque ad quantitatem pign. *l. sed si paterfam. ff. eod.* Filiusfam. mutuo centum accepit, factus sui juris dedit pignus dignum tantum 50. in illa 50. tenetur sine ulla exceptione: in alia 50. non tenetur cum effectu. Quod etiam notandum, ut severius admissum: Nam alias sortis ratio non dirigitur ad pretium pignoris, sed seu pignus sit pluris, seu minoris, eadem sors manet, *l. si pro mutua*, *sup. si cert. pet.* At severitas senatusc. exigit hanc interpretationem. Septimus casus est. Si filiusfam. non contrahat mutuum principaliter acceptis nummis, sed emptionem sine fraude senatusc. & de pretio, & usuris eat in creditum, stipulatione interposita, actioni ex stipulat. non obstabit senatusc. Macedon. quia mutuum non contraxit principaliter, & si de nummis cavit, *l. 3. hic*, *& l. 3. §. pen. ff. eod.* Hoc casu eadem quidem est actio, idem titulus actionis, ut ait l. 3. ac si mutuum principaliter contraxisset, nempe certi condictio ex stipulatione; sed diversa causa obligationis, & origo. Verum cavendum est ne quid fiat in fraudem senatusconsulti hoc genere contractus.

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 38.*



AD TITULUM XXIX.

AD SENATUSCONSULTUM VELLEJANUM.

SUPERIUS senatusconsultum, quod heri exposuimus, est de nummis filiosfam. mutuo, aut fœnori datis. Hoc senatusc. est de intercessionibus mulierum. Intercessio est, si se, suave pro alio obliget: ut si fidejubeat, si expromittat, si mandet, si constituat, si in judicio aliquem defendat, si pignori res suas ponat: Item si cum creditor esset cum alio contracturus, interveniente muliere, cum ea ab initio contraxerit, videtur etiam hoc casu mulier intercedere pro eo, cum quo creditor initio contrahere decreverat *l. 19.* quæ ait id declarari edicto perpetuo, quod quidem expressum fuit senatusc. Vell. sed obscure, *l. 4. h. t. l. 2. ff. ad Vell.* his nempe verbis, *quod ad fidejussiones, & mutui dationes pro aliis, quibus feminæ intercesserint, pertinet*. Ubi dationis verbum passive accipitur, ut sæpe fieri diximus *sup. tit. quod cum eo*. Et recte Accurs. mutui dationes interpretatur, cum fœmina à dante mutuum accepit, quod alius erat accepturus. Itaque illis verbis senatusconsulti, hic etiam modus intercessionis notatur; qui tamen fuit postea apertius expressus edicto perpetuo, ut ait *d. l. 19. hic*. Sunt etiam multæ aliæ intercessionum formæ, vel quasi intercessionum. Ex his omnibus intercessionibus mulieres ipso jure obligantur, vel res earum pignoris jure: sed obstat exceptio intercessionis, vel senatusconsulti Vellejani, quæ datur non tantum mulieri, sed etiam ejus heredi, & mulieris fidejussori, & procuratori; ut cum is ea mandante pro alio intercessit, procurator hanc habebit exceptionem, si conveniatur ex sua intercessione, *l. 14. & 15. & 20. hic*. Omissa exceptione sequitur condemnatio. Potest tamen etiam post condemnationem actioni judicati opponi, ut etiam Macedoniani. Id dixi in *l. 19. de prob. sup.* Duo sunt casus, quibus in mulierem, si intercesserit, ipso jure actio non est: primus est, si pro marito intercesserit, nec pecunia in ejus commodum versa sit, *Novel. 134.* Alter casus est, si mulier sine scriptura, vel privato instrumento, vel publico, quod non habeat subscriptionem trium testium, pro alio intercesserit. Nam & hoc casu ipso jure est tuta, *l. antiquæ*, *§. ult. inf. hic*: quem recte Bulgar. interpretatur: alii male: Igitur si instrumento publico, quod trium testium subscriptionem habeat, mulier pro alio intercesserit, necessaria est exceptio. Denique his duobus casibus exceptis non alias intercidit actio adversus mulierem, vel heredem ejus, vel fidejussorem, vel procuratorem, quam opposita exceptione senatusc. Vellejani, *l. si decipiendi in fine*, *ad Vellejan.* Actor autem subducta muliere ope exceptionis, habet salvam actionem adversus reum principalem, videlicet si mulier pro alio fidejusserit, vel constituerit, vel mandarit, quibus modis principalis obligatio non novatur. Itaque his casibus muliere subducta, salva manet creditori actio principalis. At si novatione facta mulier pro alio expromiserit, subducta muliere, & actore excluso per exceptionem senatusc. Vellejani, vetus actio, quæ fuit novatione exstincta, restituitur in veterem debitorem, ita creditor credito non cadit. Et ob id ea actio dicitur restitutoria, & utilis *l. quamvis*, *§. si convenerit*, *& §. Marcellus*, *& §. si mulieri heres*, *& l. aliquando*, *§. ult. hoc tit.* Dicitur etiam rescissoria *l. 16. hic*: quia datur rescissa intercessione mulieris, subducta muliere, *l. ult. §. ult. ff. eod.* At quid fiet, si cum creditor esset Titio mutuam pecuniam daturus, ipsa intervenerit, & eam pecuniam mutuam acceperit, seque ab initio reum principalem constituerit, & deinde Titio eam pecuniam dederit? Hoc casu in Titium, cui mulier hoc

factum

factum voluit, nulla fuit actio. Ergo in Titium nulla restituitur, sed muliere confugiente ad beneficium senatusc. Vellejani, in Titium instituitur nova utilis actio: id ostendi in *d. l. quamvis*, *§. si cum essem*, *& l. quidam voluit*, *ff. ad Vellejan.* Et hæc duo genera actionum utilium notavit Justinianus in *d. l. antiquæ*, dum ait, Creditori antiquam actionem servari, vel parari novam. Igitur mulier, vel veterem, vel novam obligationem suscipit, *l. 18. hic*, *& l. quamvis*, *§. 1. ff. eod.* Si veterem suscipit, actio in veterem debitorem restituitur, ea muliere liberata: si novam suscipit, actio in eum instituitur, cujus bono cessit mulieris intercessio. Ex his apparet, in his causis creditoris creditum non intercidere, etiamsi liberetur mulier, quæ intercessit. Nam vel principalis actio salva manet, vel vetus restituitur, vel nova instituitur. Nunc ex l. 1. hic duo sunt tantum notanda: primum cessare senatusc. Vellejanum, si mulier pro alio solverit ultro, cum non intercessisset; & ideo solutum condici ab ea non potest, quod tamen condiceretur si locus esset senatusconsulto. Idque ostenditur in *l. 4. & 9. hic*. Et verum hoc est, sive solverit animo donandi, seu quasi gerens negotium debitoris alieni, seu ex mandato: Item seu pecuniam solverit, seu rem in solutum pro alio dederit: Item seu rem suam vendiderit extraneo, & ex pretio pro alio solverit, vel emptorem delegaverit; quia delegatio pro solutione est, *l. 5. ff. eod.* Solvere pro alio, non est intercedere. Intercedere, est, se vel sua obligare. His obstat *l. ult. §. item si mulier*, *ff. eod.* Species est: Mulier rem suam vendidit, & tradidit alieno creditori, vel personæ ab eo interpositæ, & ea conditione vendidit, ut is suum debitorem pro rei venditæ pretio accepto liberaret: Deinde mulier rem traditam vindicat: Obstat exceptio rei venditæ, & traditæ mulieri. Huic exceptioni obstat replicatio senatusc. Nam mulier replicabit, venditionem intercessionis causa factam. Senatusc. Vellejanum inducitur, & exceptionis, & replicationis modo; imo & actionis modo, ut cum mulier condicit, quod solvit ex sua intercessione, ex sua fidejussione. Verum ut respondeamus in specie ejus §. Mulier creditori nec rem in solutum dedit, nec rei pretium, sed cum creditore alieno venditi obligationem contraxit intercessionis vice, puta ea conditione, ut creditor debitam sibi ab alio pecuniam pro pretio rei venditæ acceptam faceret, quod est intercessionis vice. Et ob id mulier juvatur. Postremo notandum est cessare senatusconf. Vellejanum, si creditor nesciat mulierem intercedere. Ut Macedon. exceptio, ita Vellejana scienti obstat, non ignoranti: In hoc autem conveniunt, ut in aliis plerisque. Sed si ex duobus reis stipulandi, unus sciat mulierem intercedere, alter nesciat, non id dicemus, quod heri tradidimus de senatusconf. Macedon. paulo severius, scientiam unius alteri nocere: cum non sint tractandi, qui cum mulieribus contrahunt, eadem severitate, qua qui cum filiisfam. Unum senatusconf. spectat pœnam creditorum: alterum mulierum gratiam, & favorem. In causa senatusconf. Maced. creditor cum effectu creditum amittit. In causa Vell. creditor numquam creditum amittit: sunt & alia discrimina. Exceptio Vellejani parit condictionem indebiti, *l. 9. hic*. Exceptio Macedon. non item, propria ratione, *l. qui exceptionem*, *D. de condict. indeb.* Mulier potest renuntiare exceptioni Vellejani, *l. ult. inf. quando mul. tut. off.* *Novell. 94. &* 118. Filiusfam. non potest Macedon. renuntiare. At si quis dixerit. Qui fieri potest, ut creditor nesciat mulierem intercedere? Est hoc nobis explicandum. Id varie fit. Ut si mulier simulet se esse matrem, quod Accurs. tradit: At hoc exemplum est nimis crassum. Potest alio modo, ut si mandato mulieris quis fidejubeat pro alio, & hoc creditor nesciat fieri mandato mulieris: hoc casu fidejussori mulieris non dabitur exceptio, *l. si fidejussores*, *D. ad Vellejan.* Item si maritus consentiente uxore rem ejus pignori obligaverit, & creditor nesciat ea consentiente obligari: hoc etiam casu cessat Vellejanum, & ideo hoc casu exigitur creditoris scientia, *l. 5. & 7. hoc tit.* Item, quia constat cessare Vellejanum, muliere intercedente in rem suam, non cessare muliere intercedente in rem alienam. Si mulier in rem alienam intercesserit, & creditor justa ratione ductus, existimet eam in rem suam intercessisse, & ita credat pecuniam, ei non obstabit senatusc. Vellejanum. Finge: mulier, & Titius socii sunt, & in rem communem mutuam pecuniam accipiunt, ut ædes communes reficiant: duo rei debendi constituuntur, id est, singuli in solidum tenentur, & videtur alter pro alterius parte intercessisse: an mulier tenebitur in solidum etiam pro parte socii? Constat teneri, & cessare senatusconsultum Vellejanum, *l. vir uxori*, *§. ult. Dig. eod. tit.* Nunc finge: moribus Galliæ receptum est in locis plerisque, ut vir, & uxor sint socii bonorum in matrimonio quæsitorum, nisi aliud inter eos convenerit: nam certum est huic juri conventione posse derogari: nunc cum inter duos conjuges convenisset ne essent socii, & cum eam conventionem nesciret creditor, utrique pecuniam mutuam credidit, & duos fecit reos debendi, eos esse socios, & se in eorum rem communem credere existimans, cum conjuges conventionem dolo malo celarent. An igitur aget cum muliere in solidum? sic sane: & si opponatur exceptio senatusconf. Vellejani, creditor tamen replicabit de dolo, *l. 18. hoc tit.* Alia exempla hujus ignorationis sunt, si mulier pro alio expromittat, quem creditor justa ratione motus credebat mulieris esse creditorem, etsi revera non sit mulieris creditor, cessat senatusconsultum Vellejanum, quia putat creditor mulierem intercedendo rem suam agere, id est, se pro creditore suo obligare, justam ignorantiam exigimus, *l. vir uxori*, *D. ad senatusconf. Vellej.* ut in Macedoniano justam etiam ignorantiam exigimus, *l. penult. D. ad senatusc. Macedon.* *l. 1. tit. prox. sup.* Utriusque senatusconf. exceptio obstat, non tantum ei, qui scivit, sed & ei, qui scire debuit: justa ignorantia non obstat. Aliud exemplum est: Si mulier mutuam pecuniam sumat, mox eam marito, vel alii creditura, & ita alii potius, quam sibi contrahens, & hoc creditor nesciat, huic senatusconsulto Vellejano locus non erit, *l. si mulier marito*, *l. si mulier*, *l. vir uxori*, *l. bona fide*, *l. 4. in princip. D. eod. tit.* Verum hoc casu quælibet ignorantia creditoris est probabilis, quia principaliter cum muliere ab initio contrahitur. At cum ipsa intercedit, ut cum pro alio expromittit, quælibet ignorantia non est probabilis: Nam creditor tum debet esse diligens in exquirenda causa intercessionis. Hæc est sententia *legis vir uxori*. At si creditor sciat mulierem id agere, ut mox eam alii mutuam daret, tunc huic senatusconsulto Vellejano est locus. Denique, quod notandum est, huic senatusconsulto est locus, non tantum si alii crediturus mulieri pro eo intercedenti mutuam pecuniam dederit: sed & si alii non crediturus, mulieri alii mox crediture sciens eam pecuniam dederit: Et ideo in senatusconsulto Vellejano hæc verba (*mutui dationes*) sic accipiemus, cum alii datura, vel ab eo, qui alii daturus erat, mutuam pecuniam accepit. Nam utroque casu tacite videtur intercedere pro alio, cui datura accepit, vel cui daturus creditor, mulieri dederit, licet palam videatur sibi tantum mulier gerere negotium. At tacita intercessio est, & in fraudem senatusconf. quod etiam in hac specie contingit. Maritus rem uxoris pignori obligavit primo suo creditori ea consentiente: mulier videtur intercessisse pro marito rei suæ interventione: mox eadem mulier à secundo mutuam accepit pecuniam sub eodem pignore, & eam statim solvit primo pro marito, & pignus ab eo liberavit, an etiam hoc modo videtur intercessisse? Sane videtur: quia prioris intercessionis causa pecuniam mutuam accepit statim sub ejusdem rei obligatione, & eam solvit primo statim, & ideo huic senatusconsul-

to est locus, si secundus id agi sciverit, non si ignoraverit: Nam ignorantem semper excusamus. Hæc est species *l.Seja*, *§.ult. D. eod. tit.* His obstat *l.13. hoc tit.* quæ lex significat deficere auxilium senatusconsulti Vellejani, etiamsi creditor scierit mulierem mutuam pecuniam accipere jussu mariti, quod & in ejus usum insumpserit. Obstat tam *l.vir uxori*, quam *l.Seja*. Nam in utraque sumit mutuam pecuniam in usum, & rem mariti, & senatusconsultum non deficit, si scierit creditor, quid mulier ageret. At ut respondeamus, in *l.vir uxori*, vir, qui peconia egebat, ipse eam pecuniam non rogavit à creditore, sed uxorem suppoluit, quæ rogaret, & mox sibi crederet in fraudem senatusconsulti Vellejani, quam fraudem si creditor scierit, obstabit exceptio ejusdem senatusconsulti Vellejani: si vero ignoraverit, non obstabit. At in specie *l.Seja*, cujus rei obligatione mulier pro marito intercessit apud creditorem primum, ejusdem rei obligationem statim contraxit cum secundo, & statim etiam priorem intercessionem dissolvit: mutatur statim creditor, & obligatur res eadem, mutatio illa præpostera, & ejusdem rei obligatio, argumentum est fraudis quæsitæ senatusconsulto Vellejano. At in *l.13. hoc tit.* nihil est tale. Sed mulier revera sibi mutuam sumpsit pecuniam, in usum tamen, & rem mariti, sine ulla fraude senatusconsulti Vellejani. Igitur scientia hoc casu non obest creditori, quia intercessioni fraus non quæritur: Sed revera mulier ab initio sibi duntaxat contraxit, quamvis ea mente sit, ut quod sumat, in rem mariti impendat.

Ad L.II. Frustra senatusconsulti *exceptione, quod de intercessionibus fœminarum factum est, uti tentasti: quoniam principaliter ipsa debitrix fuisti. Ejus enim senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem ejus intercessit: sin autem pro creditore suo alii se obligaverit, vel ab eo se, vel debitorem suum delegari passa est: hujus senatusconsulti auxilium non habet.*

Ex l. 2. notandum est, senatusconsultum Vellejanum cessare si mulier intercedendo rem suam agat: ut si pro suo creditore expromittat delegata, vel ultro, vel si pro suo creditore debitorem suum delegaverit, *l. debitrix*, *D. eod. tit.* Item in specie *l.6. sup. tit.* Si mulier administrans bona filiorum suorum pupillorum, tutoribus eorum indemnitatem promiserit sub pignoribus, vel satisdato, hoc casu videtur in rem suam, non in alienam intercessisse: in rem suam, ut scilicet sibi administratio relinquatur: Et ideo senatusconsultum Vellejanum cessat, *l. 2. infra*, *si mater indemnitatem promiserit*. Detracta etiam hac causa administrationis, propter quam indemnitatem tutoribus promittit mulier, promittendo tutoribus liberorum suorum indemnitatem ex causa directæ actionis tutelæ non videtur intercessisse. Et ideo cessat Vellejanum. At ut subjicitur in *l. 6. hoc tit.* si tutore pupilli se excusare volente mater se interposuerit, & tutori promiserit indemnitatem, ut ad tutelam accederet sine periculo, locum habet senatusconsultum Vellejanum, quia pro se non videtur intercedere, sed pro filio, & contrariæ actionis tutelæ obligationem suscipere pro tutore apud pupillum: nondum quidem illa obligatio est contracta, sed etiam intercessio fit futuræ obligationis nomine. At huic parti *l.6.* obstat *lex quamvis*, *§.1. ff. eod. tit.* Species cujus §. hæc est: Mulier intervenit apud tutorem pupilli filii sui, ne filii sui prædia distraheret, quæ necesse habebat distrahere, & ei ex ea causa indemnitatem promittit: ait lex, eam non videri intercessisse: & ideo senatusconsultum Vellejanum cessat, quia non suscepit alienam obligationem novam, aut veterem, sed ipsa obligationem hanc creat, & ideo non est intercessio. Denique in ea specie mater promittendo indemnitatem tutori filii non intercessit. Contra est in *l. 6.* cui ita respondendum est: ideo in specie *l. quamvis* mulier non intercedit: quia dum promittit tutori indemnitatem, ne filii sui prædia distrahat, hoc videtur promittere, si conventus tutor directa actione tutelæ ob prædia non distracta, ob id aliquid ipse, quasi re non bene gesta, præstiterit à se indemnem futurum iri eo nomine. Verum illa hoc promitteodo, alienam obligationem non suscipit: sane non suscipit obligationem pupilli: sed tutoris potius, qui tenetur directa actione tutelæ ob prædia non distracta, quæ distrahere debebat: tutoris etiam obligationem non suscipit, quasi intercedendo apud tutorem: nam se obligat tutori, & pro eodem ipso tutore: intercedere autem est pro alio alii se obligare, ut in *l.6.* quam tractamus. Pro pupillo, inquit lex, mater se tutori obligavit: Contra ait *in fine l.6.* pro tutore se pupillo obligare, ut si mater tutorem filio petierit, & periculum tutelæ in se receperit, id est, si pro tutore pupillo caverit, hoc est intercedere, *l. 1. inf. si mat. indemnit. promis.* At si pro tutore mater eidem tutori se obligaverit indemnitatem promittendo; hoc non est intercedere, *l.tutor*, *ff. ad Vellejan.* Intercessor est quasi medius quidam inter duos. Sic accipiendum est, quod dicit Paulus 2. *Sentent. eod. tit.* mulierem, quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, non pertinere ad hujus senatusconsul. Vellejani beneficium, nempe si pro tutoribus, & eisdem tutoribus indemnitatem promisit, ut in *l.quamvis*, *§. 1.* Et ita etiam hæc omnia rectissime exposuit Bulgarus. Addendum est ex *l.8.* si pro patre filios, & filia expromiserint singuli in solidum, subtracta filia beneficio senatusc. Vellejani, filius in solidum tenetur, *l.si Titius*, *ff. de fidejussor.* quam exposui in *tit. de constituta pecunia*, *supra*. At si filius, & filia pro parte expromiserint novandi causa, & singuli pro parte, filia subducta beneficio hujus senatusconf. filius tenetur pro sua parte; pro parte autem filiæ in patrem restituitur actio personalis: datur etiam hypothecaria, si in veterem obligationem pignora pater dederat, *l. quidem voluit*, *ff. eod. tit.* Hypothecaria verius datur, quam restituitur: *l. aliquando*, *§. 1. ff. eod. tit.* Mulieris ex promissione non tollitur naturalis obligatio, & ideo idem pignus manet, nec etiam necesse est restitui hypothecariam: sola personalis restituetur. Postremo notandum ex l.11. pleraque concedi extraneis, quæ non conceduntur conjugibus, *l. ult. C. Theodos. de legit. heredib.* Ut extraneo donare possum, conjugi donare non possum. Extraneum possum heredem instituere, conjugem non possum ex l. Papia Poppæa. Hodie possumus. Pro extraneo si mulier intercesserit, valet intercessio, nec rescinditur, nisi per exceptionem: si intercessit mulier pro marito, ipso jure intercessio non valet. Verum licet inter virum & uxorem donatio non valeat, tamen remissio pignoris valet: ut si uxor viro pignus remiserit sibi obligatum forte dotis nomine, vel alia quavis causa: remissio pignoris non habetur pro donatione, *l. & si pignus*, *ff. quæ in fraud. creditor.* Licet etiam intercessio mulieris pro marito non valeat, tamen remissio pignoris valet, etiamsi pignus remittendo negotium alteri gerere voluerit, *l. 11.* Et huc spectat *l.11.* dum ait, mulierem pignus recte remittere: hanc remissionem non contineri senatusconf. Vell. quod explicat latius *lex quamvis*, *ff. eod. tit.* Remissio igitur pignoris neque donatio est, neque intercessio. De remissione pignoris etiam est *l.jubemus*, *inf. hoc tit.* verum ei, quod diximus, remissionem pignoris non esse intercessionem, obstat *lex vir uxori*, *§. 1. ad Vellejan. senat.* Cujus species hæc est: res viri erat mulieri obligata duplici ex causa, dotis, & crediti: id non ignorans secundus creditor pignus luit ex causa dotis, soluta dote; de causa crediti nihil dictum est: atque ita secundus creditor eandem rem in causam pignoris jure accepit; consentiente muliere: Consensus hic mulieris videtur

esse

esse remissio pignoris ex causa crediti: Et tamen lex ait senatusc. locum esse. Remissio ergo pignoris intercessio est. Et hoc ex illo §. recte colligitur, si modo ponas ex una causa pignus lui, ex altera remitti: at non est ita ponendum. Luitur quidem pignus in hac specie ex una causa, non tamen remittitur ex altera. Consensus ille non est pignoris remissio ex altera causa, de qua subjicuit mulier: Sed consensus ille est intercessio mera: quia rem sibi adhuc ex altera causa obligatam, mulier obligari consentit, & ita intercedit. In ea specie dixit tantum mulier secundo creditori, rem sibi esse obligatam ex causa dotis, de causa crediti nihil dixit, dum scilicet vult pignus ex ea causa retinere, & consentire ejus obligationi, in fraudem senatusc. Vellejani, retento pignore ex causa crediti. Atque ita est explicandus hic §. Atque ita certum est remissionem pignoris non esse intercessionem.

Ad L. XXI. *Jubemus licere mulieribus & pro uno contractu, vel certis contractibus, seu pro una, vel certis personis, seu rebus, juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renuntiare: quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum, illibatumque custodiri: ita tamen, ut & si generaliter tali renuntiatione pro uno (ut dictum est) contractu, sed certis contractibus, vel ad unam, vel ad certas res seu personas consensum proprium accommodantes usæ sunt, vel fuerint: eadem renuntiatio ad illos contractus, & illas res, seu personas, quibus consensum suum proprium accommodaverunt, vel accommodaverint, coarctetur: ne aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt, vel consenserint, prætendentib. eam, opponendi licentia præbeatur. His scilicet omnibus, quæ in præsenti, per hanc consultissimam legem statuimus, ad præteritos nihilominus contractus pro negotiis & controversiis, necdum transactionibus, vel definitivis sententiis, seu alio legitimo modo sopitis, locum habituris.*

LEx *Jubemus* est etiam de remissione pignoris: cujus sententia hæc est: uni debitori factam remissionem pignoris mulieri non nocere adversus alios, qui eandem rem mulieri obligarunt ex eadem, aliave causa: ut pignus obligatum à primo, & secundo, remissum primo, non videtur & secundo remitti. Item lex ait, remissionem pignoris factam ex una causa non porrigi ad aliam, ut si pignus sit obligatum ex causa dotis, & crediti, & remittatur ex causa dotis, non videtur etiam remitti ex causa crediti. Item l. ostendit pignori obligatis rebus pluribus, & unius pignore remisso, alias res in obligatione manere. Sed huic sententiæ opponitur *l. Paulus respondit, quibus modis pign. vel hypoth. solv.* Ubi ponendi sunt tres creditores, primus, secundus, tertius, inter quos servatur ordo, cum de pignoribus agitur: primus creditor videtur pignus remittere, si consentiat debitori rem obliganti tertio creditori: non tamen sic tertius successit in locum primi, ut anteponatur secundo. Nam secundus potior erit primo per remissionem pignoris, vel exceptionem remoto, *l. major 1. de pignerat. act.* Ex eo colligunt, remissionem pignoris factam in gratiam tertii, non tantum tertio prodesse, sed etiam secundo: verum hoc l. nostræ non obstat. Remissio pignoris fit debitori, non alii creditori. Si fieret remissio pignoris creditori, facta uni, alteri non prodesset: at remittitur pignus debitori, licet id fiat plerunque in gratiam cujusdam creditoris. Et ideo si ex pluribus debitoribus sub eodem pignore, uni fiat remissio pignoris, non prodest aliis omnibus: tamen creditoribus ejusdem debitoris, qui sequuntur, prodest, quia pignus in totum liberatur à primo creditore, qui id remittit, & deinceps in id concurrunt omnes, qui sequuntur. Nec quicquam facit, quod fit remissio in unius tantum gratiam: Nam pignus in totum solvitur à primo creditore. Itaque lex illa nihil obstat: Nam non probat uni debitori remissionem factam prodesse aliis, sed remissionem factam debitori in gratiam unius creditoris, prodesse etiam sequentibus creditoribus.

Ad L. XII. Si dotare filiam *volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium Senatusconsulti falso putas: Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam prudentes viri putaverunt.*

EX l. 12. notandum est, cessare Senatusconf. Vellejanum, si mulier pro filia dotem promiserit, & res suas pro ea obligaverit genero suo. Loquitur lex de filia: sed idem est, si mulier pro alia fœmina dotem promiserit, ut docet *l. ult. hoc. tit.* dotem pro filia promittere, sive ea fœmina, pro qua dos promittitur, sit obligata, seu non, hoc est intercedere nuptiis contrahendis. Sed dotium favore est receptum, ut hæc intercessionis causa non pertineat ad Senatusconsult. Vellejan. Idque receptum est non tantum ante Justinianum, sed etiam à prudentibus, Prudentes, inquit, l. exceperunt hanc causam intercessionis. Idem receptum favore libertatis, *l. pen. hoc tit.* Si servo obligato, vel non, mulier pro ejus capite pecuniam promiserit, hæc etiam causa intercessionis Senatusconsulto non continetur. Præterea notandum ex l. 22. cessare Senatusconsul. Vellejanum, si mulier, quæ pro alio intercesserit, post biennium denuo se obligaverit ejusdem rei nomine, vel si eodem nomine satisdederit, si exposuerit secundam cautionem, qua agnoscat primam: idem traditur in *Novel. 61.* quæ ait, mulierem non pertinere ad Senatusconsultum Vellejanum, si post biennium cautionem primam agnoverit. Sed id tantum locum habet, si pro extraneo, non pro marito intercedat: Nam & si pro marito sæpius intercedat, non tenetur, *Novel. 134.* etiamsi post biennium iteretur intercessio. Postremo notandum ex l. 23. cessare Senatusconsult. Vellejan. si mulier quid acceperit, ut pro alio intercedat. Cujus rei probatio ab actore exigitur, nisi instrumento publico, quod habeat subscriptionem trium testium, comprehensum sit, dixisse mulierem, se causa intercessionis pecuniam accepisse: hoc si sit scriptum, non exigetur probatio ab actore, si modo instrumenti fides in dubium non vocetur. Additur etiam in ea lege 25. restitui actionem in veterem debitorem, non tantum subducta muliere beneficio Senatusconsulti Vellejani, sed etiam eo casu deficiente Senatusconsulto Vellejano, si mulier non sit solvendo: quod valde novum est. Namque alias datione expromissoris, etiam si is non sit solvendo, debitor omnino liberatur, nec in eum actio restituitur, quia creditor bonum nomen facit, qui eum expromissorem probat, & admittit: sicut hereditatem locupletem facit, qui eam adit: & ideo obligatur in solidum, etiam supra vires hereditarias, *leg. inter causas, §. abesse, D. mand.* Cum igitur id sit valde novum, non est porrigendum ad alios casus deficientis Senatusconsulti Vellejani: Nam si in mulierem, quæ intercessit, sit actio cum effectu, cessante Senatusconsulto Vellejano, licet mulier non sit solvendo, tamen in veterem debitorem non restituetur actio.

AD TITULUM XXX.

DE NON NUMERATA PECUNIA.

HIc Titulus est de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ dicitur à Græcis *ἀναργυρία*, & veritatis servandæ causa comparata est, *l. 1. hoc tit.* seu tota pecunia, seu pars ejus non sit numerata. Nam excipitur, vel de toto, vel de parte non numerata, *l. 2. hoc. tit.* Hoc autem habet proprium hæc exceptio, ut qui eam excipit, non probet, sed onus probandi transferat in actorem, ut diximus in *tit. de con-*

condict. ob turpem causam; *in fi. sup. l. 1. sup. de prob.* Item, id habet proprium, ut non tantum actioni opponatur exceptio, sed etiam sine actione in modum querelæ contestetur. Contestatione autem perpetuatur, alioqui temporalis est exceptio. Id ostenditur in *l. 8. 9. & 14. §. pen. hoc tit. l. ult. sup. de condict. ex lege*. Ea contestatio fit creditori præsenti ex scripto, vel si creditor absit à loco, ubi contractum est, vel si sit difficilis conventu, veluti si in magistratu positus sit, fiet contestatio apud judicem ordinarium, vel civitatis defensorem, vel episcopum, *d. l. 14. §. pen. & ult.* quæ pars *leg. 14.* est repetita in *l. si præsens, supra, de Episcop. audient.* & similiter, quod in *ea l. 14.* est scriptum de apochis tributorum publicorum, id est repetitum in *l. ult. inf. de apochis public. lib. 10.* Item fini *d. leg. 14.* qui quidem est de exceptione non numeratæ dotis, est conjungenda *l. ult. de dote cauta, & non numerata*: utriusque est eadem inscriptio, & subscriptio. Qua ex causa datur hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, ex eadem etiam datur condictio cautionis, seu liberationis: ut si quis scripserit sibi numeratum, quod non est numeratum, spe numerationis, condicet chirographum, *l. 7. hoc tit. l. 3. sup. de condict. indeb.* Hæc condictio est perpetua, & adjunctum habet onus probandi. Itaque ejus condictio longe est ab exceptione diversa: Est enim perpetua hæc condictio, quia habet adjunctum onus probandi, quod non habet exceptio non numeratæ pecuniæ. Atque ita condictio indebiti, si per errorem solutum sit ex cautione non numeratæ pecuniæ, erit perpetua cum onere probandi, quod intenditur: hæc exceptio etiam, de qua tractamus, erit perpetua, si reus onus probandi suniat, nec exigat ab adversario probationes, sed eas ipse offerat. Ita recte sensit quidam ex veteribus, argumento *legis 10., hoc tit.* Datur etiam interdum non exceptio ex hac causa, sed replicatio ejusdem naturæ, & conditionis, *l. pen. hoc tit.* Et in specie hujus leg. s. si pignus à me datum spe futuræ numerationis vindicavero, contra exceptionem dati pignoris, & nondum solutæ pecuniæ, dabitur replicatio non numeratæ pecuniæ, ita est accipienda l. 1 hoc tit. quæ repetita est in *l. 1. inf. si pignoris convent. numerat. secuta non sit*. Idem colligitur ex *d. l. 1. hoc tit.* contra cautionem, sive chirographum dari exceptionem non numeratæ pecuniæ, etiamsi hypotheca data sit, & cautioni pignus additum sit, *l. 3. hoc tit.* Idemque est, si cautioni additum sit jusjurandum, id est, si cum religione jurisjurandi, scripto quis sit testatus se pecuniam accepisse, *l. 16. hoc tit.* Id etiam colligitur ex *d. l. 1.* hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ, non tantum dari contra actionem creditæ pecuniæ ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam contra actionem hypothecariam, *l. 1. in fi. hoc tit.* Et biennio hæc exceptio concluditur ex constitutione Justiniani, olim quinquennio, *l. 1. C. Hermogenian. de cauta, & non numerata pecunia*. Hodie biennio, post biennium non potest opponi. Datur etiam hæc exceptio contra actionem ex stipulatu de dote. Et hoc casu non biennio, sed longiore tempore concluditur in favorem dotium, quod tempus præfinitur *l. ult. de dote cauta, & non numerata, & Nov. 100.* Et hæc exceptio non numeratæ pecuniæ opponitur etiam contra quamlibet aliam actionem ex stipulatu. Sed quid si debitum ex causa venditionis, vel conductionis deducatur in stipulationem, & scribatur hæc stipulatio (ut fit plerumque) an contra actionem ex stipulatu ex his causis opponatur exceptio non debitæ pecuniæ? nam cum debitum ex alia causa in stipulationem deducitur, non est necesse, ut stipulationis tempore pecunia numeretur: sed ut debitum præcedat: quod si non præcesserit, tum contra actionem ex stipulatu, opponetur exceptio non debitæ pecuniæ. *l. 5. & 13. hoc tit.* Et hæc exceptio erit perpetua, quia habet adjunctum onus probandi, *l. 13. hoc tit.* de qua in l. 1. sup. de probat. Contra alias autem actiones, quæ nascuntur ex obligationibus re contractis, opponitur exceptio non datæ rei, vel pecuniæ: veluti contra actionem depositi, opponetur exceptio non dati depositi, vel contra actionem commodati, exceptio dati, non commodati. Et exceptio hæc his casibus etiam biennio concluditur: Nam lex 14. hoc tit. significat eam exceptionem locum habere in omnibus contractibus, qui re contrahuntur, eamque biennio finiri. Opponitur etiam exceptio non solutæ pecuniæ contra apochas, *d. l. 14.* Et hoc casu non biennio concluditur, sed mense, quia plus favemus liberationibus, quam obligationibus. Denique hæc exceptio hæc omnia complectitur, non numeratam scilicet pecuniam, non solutam, non debitam, non datam rem, vel solutam. Et modo est perpetua, modo temporalis, modo mensis, modo biennii, modo temporis prolixioris. Datur autem exceptio hæc non tantum reo principali, sed etiam ejus mandatori, & fidejussori, & heredi, *l. 8. 12. & penult. hoc tit.* Expromissori autem non datur, *l. 6. hoc ipso tit.* Idque est verissimum, si pro suo creditore expromiserit, quia etiamsi solverit, indebiti condictionem non habet. Sed si expromiserit pro eo, cui nihil debebat, cuique stipulator pecuniam non numeraverat, si conveniatur ex stipulatu, se tuebitur exemplo fidejussoris, exceptione in factum non numeratæ pecuniæ, vel doli, *l. quamvis, §. interdum, D. ad Senatusc. Vell. l. Julianus, D. de doli except.* Ubi citatur Julianus *l. 1.* & in *l. 2. D. de donat.* Addatur, dari etiam hanc exceptionem aliis creditoribus rei principalis, qui agunt, vel conveniuntur actione hypothecaria, *l. pen. hoc tit.* Hanc igitur exceptionem habet, non tantum qui se principaliter cautione obligavit inconsiderate, sed & ejus creditor, si cum eo agatur actione hypothecaria ab eo, in quem illa cautio exposita est, & cui cautum est. Namque ei actioni opponetur exceptio *ἀναργυρίας*. Hæc exceptio certis casibus cessat. Primum, si fidem cautionis promissor agnoverit, *l. 4. hoc tit.* quod fit solutione partis: quo etiam casu filiusfamil. post emancipationem amittit exceptionem Senatusconsulti Macedoniani si solvat partem, *l. 2. sup. ad Macedon.* His possunt addi quæ diximus de solutione partis, *sup. tit. ne uxor pro mar.* Secundo cessat hæc exceptio, si quis transactionis causa certam summam caverit: nam frustra excipit de non numerata pecunia, *l. 11. hoc tit.* Nam etiam ex causa transactionis solutum condici non potest, quamvis debiti causa nulla præcesserit, *l. 2. sup. de condict. indeb.* Tertio hæc exceptio cessat, si quis argentariis, & publicæ mensæ exercitoribus caverit certam quantitatem dari, & hoc fuit nominatim definitum *Nov. 136. & edicto Justin. 7.* (nam quod apud eos fit, maxime fidem facit) Ideoque ex eis Novellis generaliter dicendum est, hanc exceptionem cessare, si quis publico instrumento caverit certam quantitatem, de quo Accursius dubitavit, sed id expediunt Novellæ: & contra chirographum opponitur exceptio, contra publicum instrumentum non opponitur, nisi probetur falsum: Præterea hæc exceptio non opponitur chirographis, vel apochis rerum depositarum, *l. 14. §. 1. hoc tit.* Ut si quis scripserit, se rem accepisse in causam depositi, quam vocant securitatem, & *ὁμολογίαν ἀπολυτικὴν*, & apocham, apocha tria significat, acceptilationem, professionem acceptæ pecuniæ debitæ, & professionem acceptæ pecuniæ non debitæ, ut in causam depositi. Et contra hanc apocham non potest opponi exceptio non dati depositi, ne in reddendo deposito fiat mora: quod probatur confessione depositarii: idque introductum est favore depositi: sicut etiam illud, ut actioni depositi non opponatur compensatio, deductio, retentio. Sic hæc exceptio non opponitur, ne quid moretur redditionem depositi. Itaque non idem dicemus de apocha redditi depositi, qua in re Accursius fallitur: Nam hic non subest idem favor, & exceptionis, & apochæ. Itaque contra apocham redditi depositi, quam emittit, qui deposuit, cuique redditur depositum, non dicemus non posse opponi exceptionem non redditi depositi. Ideo si qui deposuit, agat depositi, & depositarius apocham proferat, repli-

replicabitur de non reddito deposito, negabiturque veram esse scripturam, & dicetur id fuisse scriptum spe futuræ redditionis. Præterea hæc exceptio non opponitur apochis publicorum tributorum, *d. l.* 14. Atque id introductum est favore collatorum, qui à fisco apocham accepit securus est, etiamsi dicatur emissa spe futuræ numerationis. Postremo, hæc exceptio non opponitur apochis traditæ dotis, quæ fiunt post tabulas matrimoniales, id est, post dotalia instrumenta; quod etiam significat *d. lex* 14. Est quidem locus exceptioni non numeratæ, vel non datæ dotis, cum tabulæ tantum nuptiales confectæ sunt, in quibus est perscriptum viro dotem datam, vel promissam esse, & hoc est quod ait *lex.1.inf.de dot.caut. & non numer.* Dotem non facit, ait, dotalis instrumenti scriptura: item *l. ult. eod. tit.* In dotibus, inquit, quas datas esse, &c. Idem significat *Novel.*100. At si præter nuptiales tabulas, in quibus scriptum est dotem datam, apocha etiam maritus caveat, se recepisse dotem ab uxore vel à socero: contra hanc scripturam non dabitur exceptio non numeratæ dotis. Quod introductum est favore dotium. His casibus, quibus ab initio cessat exceptio non numeratæ pecuniæ, non potest etiam ab adversario deferri jusjurandum, *d. l.* 14. *h. tit.* His casibus, qui cavit neque potest excipiendo exigere probationes debiti à creditore, nec eum cogere ut juret sibi deberi. Cautio namque sufficit, nec adigendus est actor ad jusjurandum. Excipitur unus casus *Novell.* 136. *de argent. contract. §. ult.* Rationibus argentarii, exprimentibus causam debitorum, debitor subscripsit sua manu, causas tamen debitorum non expressit (nam alioqui constat cessare exceptionem non numeratæ pecuniæ, etiamsi res ei esset cum alio, non cum argentario, *l.* 13.*hoc tit.*) Sed ut dixi subscripsit tantum: lex ait, argentario non posse opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ; & rationes ejus subscriptas à debitore haberi pro publicis instrumentis: sed jusjurandum ab argentario posse peti intra biennium. Et ita legi 14. derogatur, ut ea Novella significat. Idem est, si exceptio non numeratæ pecuniæ sit tempore finita: Nam post biennium, vel mensem literis statur omnimodo, nec jurare cogitur, qui eis literis nititur, *d. l.* 14. Et ita nudis literis obligatio contrahitur, tempore finita hac exceptione, etiamsi numeratio non sit secuta, *tit. de liter. obligat. Institut.* Sed de literarum obligationibus nulla est in Pandectis mentio, sed de obligatione, quæ re, vel verbis, vel consensu contrahitur, *l. Græce*, *§.* 1. *de fidejuss. l.* 1. *de novat. l.* 1. *§.* 1. *& l. obligamur*, *de obligat. & action.* Hæc fuit vetus divisio obligationis, aut re, aut verbis, aut consensu, aut nominibus: nomina apud mensam argentariorum in foro fiebant: Sed obligatio nominum sublata est. Obligationem etiam nominum prudentes non agnoverunt, quia exceptio non numeratæ pecuniæ olim fuit perpetua. Ergo nulla fuit literarum obligatio. Constitutiones novissimæ eam exceptionem fecerunt quinquennalem, deinde constitutio Justiniani biennalem vel menstruam ecundum ea, quæ diximus.



AD TITULUM XXXI.

DE COMPENSATIONIBUS.

Compensatio ita definitur in *l.* 1. *eod.* debiti & crediti inter se contributio: ubi Accurs. debiti, inquit, ex utraque parte, & inter se, id est, inter contrahentes. Sed hoc totum est rejiciendum, quia his verbis nemo non videt significari sui æris, & alieni æris computationem, puta, cum quis quod alteri debet, confert cum eo, quod sibi debetur, & cum utrumque communi calculo subjicit: propter quod etiam Græci *συμψηφισμὸν* vocant, & *ἀντίλογον*, *Theophilus Instit. §.* 1. *de societ. & §. in bonæ fidei*, *de actionib.* Et Græcus quidam compensare dicit, *ἀντιλογίζειν*. Fit autem ex causa pari compensatio; vel etiam dispari, ut si tu mihi debeas ex mutuo, ego vero tibi ex vendito. At fit tantum compensatio ex specie pari. Paulus *libro* 2. *Sentent. tit.* 5. Ut pecunia compensatur cum pecunia, aurum cum auro, frumentum cum frumento. Denique, ea tantum in compensationem deducuntur, quæ pondere, numero, & mensura constant: quia ea sola mutuam permutationem recipiunt: corporis cum corpore non fit compensatio, licet cum de corporibus agitur, dicatur, sed improprie, compensationi locum esse: id semper est accipiendum corporibus ad æstimationem redactis: æstimationes illæ ultro citroque concurrentes quantitate compensantur. Addendum, compensationem fieri ipso jure, ut si tibi centum debuerim, & tu postea mihi debere cœperis sexaginta, nunc ipso jure non debeo tibi nisi quadraginta, & ejus duntaxat summæ usuræ currunt ex mora, vel stipulatione, secundum causæ, vel judicii qualitatem, *l.* 4. *&* 5. *hoc tit. l. cum alter*, *D. eod. l. ejus*, *inf. de solution.* Et si tu à me petas centum nominatim, plus petas, quia deminutum est debitum ipso jure, & in plus petiti periculum incidas. Paulus supradicto loco. Item, si in eadem specie ego solvam illa centum per errorem, mihi competit condictio indebiti, *l. si ambo*, *D. eod. tit.* Igitur exceptionem doli opponere, vel compensationem allegare non est necesse: Nam ipso jure obligatio minuitur, *l. postquam*, *D. eod.* At olim tantum id obtinuit in actionib. bonæ fidei, *d. §. in bonæ fidei*, *& d. lex si ambo*, nominatim loquitur de actione societatis, quæ est actio bonæ fidei: At contra *l. inter tutores*, *D. de administ. tut.* quæ ait, æquitatem merum jus compensationis inducere sine exceptione, id est, æquitatem ipso jure compensationem inducere sine compensatione, loquitur de qualibet actione, & *d. lex postquam*, *& lex cum alter*, *eod. tit. & lex* 4. *&* 5. *hoc tit.* Et lex quinta nominatim loquitur de actione stricta ex testamento. Et male Accursius legem quartam coangustat ad rationem usurarum. Dicit enim in actionibus strictis ipso jure compensationem fieri, quod ad rationem usurarum attinet, ut inhibeantur pro modo concurrentis quantitatis. Sed male: nam licet ea l. 4. de usuris loquatur, ratio tamen leg. 4. est generalis: quia ipso jure pro soluto compensatio habetur. Idem etiam male tradit, in maleficiis ipso jure compensationem fieri, licet sint actiones strictæ, si agatur ex maleficio, allata *l. si ambo*. *§. quoties*, *D. eod. tit.* quæ lex, si furti vel condictione furtiva, vel noxali judicio agatur, dicit compensationem locum habere, ipso jure fieri non dicit. Et quod est initio *leg. si ambo*, quo etiam Accursius utitur hujus sententiæ firmandæ causa, id est de culpa, & negligentia sociorum, quod maleficium non est, & de actione societatis, non de actione ex maleficio. Itaque ea sententia non potest substineri. At quid propositis dicemus? Proposuimus in actionibus bonæ fidei tantum ipso jure olim admissam compensationem: at postea multas leges attullimus, quæ dicunt compensationem in qualibet actione admitti ipso jure: hæc est mea sententia. Olim in actionibus strictis, nec ipso jure, nec per exceptionem compensatio admittebatur, ipso jure in bonæ fidei actionibus admittebatur, quia exceptiones doli bonæ fidei judiciis insunt: deinde cœpit etiam postea in actionibus strictis admitti compensatio, opposita doli exceptione, ex constitutione Divi Marci, *§. in bonæ fidei*, *Instit. de actionib.* quod non extat alibi. Judicium strictum opposita doli exceptio reddit bonæ fidei actionem. Ergo ex illa constitutione admissa est compensatio in actionibus strictis. Exceptio doli strictam actionem bonæ fidei facit, *l. Seja*, *de mort. causa donat* & ibi Doroth. in lib. Basil. tandem post Marci constitutionem, quæ admiserat doli exceptionem, constitit inter omnes prudentes, ubique ipso jure compensationem fieri, & in bonæ fidei, & strictis judiciis. Et hic est sensus

legis

legis postquam; id est, postquam finita est vetus controversia, A inter Jurisprudentes, quod & constitutio Severi confirmavit, *d. l. cum alter*, *eod. tit.* id est, Alexandri, & *l. 4. hujus tit.* & 5. ita definiunt aperte. Deinde etiam id confirmavit aperte constitutio Justiniani, *inf. l. ult. hujus tit.* In qua lege quidquid constituitur, jam fuerat ante constitutum. Constituitur primum, ut ipso jure fiat compensatio in omnibus actionibus, quod ante receptum fuerat, nec id sibi vindicat Justin. deinde ut non fiat compensatio, nisi debiti liquidi, id est, certi, & confessi, & præsentis. Confessum debitum liquidum est: item id, de quo extitat sententia judicis. Ita certi debiti confessi fit compensatio, controversi, vel incerti non fit, ut in specie *legis si debeas*, *D. eod.* Si debeas decem, aut hominem, utrum adversarius elegerit, B hujus debiti compensatio non fit, antequam adversarius elegerit, quia nondum est certum, quid debeatur, cum sit debitum in potestatem creditoris collatum, nec is palam dixerit, quid sibi præstari velit. Item ejus, quod per exceptionem perimitur, quæ expugnat naturalem obligationem, non fit compensatio, *l. quæcumque*, *D. eod. tit.* Item, ejus debiti, cujus dies nondum venit, compensatio non fit, *l. 7. D. eod.* At si debitum sit purum, & debitor condemnatus sit, certum est debitori diem prorogari judicato faciendo: intra eum diem judicati ejus debiti compensatio induci potest, *l. si cum multi*, *§. ult. D. de compens.* Quoniam, inquit lex, aliud est diem non venisse, qui fuit obligationi præsenti appositus: quo casu non potest opponi compensatio, cum nondum ille dies venerit: aliud est humanitatis gratia debitori puro indulgeri solutionis tempus: C quo casu, si intra illud tempus agat, ei compensatio opponetur ejus debiti, cujus solutio dilata est humanitatis causa. Idque ait, si ei, qui pure debet, humanus creditor laxiorem diem ultro dederit ad solvendum, quod non ita dudum contigit in hac specie. Mihi debes centum, deque eo constat sententia judicis, qua condemnatus mihi fuisti: sed rogatus distuli actionem judicati in biennium: interim ex novo quodam negotio ego cœpi tibi debere centum, quæ statim tibi solvi petis. Ego à principe impetro licentiam ejus compensandi, quod mihi ex causa judicati debes, cujus solutionem humane in biennium distuli: Nam moribus Galliæ compensatio non fit, nisi ex principis rescripto. Tu dicis nondum venisse diem, & biennium nondum præteriisse, & quod in diem debetur, non venire in com- D pensationem. Contra ego dico, longe aliud esse, non venisse diem, qui fuit initio obligationis, aliud tempus indulgeri humanitatis gratia, meam humanitatem mihi nocere non debere, vinco ex *d. l. si cum militis*, *§. ult.* Atque ita refert Papo in lib. senatusc. non notata tamen illa lege. At ut redeamus ad dict. l. ultimam, Justinianus duas actiones excepit, quibus compensatio non admittitur, actionem depositi, quod etiam fuit receptum ante Justinianum, ut diximus *sup. Commod.* excipit etiam momenti actionem, quæ datur aliena possessione interversa, & occupata. Utramque actionem depositi, & momenti celeriter expediri oportet, nihil morari debet redditionem depositi, nec possessionis restitutionem. Utraq; actio est momentaria, & nominatim momenti actio dicitur celeris reformatio, *l. si coloni, de agric. & cens. l. quin-* E *ta*, *Cod. Theodos. de denunt. vel edit. resc. l. 4. Cod. Theodos. Unde vi*, eas duas actiones compensatio non minuit.

Ad extremum notandum est compensationem admitti, non tantum in privatorum causis, sed etiam fiscalibus, id est, fisco agenti compensationem recte opponi, *l. 1. l. liberum*, *hoc tit. l. ult. D. eod. l. aufertur*, *§. ut debitoribus*, *D. de jure fisci*. Quod ita procedit, si eadem statio, quæ mecum agit, mihi debeat. Nam ei compensabo, quod vicissim mihi debetur. Sed quod altera statio fisci mihi debet, id alteri agenti compensare non possum, ne officia fiscalia confundantur, sive stationes fiscales: unus est fiscus, diversæ sunt fisci stationes, id est, mansiones, in quibus officia fiscalia consistunt. Sic accipe *legem 1. Ne fiscus rem, quam vendidit, evincat*, & *leg. 2. inf. de solut.* Ubi Accursius legit, *stationibus*, non *rationibus*, ut vulgo, & *Nov. 91.* Duo fiscalia debita, quod ibi ignoravit Accursius, id est, duarum stationum fiscalium debita. At hanc legem primam Græci ita exponunt. Fiscus in diversis provinciis habet rerum suarum procuratores, & dicitur unaquæque procuratio statio: quod una statio fiscalis mihi debet, id alteri agenti mecum compensare non possum. Ratio notatur in l. 1. propter confusionem officiorum diversorum, id est, ne confundantur procurationes, & stationes catholicorum. Nam Græcis semper Cæsaris procuratores dicuntur καθολικοί. Alii sunt procuratores speciales, ut procurator metallorum, caducorum: at provinciales sunt καθολικοί, & absolutè catholicus est Cæsaris procurator. In *l. pen. §. pen. inf. de bon. damnat.* Ita legitur: *Cæsarianis*, *vel Catholicianis*. Cæsariani sunt officiales, sive apparitores procuratoris Cæsaris. Iidem sunt Catholiciani. Itaque illud, *vel* est ἑρμηνευτικόν, & legendum forte, id est, ut apud Eusebium libro decimo καθολικὸν Africæ interpretari oportet procuratorem Cæsaris in Africa, quod latinus interpres male vertit præfectum prætorio. Sic in *libro 4. de vita Constantini*, καθολικότητος nomine significatur Cæsaris procuratio. Excipiendus est unus tantum casus, quo non opponitur fisco compensatio, si rei venditæ pretium fiscus petat: id enim omnimodo solvi oportet, nec compensatio ullo modo inducitur, *d. l. aufertur*, *§. ut debitorib.* & *l. 7. hoc tit.* At si privatus petat pretium rei venditæ, recte compensatio ei opponitur. Et id tantum proditum est de fisco, ut in eo non inducatur compensatio.

Addendum, adversus fiscum compensationem non admitti, si tributa, vel stipendia, vel annonas petat, *d. §. ut debitoribus*. Hoc in civitatibus etiam receptum est, *l. 3. hoc tit.* Si civitas, inquit, petat vectigalia, vel tributa, non admittitur compensatio. Quædam sunt vectigalia fisco debita, *l. omnium*, *inf. de vectigal.* Quædam sunt debita Reipublicæ, *l. 10. & ult. eod. tit.* vectigalia, id est, εἰσαγωγικά & ἐξαγωγικά. Sic tributa quædam fisco, quædam civitatibus inferuntur: Sive igitur fiscus, sive civitas petat, non est compensationi locus. Item in causa civitatum non admittitur compensatio, si is, cum quo agitur nomine civitatis, debitor sit ex pecunia, quæ serviat Calendario civitatis, ut ait l. 3. id est, quæ fœnori contrahendo destinata sit cujus pecuniæ erat etiam proprius curator, qui dicebatur curator Calendarii, *l. ult. ff. de administrat. rer. ad civitat. pert.* Et in *Cod. Theodos. tit. de curat. Calend.* Hujus igitur pecuniæ debitor compensationem non habet. Nam eam reddi oportet sine cunctatione, & statim collocari, ne sit otiosa. Item, non admittitur compensatio, si quis sit civitatis debitor ex ea pecunia, quæ serviat solemnibus impensis civitatum, veluti viarum, operum, speculaturum: vel ex ea pecunia, quæ frumento, vel oleo coemendo sit destinata: Cujus quidem pecuniæ erant proprii curatores, qui dicuntur Σιτῶναι, & Ἐλαιῶναι *l. ult. D. de munerib. & honor.* Igitur hujus pecuniæ debitor compensationem non habet, ut *l. 3. & l. ideo*, *D. eod. tit. de compensat.* id est, debitor alimentorum & copiarum, id est, qui civitati debet alimenta, vel copias, non habet compensationem, *d. l. 3. & l. ob negotium*, *D. eod.* Alimenta, & annonas vocamus copias, *l. 4. Cod. Theodos. de oper. public.* Cassiodorus in psalmo 31. ait copias victuales parcius dari. Et idem in psalm. 77. & 117. *qui jussam copiam*, &c. Igitur debitor copiarum non utitur compensatione. Item debitor fideicommissi relicti civitati non habet compensationem, *d. l. 3. hoc tit.* Si privato debeatur, habet compensationem, *l. 5. hoc tit.* Et hæc quidem tantum proponuntur in *d. l. 3.* in qua dum ait, *is, cujus de ea re negotiatio est*, id est, Præses, non Procurator Cæsaris, quia hæc l. 3. loquitur de civitate, non de fisco: Et jura civitatis ad Præsidem Provinciarum, non ad Procuratorem Cæsaris pertinent.

Ad L.II. Ex causa quidem judicati (*si debitum*) *solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.*

IN hac *l.2.* hoc ostenditur, eum, qui convenitur ex judicato, posse compensare id, quod sibi debetur ex alia causa, vel ex eadem, id est, ex re judicata. Item notandum generaliter eum, cum quo agitur, posse compensare quod indebitum solvit, cujus condictionem habet, non id, cujus condictionem non habet, ut ex causa judicati solutum condici non potest, licet justa non fuerit condemnatio, *l.1. sup. de condict. indeb.* Ergo id etiam compensari non potest. Hæc est sententia *l.2.* cui Fulgosius opponit, nec respondet, *l. etiam, D. de compensat.* quæ ait, notandum id, quod jure civili, sed etiam quod natura debetur, venire in compensationem: nunc ita colligatur: naturalia debita veniunt in compensationem. Quod ergo male condemnatus solvi, mihi debetur generaliter. Ergo possum id compensare: quod est contra hanc *legem 2.* propositio (ut respondeamus) est certissima. Assumptio ita probabitur: Si ego solvi ex male judicato, solvi natura indebitum, quia male judicatum non parit naturalem obligationem, neque tollit si qua sit, *l. Julianus, ff. de condict. indeb.* Ergo id ipsum, quod solvi, mox natura mihi cœpit debere is, cui solvi, argumento *leg. ult. sup. de condict. indeb.* Ubi creditor, cui Stichus, aut Pamphilus debetur, utroque soluto per errorem, debitor fieri intelligitur. Et ideo quidam ei dabant electionem reddendi quem vellet, quia in disjunctivis debitoris est electio: eorum tamen sententia non probatur: sic natura debita, & quod tibi solvi natura indebitum, id ipsum mihi natura debes. Ita probabiliter assumptio probatur: verum non est admittenda, quia cum solvi ex causa male judicati, solvi quidem indebitum natura, jure tamen civili debitum, ex re scilicet judicata. Solutio debiti civiliter tantum, vel naturaliter, obligationem naturalem non parit ex parte accipientis: & ideo ut natura debiti soluti non est condictio, ita nec indebiti natura est condictio, si jure civili debeatur: at solutio prorsus, & omni jure indebiti obligationem naturalem parit ex parte accipientis, ex qua est condictio, quæ dicitur naturalis, & ex bono, & æquo, *l. indebiti, & l. hæc condictio, ff. de condict. indeb.* Quod ergo ex causa male judicati solvi, jure civili debui, jure naturali non debui: sed neque id tu, cui solvi mihi nunc natura debes: ergo id condicere non possum condictione indebiti, quia solvi debitum, nec compensare, quia quod debitum accepisti, fieri non potest ut natura mihi debeas. Et rursus contra *l. etiam, eod. tit.* opponi solet *lex quæcunque, ff. de compensat.* Lex ait, ea, quæ per exceptionem perimi possunt, non venire in compensationem: at ea videntur natura deberi, quæ non eliduntur, nisi exceptione. Cur igitur ea in compensationem non veniunt? *Lex quæcunque* negat. Dicamus, duo sunt genera exceptionum: aliæ tollunt naturalem obligationem, ut exceptio pacti, jurisjurandi, doli, Senatusconsulti Vellejani, & non numeratæ pecuniæ. Hæ expungunt naturalem obligationem: quæ his exceptionibus perimuntur, ea si tibi solvero, condicere possum. Ergo & compensare. Mihi autem ea compensari non possunt, quia nec natura ea debeo. Sic est accipienda *lex quæcunque*: & ideo utitur verbo perimendi. Aliæ sunt exceptiones, quæ non tollunt naturalem obligationem, ut rei judicatæ: ut si verus debitor absolvatur, non desinit ideo natura debere, quamvis habeat exceptionem rei judicatæ. Igitur exceptio rei judicatæ non tollit obligationem naturalem. Item exceptio inopiæ, ne quis supra vires damnetur. Et exceptio impetrati iniqui juris, male judicati, & Senatusconsulti Macedoniani: hæ non tollunt naturale vinculum. Quæ his exceptionibus eliduntur, ea si tibi solvero, condicere non possum, quia natura debeo: ergo nec tibi ea postquam solvi possum compensare: mihi tamen ea, si nondum solvi, compensari possunt, quia à me naturaliter debentur, licet peti non possint. Sic accipienda *lex etiam*, licet peti à me non possunt. Denique pleraque, quæ peti non possunt, compensari possunt, manente naturali obligatione: at quæcunque soluta repeti non possunt, nec compensari possunt, quia ideo non possunt repeti, quia debita sunt aliquo jure, vel civili tantum, vel naturali. Solutio autem debiti reddendi ejus obligationem naturalem parere non potest.

Ad L.VI. Neque scriptura, *qua cautum est accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: & compensationis æquitatem jure postulas; non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quæ à muliere divortii causa amota quereris.*

COnjungenda est hæc *l. 6.* cum *l.1. inf. rerum amotarum.* Sciendum est apud eundem judicem sæpe mutuas petitiones institui, conventiones, & reconventiones, de quibus hæ sunt leges, *l. Lucius, D. Mand. l.15. de except. rei judic. l.34. D. de procurat. l.1. §. ultim. de extraordin. cognit. l. si idem, §.1. de jurisdict. omn. judic.* Item *l.1. §. ultim. D. quæ sentent. sine appellat. rescin.* Nunc finge: vir facto divortio agit rerum amotarum: mulier vicissim agit ex stipulatu apud eundem judicem: mutuæ petitiones sunt: fiet compensatio: & ideo si prius constiterit sententia judicis de eo, quod vir mulieri debet ex stipulatu, vir non cogetur id statim mulieri solvere. Non poterit statim agi judicati. Nam est expectandum quoad etiam de rebus amotis pronuntietur. Hæc est vis compensationis. Hoc hac lege ostenditur, & *l.1. §. ult. quæ sent. sine appellat. resc.* Ubi nominatim est scriptum, constitutionibus id caveri. Nullæ extant constitutiones, præter hanc, quæ ideo intelligenda est. Non obstat, quod dicit Accursius, ex constitutione Justiniani de *rei uxoriæ actione, infr.* ut ob res amotas non sit locus retentioni, vel compensationi, videlicet si dos repetatur: ex ea constitutione res amotæ non veniunt in compensationem. Id non obstat, quia ea constitutio est nova decisio, & si vis trahere ad priores constitutiones, non potest ad hanc trahi, eum non dicatur palam, mulierem egisse de dote, sed ex stipulatu, *l.1. inf. rer. amot.* Variæ sunt causæ, quibus ex stipulatu agitur.

Ad L.VIII. Si propter fructus *ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est: cum id, quod à matre tua ei legatum est, à te petere cœperit, mutuo debitæ quantitatis apud eum, qui super ea judicaturus est, compensationem non immerito objicies.*

EX *l.8.* notandum est, ei, qui agit ex testamento legati nomine, posse objici compensationem fructuum ab eo ex agro adversarii mala fide perceptorum, & consumptorum, & teneri condictione sine causa, *l.3. sup. de condict. ex causa.* Objicitur compensatio sine exceptione, quia fit ipso jure: Sed dum objicitur, ipso jure factam esse compensationem dicitur, ut filiofamilias præterito testamentum ipso jure nullum esse sine bonorum possessione contra tabulas dicitur.

Ad L.IX. Ejus, quod non ei debetur, *qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.*

SI mecum agas, constat me posse compensare quod mihi debes: at quod alii, puta Titio debes, te invito compensare non possum, etiamsi Titius velit, *l. in rem, D. de compensat.* At si me convenias quasi Titii procuratorem, hoc casu compensabo quod Titio debes,

non

non quod mihi debes ; *l. postquam*, *D. eod.* Multo minus potero compensare, quod Titius mihi debet. Igitur nec quod alii debes, nec quod alius mihi debet, id possum compensare : at si agas, ut heres militis ex bonis castrensibus, id duntaxat compensabo, quod mihi defunctus debuit ex causa castrensi, non quod ex causa pagana : Nam duplex est hæc hereditas, alia castrensis, alia pagana. Miles potest bona sua separare ex militari privilegio, *l. si cum militi*, *D. eod.* Rursus si agas mecum, ut procurator fisci in Asia, id compensabo, quod Asiana statio mihi debet, non quod alia, *l. 1. hoc tit.* Vel si ut tutor agas, id compensabo, quod pupillus mihi debet, non quod tu debes, *l. pen. D. eod. tit.* at si sint duo tutores, unus rerum urbanarum, alter provincialium, & agas ut tutor rerum urbanarum, id etiam compensabo, quod mihi pupillus debet ex causa, vel contractu provinciali, *l. inter*, *D. de administrat. tutor.* Nam ut fisci, ita pupilli diversæ stationes, vel procurationes sunt. Ipso jure una est tutela unius pupilli, licet sint plures tutores, qui administrationem rerum pupillarium diviserint, quæ per eos, vel curatores fit : & idem de curatoribus, quod de tutoribus dicendum est. Et similiter si agas ut procurator in rem alienam, non tuo nomine, id solum compensabo, quod dominus mihi debet, non quod tu : at si agas ut procurator in rem tuam, compensabo, quod tu mihi debes, non quod dominus, argumento *legis si quis in rem*, *D. de procurat.* At si agas mecum tuo nomine, quasi cum tuo debitore, id recte compensabo, quod Titio debes, si modo Titius actiones suas in rem meam mihi mandaverit, puta nomine vendito, & si eas actiones contestatus fuero, *l. in rem, D. eod. tit.* quia litis contestatio pro delegatione habetur. Itaque videor compensare, quod mihi debes, non quod Titio. Idem ergo erit, Accursio auctore, si à te partem illius debiti exegero, vel tibi, ut solveres denunciavero. Nam hæc exactio particularis, vel denunciatio pro delegatione habetur, *l. 1. sup. de obligat. & act.* His addendum, fidejussorem recte compensare, quod reo principali debetur, *l. 4. & 5. D. eod. tit.* Item socius, quod socio debetur recte compensat : socius enim est ipse alter, *l. 10. D. de duob. reis constit.* quæ lex, dum negat unum ex duobus reis promittendi, non sociis posse compensare, quod alteri debet, id tacite in sociis admittit : & quod ait de non sociis, ita procedit, si invicem fidejusserint suo nomine : quia potest fidejussor, & quod sibi, & quod reo debetur, compensare, *l. 11. de duob. reis*, quæ ait, duos reos promittendi non inutiliter invicem fidejubere. Effectus hujusmodi mutuæ obligationis duplex est : primus, si correi socii non sint, & invicem fidejusserint, & unus solidum deinde solverit partim suo, partim nomine fidejussorio, actionem mandati adversus correum habet, quam nec ullam aliam habet, si invicem non fidejusserint, quia si socii non sint, & invicem fidejusserint, unus potest compensare quod alteri debetur, quod non licet, si invicem non fidejusserint : ob id lex 11. non ait, non inutiliter duos reos promittendi invicem fidejubere. At videntur duo rei effectu semper invicem fidejubere, quia à quolibet solidum semper peti potest. Ideo in Senatusconf. Vellejano si mulier, & Titius duo rei sint accepti, mulier videtur pro Titio fidejussisse, & sic intercessisse, quod non valet, & reprobatur, *l. vir uxori*, *§. ult. D. ad Senatusc. Vell. l. mulierem*, *sup. ad senatusc. Vell.* At sane non sunt vice mutua fidejussores, ita ut superioribus sententiis locus sit, nisi id ita sit nominatim cautum, ut invicem fidejubeant, quæ cautio parit illos duos effectus. Addunt interpretes filiumfamilias recte compensare, quod patri debetur, quod verum non puto, nisi ex eadem causa patri debeatur, qua cum filio agitur. Et est quod ait *l. 9. in fi. D. eod. tit. de compens.* quia unus contractus est. Loquitur autem hæc lex de societatis contractu, de quo Paulus tractavit lib. 32. ad edictum, ex quo sumpta est illa lex : tractat etiam initio legis, & ideo dicit, patri agenti ex contractu habito cum filiofamil. compensari patri solidum, quod socio filiusfamil. debet, licet non possit peti à patre, nisi pro modo peculii. Sic igitur in fine legis species ponenda est : Filiusfamil. contraxit societatem cum Titio, obligatio statim patri adquiritur, qui ideo etiam socius videtur : agitur cum filiofamil. pro socio in solidum, ex eodem contractu debetur patri aliquid, qui se societati immiscuit, quasi sibi per filium quæsitæ : id quod patri debetur ex eadem causa filius compensabit, quia unus est contractus, quam rationem Accursius male ait, malam esse.

Ad L. X. Quoniam liberum fundum *distraction tibi proponis, post vero veluti præcedente emptionem obligatione, certum quid solvisse, si debitum à te apud præsidem provinciæ petatur : compensationem ejus, quod indebite solvisti potes opponere.*

NOtandum est, ei, qui agit ex vendito, posse opponi compensationem rei pigneratæ, venditæ. Finge, venditor in vendendo prædio dixit, id esse liberum omni obligatione : erat tamen pignori Titio obligatum: illud emptor luit. Si emptor conveniatur ex vendito pretii nomine, compensabit pecuniam, quam Titio solvit luendi prædii causa. Idem puto esse dicendum, si venditor prædium non dixerit esse liberum, argumento *legis 5. inf. de eviction.* si modo & id obligatum non dixerit.

Ad L. XI. Si tutores pupillis *officio magistratus urgente nominastis, ac pro his propter onus primipili pecuniam solvistis, superstitiosam geritis solicitudinem, ne ab ipsis conventi hanc eis imputare minime possitis, vel à vobis quicquam amplius exigatur, si tantum, quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipsorum majorem quantitatem dedisse probetur.*

SCripta est hæc lex 11. ad duumviros, Julianum, & Paulum magistratus municipales. Hi duumviri pupillo tutorem creaverunt, qua ex causa pupillo tenentur actione subsidiaria, quæ est in factum, de qua diximus *l. 1. sup. quod cum eo, qui in aliena est pot. gest.* esse dic. Iidem duumviri jam ante patrem pupilli ejusdem primipilum creaverant : qua ex causa Reipublicæ tenentur, ut nominatores. Finge, duumviros ex causa primipili à patre gesti solvisse pecuniam Reipublicæ, quam primipilaris reliquam fecerat : finge, eos conveniri à pupillo actione subsidiaria, possunt illi quidem in hanc actionem compensare, quod pro pupillo solverunt ex causa primipilatus à patre gesti. Nam primipili honos sequitur filium, etsi heres patris non sit. Id dixi *l. 1. sup. de condict. ex lege.*

Ad L. XII. Invicem debiti *compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offerens, & consignatum deponens, de pignoribus agere potes.*

COmpensatione liberantur pignora, ut solutione; videlicet si quantum quis debet, tantum ei vicissim debeatur : at si minus ei debeatur, in id quod amplius debet, tenetur, & ad concurrentes quantitates compensatur, pignora tamen in solidum tenentur : Liberabitur autem ipse, & pignora liberabuntur superflui solutione, vel oblatione, & depositione : quæ solæ non sufficiunt. Id dixi *l. 10. supra de pigneratitia actione.*

Ad L. XIII. Si velut in id *debitum, quod solemnium publicarum pensationum nomine debueras compensaturo tibi, nihil te petiturum postea Mutiano scripsisti : redditis his, quæ venerant in compensationem, non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.*

ID notandum est, fisco petenti publica tributa, compensationem non objici, *l. 3. sup.* Nunc finge : fiscus petit

petit à me tributa. Ego quod vicissim mihi fiscus debet, cum initio compensare vellem, postea non compensavi, imo procuratori fisci scripsi me compensationem omissurum. Et solvi solidum fisco, quod petebat. Quæritur an mihi detur condictio soluti? Minime: Nam jus compensationis hoc casu non habebam. Sed si solvi, quod compensando potui non solvere, mihi indebiti condictio competit: at si solvi quod compensando non potui servare, mihi non competit condictio indebiti: at mihi dabitur mei crediti petitio. Eadem est sententia *l. qui invicem*, *D. de cond. indeb.* Ex qua hæc lex penult. est explicanda. Igitur qui dicit se non petiturum, id est, se non compensaturum, non remittit ideo suum creditum. Compensatio est quasi mutua petitio, proprie tamen non est petitio, quia ipso jure fit, *l. postquam, D. eod. tit.* At qui dicit se non petiturum, id est, non acturum, is remittit creditum suum, & si agat, repellctur exceptione pacti.



AD TITULUM XXXII.

DE USURIS.

USURÆ, quæ nihil aliud sunt, quam sortis incrementa, ut Isidorus ait, sunt jure civili receptæ, non tantum quæ propter moram, sed etiam quæ propter lucrum indicuntur, nec tantum ex conventione nostra, sed etiam officio judicis, vel ipso jure, ut in bonæ fidei judiciis, & legatis, & fideicommissis, in quibus usuræ veniunt ex mora officio judicis, & in actione judicati, in qua usura centesima post diem judicati venit ipso jure, *inf. de usur. rei judic.* Conventio, vel est stipulatio, vel pactum. In actionibus bonæ fidei usuræ debentur ex pacto facto ex continenti. In actionibus strictis nec debentur ex mora, nec ex pacto, nec lite contestata officio judicis, vel ipso jure, sed tantum ex stipulatione, ut in mutuo non debentur nisi ex stipulatione, *l. Titius*, *D. de præscript. verb. l. 3. hoc tit.* & in promutuo, *l. 1. sup. de condict. indeb.* Porro ea stipulatio usurarum, vel in diem moræ concipitur, & hæc pœnam moræ continet, & nonnunquam dicitur pœna, *l. 9. de verbor. obligat.* Vel pure concipitur, & statim vires accipit ex die stipulationis interpositæ. Hæc lucrum continet, quod proprie dicitur fœnus, quod quidem videtur esse locatio, & conductio quædam. Nam pecunia utenda datur, & accipitur certa mercede. Et ob id Horatius *omnia conductis coemens obsonia nummis*: conductis nummis, id est, fœnori sumptis, & paulo post, usuras mercedes vocat, quo loco explicat mercedes, vel nummos, id est, usuram, vel sortem. At locatio non est proprie, quia locatio earum rerum contrahitur, quarum est usus, nummorum non est usus, sed abusus, quia utendo non permanent. Item contracta locatione eadem species redditur, contracto fœnore non item, sed idem genus. Fœnus non est etiam mutuum: Nam ut commodatum mercedem non recipit, ita mutuum sui natura est gratuitum, quod etiam commodatum dicitur, *l. 1. C. Theod. Quod jussu*, & apud alios multos auctores. Fœnus igitur qualis erit contractus, qualisve conventio? est stipulatio regulariter, certis casibus pactum, ut in pecunia nautica, in pecunia civitatum, & argentariorum; regulariter autem stipulationem exigimus: non tamen scripturam, *l. 1. hoc tit.* quæ ait, optimo jure deberi usuras in stipulationem deductas, licet scripta non sit ea stipulatio, si modo rite, id est, præcedente interrogatione, & responsione sequente, probetur facta usurarum promissio: stipulationem, inquam, exigimus in pecunia tantum, vel auro, vel argento. In aliis rebus, quæ mensura constant, veluti, oleo, vino, frumento, & similibus, etiam pactum sufficit, & ex eo usuræ debentur, nec est necessaria stipulatio, l. 12. *hoc tit.* Ut, si creditu decem modiis frumenti, paciscar ut in singulos modios duo sextarii quotannis mihi præsten-

A tur. Ex hoc pacto facto ex continenti, erit usurarum petitio, & hæc pactio usurarum in his rebus admittitur propter incertum pretium earum rerum; quia plerumque crediti tempore magno constant, solutionis tempore parvo, vel contra. Itaque ratione incerti pretii earum rerum, facilius ex pacto earum rerum debentur usuræ, quam cæterarum, quarum est certum pretium, & immutabile: eademque ratione res illæ, quæ mensura constant recipiunt graviores usuras, quas non recipit pecunia, *l. 23. inf.* Ubi additamenta usurarum, id est Græcis πλείονα τόκον, id est, graviores usuras. Exdem res eadem ratione recipiunt ἀντιχρήσεως conventionem supra modum usurarum. Et generaliter, qui modus usurarum servatur cum pecunia creditor, pecuniaque redditur, vel cum frumentum creditur, & pecunia red-
B ditur, vel contra, cum pecunia creditur, frumentum redditur, *l. 16. hoc tit.* vel etiam cum aurum, argentum, vestis, vel quæ alia species datur, pecunia redditur: quo etiam casu servatur vulgaris usurarum modus, *l. 25. infr. eod. tit.* Idem modus non servatur cum frumentum creditur, frumentumque redditur, quinimo gravior usura permittitur, quæ excedit vulgarem modum. Ideo lex 23. ait, frumento credito, ejusdem duntaxat materiæ admitti usurarum incrementum, id est ὑπερβολήν. Qua ratione in *Novella* 32. 33. & 34. Justinianus agricolæ credita pecunia permittit usuras trientes, id est, in singulos solidos quotannis singulas siliquas, quæ est usura triens, ut constat ex Novella Leonis 83. Frumento autem agricolæ credito Justinianus in singulos modios quotannis creditori permittit accipere octavam
C partem modii, quæ est usura centesima, *Novell.* 130. Itaque in pecunia permittit trientem tantum, in frumento centesimam. Nam ut in pecunia centesima est usura, quæ in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas, id est, solidi partem octavam, qui constat siliquis 24. Ita in frumento usura centesima est, quæ in singulos modios quotannis reddit duos sextarios, id est, partem octavam modii, qui capit sextarios sedecim. Ergo ut apparet ex eis Novell. in frugibus graviores usuræ permittuntur, quam in pecunia, id est, centesima. Et hoc est good Justinianus dicit in *l. 26. inf. eod. tit.* *In specierum fœnori dationibus*, centesimam permitti, &c. id est, τῶν καρπῶν, veluti frumenti, olei, ut recte Græci: Item frugum usuræ debentur ex pacto, peconiæ non debentur nisi ex stipulatione: ex pacto, licet sit appositum con-
D tractui mutui ex continenti, pecuniæ usuræ creditæ peti non possunt: At si ex pacto solvantur, an possunt repeti? Si usuræ solvantur ex pacto, non condicentur, quia natura debentur ex pacto, eadem ratione non imputabuntur in sortem, quia non sunt penitus indebitæ, cum natura debeantur, *l. 3. hoc tit.* Eadem etiam ratione servati poterunt usuræ illæ per retentionem pignoris, *l. 4. & 22. hoc tit.* Nam hic est alius effectus naturalis debiti, ut possit naturale debitum servari per retentionem pignoris. Quod ita procedit, si in illas usuras, quæ pacto debentur, pignus sit acceptum. Qua in re alia est ratio sortis, alia usurarum: ob chirographariam sortem, pignus retineri potest, id est, in quam pignus acceptum non est: pignus ex alia causa acceptum potest retineri, *tit. etiam ob chirographariam pecun.* ob chiro-
E graphariam usuram pignus retineri non potest, id est, in quam pignus non est acceptum. Chirographaria usura est, si pignus sit duntaxat in sortem acceptum, necesse est apponi illud duntaxat: Nam si hæc taxatio defuerit, etiam in usuras tacite pignus datum, & acceptum videtur, ut recte notant Græci *ad l. si necessarias*, *§. ult. ff. de pignerat. act.* Idem in eodem titulo confirmat *lex solutum*, *§. in sortem*. In quo ita legendum: *si in sortem duntaxat, nec in usuras pignus obstrictum est*. Nam idem in eo §. continetur, quod in *lege 4. hoc tit.* Quamobrem si tempore contractus, ut etiam ostendi in l. 4. pignore accepto pactus sim minores usuras, & ex intervallo majores: pro majoribus usuris pignoris retentionem non habeo, quia in eas pignus non accepi, sed nec pro minori-

bus, quia minorum conventio sublata est posteriori A conventione majorum, *d.l.4.* At si in usuras debitas sine stipulatione, ex pacto scilicet, pignus sit acceptum nominatim, retentionem pignoris habeo. Item si creditori simpliciter pecunia solvatur, eo incontinenti non expresso, utrum in sortem, an in usuras, de quibus convenit, solvatur: potest creditor hoc casu acceptam pecuniam in usuras imputare pacto debitas, in quas pignus accepit, *l.21. hoc tit.* Ergo solutum simpliciter non tantum imputatur in usuras, quarum est actio, ut debitas ex stipulatu, sed etiam in usuras, quarum nomine est retentio: non tamen imputatur in usuras, quarum nec actio est, nec retentio, veluti in chirographarias usuras, sed in sortem imputantur, *l.in iis, §.pen. ff. de solut.* Quod ait *l.4. de usur.* idem esse servandum in pœna. Adjicit *lex grege, §.ult. ff. de pignor. & l.22. hoc tit.* Pœ- B na infertur ob moram, si sua die sors soluta non sit. Usura etiam ob lucrum. Item pœna semel tantum infertur, & ejus una est summa: usura infertur, quot Calendis, & inde nomen Calendarii, inde fœneratores, *μηνιαῖοι ἀπαιτηταί*, id est, *menstrui exactores*, & menses usurarum parentes, *μῆνας τόκων πατέρας* apud Basilium in psalm. 104. *Ambrosius in Tobia*. Verum ad eum diem Calendarum non semper usuræ solvebantur: constituebantur quidem in eum diem, sed concedebatur interdum dilatio usque ad Idus sequentes, neque die Calendarum, in quem erant constitutæ, exigebantur. Sic sæpe invenies usuras solvi Idibus, *l.si ex pluribus, §.ult. ff. de solut.* Cicero 1. *in Catilinam: proximis idibus centies*, & cæt. Postremo stipulationis pœna est certa: stipulatio usurarum incerta: de usura datur condictio incerti, de pœna certi, C *l.ubi autem. §.pen. ff. de verb. obligation.*

Interpretatus sum l.1.3.4.12.16.21.22.23.& 25.

Ad L.II. Usuras emptor, *cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, æquitatis ratione præstare cogitur.*

LEX secunda hujus tituli est de usuris, quæ ex mora veniunt in actione ex vendito officio judicis. In hac actione venit principaliter pretium, quanti res veniit, deinde usuræ pretii post rei traditionem, quasi ex mora solvendi pretii, quæ fit reipsa post rem traditam. Nam cum tibi res sit tradita, cur statim pretium non solvis? reipsa moram facis: item quia æquum est, ut cum ex re D jam tradita fructus emptor percipiat, præstet etiam usuras pretii nondum soluti: ratio fructuum hoc exigit, *l.5. inf. de act. empt. l.Julianus, §.ex vendito, ff. eod.* Et aperte Paulus 2. *Sententiarum, tit. ex empto vendito*. At usuræ cessabunt statim atque emptor pretium obtulerit, & deposuerit: utrumque exigitur, & sola depositio non sufficit, *l.2. hoc tit.* nisi si defuerit, cui offerretur pretium: veluti venditore sine successore, vel saltem incerto, defuncto, *l.evictis, §.ult. de usuris*. Hoc casu sola depositio usuris emptorem levabit, cum non sit cui offerat. Sola etiam oblatio non sufficit, ut usuras inhibeat, quod servatur & in usuris creditæ pecuniæ, *l.16. & 19. hoc tit.* Ergo nec sola depositio, nec oblatio satis est. Sola oblatio liberat à periculo, si res oblata casu postea pereat, & ipso jure liberat, seu strictum sit judicium, seu bonæ fi- E dei, ex sententia Sabini, *l.su 5. ff. de verb. obligat.* Item oblatio sola consumit *ἀντίχρησιν*, *l.15. hoc tit.* *Ἀντίχρησις* est multo gravior, quam usura, & ideo facilius solvitur, quam usura. Item oblatio sola liberata collatione publicorum tributorum, *l.1. inf. de suscept. & arcariis libr.10.* quod recte Accursius notavit *ad legem 19. inf. eod.* item oblatio sola minorum usurarum à majoribus liberat: ut si sint promissæ minores, & si ad diem non solverentur, majores præstarentur: si ad diem minores offeruntur, nec deponantur, hoc satis est, ne majores currant, *l.9. hoc tit.* quia non est savendum ubertati, & incremento usurarum: qua ratione etiam ob usuras minores non solutas, majores non infliguntur propter lucrum, id est, ex die A contractus, sed propter moram tantum, id est, ex die, quo non sunt præstitæ minores, *l.cum quidam, in princ. ff. de usur.* Cum tamen ob sortem non solutam graviores infligantur etiam propter lucrum, id est, ex ipso die contractus, *l.lecta, in fine, ff. de reb. credit. si cert. pet.* Exposui quatuor effectus nudæ oblationis; alias oblatio sola non liberat à sorte, nec usuris, nec à pœna, nec pignus liberat. Id ostendimus *l.10. sup. de pign. act.* Quæ autem oblatio sola non efficit, neque etiam depositio sola efficit: at quæ oblatio sola efficit, veluti illa quatuor, quæ dicta sunt, eadem multo magis præstabit depositio, & obsignatio. Nunc quærendum circa l.2. ante traditionem rei venditæ, cur pretii usuræ non currant, cum quæ ratio post traditionem emptorem usuris subjicit, ea est ratio fructuum, ut diximus, eadem ratio subsit re non- B dum tradita. Nam fructus rei venditæ pertinent ad emptorem ex die contractus, etiam si res vendita tradita non fuerit, *l.fructus, & l. pen. inf. de act. empt. & vend.* Sed non est hoc temere admittendum: sic enim hoc procedit, si vel pars pretii sit numerata, Paul. 2. *sentent. de loc.* Quo casu, id est, parte pretii soluta, pro ea parte fructus pertinent ad emptorem ex die contractus, *argum. l.ult. §.ult. ff. de fun. dot.* Et si totum solvit, ex die contractus solidi, omnesque fructus ei debentur: alioquin si nihil solvit, fructus ad emptorem non pertinent, quia compensantur cum usuris pretii: emptor dum solvit pretium sine usuris, accipiet etiam rem sine fructibus, qui sunt percepti post contractum, & ita compensat fructus cum usuris pretii: ut venditore rescindente venditionem ex beneficio ætatis, fructus ex C re vendita percepti medio tempore ab emptore, compensantur cum usuris pretii soluti, & fit tantum restitutio ex una parte rei, ex altera pretii: fructuum & usurarum fit compensatio, Paul. 1. *Sentent. tit. de minoribus*. Sic etiam si supra dimidium justi pretii fraus intervenerit, emptor eligere debet, ut vel solvat, quod deest justo pretio cum usuris medii temporis, vel rem emptam sine fructibus redhibeat. Nam compensabit fructus à se perceptos cum usuris pretii, quo venditor usus est. Hac de re magna est inter interpretes disceptatio in *l. 2. C. de rescind. vend.* Id ita eleganter definitur ab Harmen. ex sententia cujusdam magistri, & Novell. quadam Lecapeni 3. *Epit. tit.3.*

Ad L.V. Adversus creditorem *usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea con-* D *secutum, utilis est pacti exceptio: secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis majores, petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces annitam pupillorum vestrorum, quæ majores caveras, dependisse.*

HIC ponitur exemplum taciti pacti. Tacite enim etiam fiunt pacta, *l.2.3. & 4. ff. de pact.* Species est: Debitor stipulanti creditori usuras majores promisit, minores per aliquot annos præstitit. Hodie ex stipulatu majores exiguntur: tuebitur se taciti pacti exceptione, quasi videatur creditor tacite convenisse se minoribus contentum fore, quod confirmat *l.8. hoc tit. l.qui semisses, ff. eod.* Idque adjicit *l.5.* esse dicendum, si reipublicæ ma- E jores promissæ, minores sint præstitæ. Nam ex hac præstatione inducitur tacitum pactum non petendarum majorum. Quid dicemus è contrario: debitor promisit minores, præstitit majores satis longo tempore? Aut errans id fecit, aut sciens: Si errans, quod amplius præstitit usurarum nomine, sorti imputabitur, sortem minuet, *l.creditor, §. ult. ff. de solut.* Si vero sciens præstitit majores, tacite videtur pactus de majoribus: Ex præstatione tacitum pactum inducitur: Itaque quas solvit jam usuras, non condicet, nec sorti imputabit, quia ex tacito pacto debentur: at postea invitus non præstabit, licet diu eas præstiterit. Diuturna præstatio, vel partis præstatio obligationem non constituit, per actionem, quæ non fuit ab initio, *l.7. hoc tit. l.si certis, sup. de pact.*

pact. l. ult. sup. ne uxor pro mar. l. operis, ff. de oper. libert. pactum quidem inducit tacitum, sed pactum non est obligatio: Idem præsumptionem obligationis firmissimam inducit, si de ea dubitetur, *l. cum de in rem verso, ff. de usur. l. litibus, de agricol. & censit. lib.* 11. Item obligationem, si qua fuit, confirmat, & corroborat, extinctis exceptionibus, quæ competebant, ut non numeratæ pecuniæ, aut senatusconsulti Macedoniani, *l. 2. sup. de senatusc. Maced. l. 4. de non numer. pecun.* Interdum perpetuat obligationem, quæ fuit, ut in causa alimentorum. Nam si quis alimenta legaverit, & non constet an perpetuo, an ad tempus debeantur, si quis ea triennio præstiterit, hoc satis est, ut perpetuo debeantur, *l. 1. inf. de fideicommiss.* & adjicitur in hac *l.* 5. idem esse in republica: nihil obstat *lex Imperatores, ff. de pact.* quæ ait administratorem civitatis frustra remittere, quod reipublicæ debetur: hic etiam nil remittit, sed ita fore accidit, ut debitor majorum usurarum minores semper inferret reipublicæ: qua ex re videtur tacite pactus cum republica, etiam de majoribus usuris non præstandis. In multis juris articulis eadem est causa privatorum, & reipublicæ, ut in hac specie, & in *l. Paulus respondit, ff. quibus mod. pignus, vel hypot. sol.*

Ad L. X. Usuræ per tempora *solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam comparationem.*

EX l. 10. notandum est, usuras supra duplum non deberi, id est, altero tanto sorte amplius: ut si sors sit 100. & usuræ nomine solvantur 100. nihil amplius præstabitur usurarum nomine, quia usuræ æquaverunt sortem, sed quidquid postea præstabitur, sorti cedet. Igitur in hac specie si debitor ducenta solverit, liberatur tam à sorte, quam usuris: hoc est, quod dicitur, usuras non excedere duplum, *l. si non sortem, §. 1. ff. de condict. indeb. l. 4. §. pro operis, de naut. fœn.* Ex quo §. male colligunt quidam idem esse in nautica usura. Nam in eo §. pœna ob operas servi nauticæ pecuniæ causa secuti deducta est in stipulationem post diem periculi suscepti. Itaque desiit pecunia esse nautica finito periculo: & ob id usura ejus pecuniæ non excedit duplum, aut centesimam. At ipsa usura nautica excedebat duplum, & centesimam. Idem igitur non fuit in nautica usura, idem tamen fuit in pœna, quæ solet inferri semel vice usurarum, hæc etiam non potest excedere duplum, *l. Julian. §. idem Papin. de action. empti, l. pecuniæ, ff. eod. tit. l. 15. hic.* Imo & supra duplum usura ipso jure non potest servari per retentionem pignoris, *l. pen. hic.* Idem confirmat *l. pretii, inf. Mand. l. 4. §. nec pign. ff.* de *naut. fœn. & Novel.* 121. *&* 138. *Justin.* Ex eis Novellis usuræ solutæ per minutas partes diversis temporibus, ut singulis Calendis, coacervantur, & in duplum computantur: quod duplum excedit, sorti cedit. Itaque jure nostro usurarum ratio valde coercetur, nec tam est laxa, quam plerisque videtur. Ideo ex eis Novell. corrigitur *l.* 10. quæ ostendit usuram non excedere duplum: ut cum sors est 100. & una vice pro usura solvuntur centum, jam amplius usuræ nullæ currunt: vel si sors sit centum, & pro usuris solvantur 150. centum finient usuras, & 50. sorti imputabuntur: verum si usuræ per partes solverentur, ut si singulis Calendis tres aurei in centenos, usurarum ratio poterat duplum excedere, nec coacervabantur hac l. 10. quæ abrogatur illis Novellis, & usuræ per tempora solutæ proficiunt reo. Explicuimus const. 2. 5. 6. 7. 8. 10. 15. & penul.

Ad L. XIII. In bonæ fidei judiciis (*quale est negotiorum etiam gestorum*) *usurarum rationem haberi certum est, sed si finitum est judicium sententia: quamvis minoris condemnatio facta est non adjectis usuris, nec provocatio secuta est: finita retractanda non sunt: nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit, usuræ ullo jure postulantur, nisi ex causis judicati.*

HÆc l. 13. de usuris, quæ ex mora, vel ex litis contestatione veniunt in actione negotiorum gestorum. In hac actione usuræ veniunt judicis arbitrio, non ipso jure: & ideo si judex in condemnatione rationem earum non habuerit, nulla est petitio, *l. 4. inf. depos.* Cæterum post diem judicati faciendi, id est, post quatuor menses à condemnatione ipso jure incipit currere usura centesima, *l. 2. inf. de usur. rei judic.* anterioris temporis nullæ possunt peti usuræ, quia non veniunt, nisi judicis officio, quo functus est dicta sententia, *l. judex, ff. de re judic.* Officium, seu arbitrium judicis semper actioni servit: ubi igitur non est actio, vel quæ fuit actio sententia finita est, amplius officio judicis usuræ servari non possunt: Nec poterit quis tentare in contrarium ex *l. negotiorum, ff. de appellat. & l. ult.* de *re judic.* peti posse usuras, quarum in judicio bonæ fidei rationem judex negotiorum gestorum non habuit. Species est. Negotiorum gestor condemnatus, bona fide appellavit, id est, non morandi causa, sed diu litem traxit: deinde pronunciatum est, injuste esse appellatum. Quæritur, quia tardius paulo judicatum est, an usuræ ejus pecuniæ in condemnationem deductæ medii temporis peti possint. Lex ait, *dandam utilem actionem*, qua videntur peti usuræ, quarum judex rationem non habuit. Hoc est negandum, quia reus fuit condemnatus in ea specie in sortem & usuras, & nisi appellasset ab actione judicati, petitæ ab eo fuissent usuræ præteriti temporis usque ad sententiam actione judicati, & usuræ ejus temporis, quod fuit post diem faciendi judicati, non usuræ medii temporis. Nam illud medium tempus, quod est inter sententiam, & diem judicato faciendo præstitutum, id est, tempus illud induciarum, quo actio judicati suspenditur, immune est ab usuris, *l. ult. §. penult. & ult. de usur. rei judic. l. 3. §. 1. ff. de usur.* maxime si mora cœperit à litis contestatione, non ante. Verum in ea specie reus appellavit, & quidem bona fide, sed diu litem traxit: deinde injustam esse appellationem simpliciter est pronunciatum. Judex appellationis potuit eum condemnare in usuras medii temporis inter sententiam, & appellationem, *l. tutor, ff. de usur.* At judex hoc prætermisit, & simpliciter pronunciavit, male appellatum esse, quæritur an usuræ medii temporis, quod est inter primam, & secundam sententiam peti possint: dicit peti posse utili actione judicati, quia fuit condemnatus in usuras prima sententia, quæ trahuntur etiam ad usuras præteriti temporis, usque ad posteriorem sententiam, quasi tunc reus condemnatus videatur à priore judice, cujus sententia confirmatur. Et ob id dicitur dari utilis actio, quia videtur condemnari: at si prius in usuras non sit condemnatus, non arbitror ullam esse rationem, qua debeat medii temporis usuras præstare. Condemnatum fuisse in usuras ea lex non dicit. At quæ solent fieri, ea facile supplemus, nisi quid aperte in contrarium eat. Item illa quæstio interusurii, quæ est in ea lege, indicio est alias usuras fuisse in condemnationem deductas, & verbum principalis pecuniæ hoc planum facit. Alia igitur fuit accessoria: præterea in ea l. negotiorum gestori tutor conjungitur, inter quos magna est hac iure differentia. Nam in actione negotiorum gestorum usuræ veniunt arbitrio judicis: In actione tutelæ veniunt ipso jure favore pupillorum, *l. 1. §. ult. ff. de usur.* Itaque in ea specie non est dubium de tutore non debuisse usuras. Ut igitur ei recte sit conjunctus gestor, idem ponendum est de gestore, debuisse eum usuras ex sententia: De usuris, quæ veniunt in actionem negotiorum gestorum est *lex 24. hoc tit.* quæ ostendit pecuniæ administratæ usuras in eam actionem venire; & veniunt statim, ex quo gestor pecuniam otiosam habuit, quasi mora reipsa commissa sine interpellatione. Nam hoc gestori culpæ vertitur, si pecuniam fœnori non dederit, cum scilicet dominus solitus esset fœnerari; alioqui non est gestor in culpa, *l. qui semisses, §. ult. de usur.* nam à gestore exactissima diligentia exigitur, ut à tutore.

Ad L.XIV. Si ea pactione *uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.*

HÆc lex 14. est de Ἀντιχρήσει, de qua est etiam l. 11. & 17. Ἀντίχρησις est conventio, quæ ita fit, ut fructus rei pignoratæ creditor retineat usurarum vice, vel ut domum pignoratam gratis inhabitet, & ut ea utatur usurarum loco. Ex ea conventione creditor retinet omnes fructus pignoris, nec in sortem hi imputantur, etiamsi excedant legitimum modum usurarum, *l. 17. hoc tit.* Qui modus datus est usuris, idem non est datus ἀντιχρήσει. Usuræ constituuntur stipulatione, ἀντίχρησις pacto, est enim pactum pignoris. Usuræ non perimuntur sola sortis oblatione sine depositione. ἀντίχρησις perimitur oblatione sola, *l. 11. hoc tit.* ab agricola usuras stipulari licet: ἀντίχρησιν non item *Novell. 32. & 33.* Denique ἀντίχρησις non est usura, sed quasi usuræ vice: & ob id hæ tres leges ponuntur sub hoc titulo de usuris, cum sint tamen de ἀντιχρήσει. Et Harmenopulus lib. 3. titul. 5. ponit hanc l. 14. sub titulo περὶ ἀντιχρήσεως. Species est. Dedi tibi pecuniam mutuam, & accepi tuas ædes pignori, ea lege, ut eas inhabitarem usurarum vice, nulla mercede habitationis præstita, quæ lex ἀντίχρησις dicitur: mihi permissum est, ut eas inhabitarem, non ut locarem, possum tamen etiam locare, quia sum conductori similis: Constat autem conductorem, etiamsi id ei non sit permissum, posse alteri locare, *l. 6. inf. de locat. & cond.* Nunc si id fecero, quod mihi nominatim non est permissum, id est, si locavero ædes pignori obligatas, & ex mercede plus redegero, quam ferat legitimus modus usurarum, quod amplius erit, sorti imputabo; ut hæc lex significat. Et Joannes sensit idem, quod & Harmenopulus tradidit. Verum si ut conventum fuit, domum inhabitavero, licet ea habitatio pluris æstimetur, quam legitimus modus usurarum ferat, tamen conventio servabitur, atque adeo cedet habitatio lucro creditoris, & videbitur ea domus mihi potius conducta utilius, quam illegitima usura contracta. Similiter si ager pignori tradatur nominatim, ea lege, ut creditor fructus retineat usurarum vice, conventio servabitur, etiamsi fructus excedant modum legitimum usurarum: at si nihil dicatur de fructibus, nec de usuris, sed ager simpliciter pignori tradatur, id agitur ut fructus percipiantur, quinimo culpatur creditor si eos non percipiat; & alias tenetur de percipiendis: & hoc etiam casu, quo nihil dictum est de usuris, tacite videtur contracta ἀντίχρησις. Itaque creditor fructus retinebit usurarum vice, non tamen supra legitimum modum usurarum. Tacita ἀντίχρησις servat modum usurarum legitimum, expressa non item, *l. cum debitor, D. quibus ex causis pign. vel hyp.* In qua l. videtur apponi exemplum tacitæ ἀντιχρήσεως, quod titulus ipse indicat, qui est de tacito pignore conceptus. Debitor utitur mea pecunia gratuito, quia ab eo nullas sum pactus, aut stipulatus usuras: cujus beneficii compensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus non tantum percipiam, sed & retineam usurarum vice, quod fiet tantum juxta modum legitimum, quasi tacito consensu, Quod si ea pecunia fuisset fœneratitia, non videretur etiam tacite contracta ἀντίχρησις, sed tradito agro debet fructus creditor percipere: Et nisi fructus perceperit, culpatur, id est, imputat perceptos, & percipiendos usuris primum, deinde sorti, *l. 2. inf. de partu pignoris.* Gratuita pecunia est non tantum ea, de qua convenit, ut gratuita esset, sed etiam ea, de qua hoc non convenit, si de usuris nihil convenerit. Sunt qui addunt negationem ex l. 4. & 12. hujus tit. & male colligunt fructus pignoris non posse retineri, nisi de eo pactum intervenerit; cum illæ leges non loquantur de fructibus pignoris, sed de re ipsa; cujus retentione servo usuras debitas, pacto, vel stipulatione, de fructibus nihil; sed retentio etiam fructuum, & tacita ἀντίχρησις inducitur, quæ tamen coercetur modo legitimo.

Ad L.XVIII. Indebitas usuras, *etiamsi ante sortem solutæ non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, sed post sortem redditam creditori fuerint datæ, exclusa (veteris) juris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.*

NOtandum ex hac l. usuras nec civiliter, nec naturaliter debitas, & solutas in sortem nondum solutam imputari, & ideo non repeti, *l. si non sortem, in princip., ff. de condict. indeb.* Quod principium Accursius non intellexit, quia legit, *sorti debitas*, cum sit legendum, ut in Florentinis, *sortis debitæ*, id est, nondum solutæ, non ut in aliis libris. At jam soluta sorte, si postea usuræ indebitæ sint solutæ, repetitio competit, & hoc ostendit *l. 18. Paulus 2. sentent. titul. de usuris.* At ait lex 18. *Exclusa juris varietate.* Nam veteres leges hac in re inter se pugnabant: omnes admittebant imputationem usurarum indebite solutarum nondum sorte soluta: aliæ repetitionem admittebant, aliæ non admittebant: & quæ non admittebant, non carebant ratione. Nam usuræ, etiamsi indebitæ sint, tamen ex justa causa solvuntur, ut ob moram, quam ob causam etiam hodie pœnæ depensæ indebitæ, condictio non est, *l. pœnæ, ff. de condict. indeb.* ut si ad diem sors non solveretur; si non sit de pœna conventum, & tamen nihilominus debitor per errorem pœnam ob moram solverit, illius pœnæ non erit condictio, usuræ erit condictio. Et hæc est differentia inter pœnam, & usuram summe notanda.

Ad L. XX. Constitutionibus sacris, *quæ ultra certum modum usuras fœnebris pecuniæ exigi prohibent, mandatoribus etiam, vel fidejussoribus subventum est: quibus quasi mandator, vel fidejussor conventus uti potes.*

IN hac l. 20. hoc ostenditur, modum usuris præscriptum non tantum pertinere ad reos principales, ne supra eum modum ab eis exigantur usuræ: sed etiam ad mandatores, & fidejussores eorum, qua de re non temere dubitabatur. Nam plerisque in causis jure veteri severius agebatur cum mandatore, vel fidejussore, quam cum reo principali. Reo judicato dabantur induciæ ex jure veteri; mandatori, & fidejussori judicato non dabantur. Id abrogatur tamen *l. ult., §. ult. inf. de usur. rei judicatæ.* Unus hodie est usurarum modus; olim simplex centesima fuit legitimæ usuræ finis, sicut dixi initio *l. 8. sup. si cert. petat. de reb. credit.* In senatoribus fuit semis; non licuit eis nisi semissem accipere, *l. 4. eod. C. Theod.* Loquor de pecunia. Nam fructuum usura permissa fuit quadruplex centesima, *l. 1. C. Theod. eod.* Nautica usura certum modum non habuit: quin & supra duplum exigi potuit, & in pactionem, vel stipulationem deduci, ut dixi in l. 10. Hodie autem, ut intelligatur modus legitimus usurarum, explicanda est l. 26. cujus initium non est de modo usurarum, sed hoc tantum proponitur: usurarum, vel fructuum petitionem tolli actione personali sublata 30. annis, vel actione hypothecaria sublata 40. annis. Nam & ob usuras hypotheca retineri potest, si personalis actio perierit, hypotheca nondum perierit, potest retineri pro usuris, sed utraque sublata actione, solvuntur usuræ: at sublata actione personali, non semper tollitur hypothecaria, *l. debitor, ff. ad senatusc. Trebell., l. 1. & 2. inf. de luit. pign.* Idem non servatur in redituum annua præstatione. Id dixi in *l. 18. sup. de fide instrum.* Deinde Justinianus in *d. l. 26.* ponit modum usurarum, & primum in illustribus, & iis, qui supra eos sunt, puta patriciis, & consulibus definit usuras trientes ut iis contenti sint: in iis,

qui

qui ergasteriis, id est, mensis argentariis præsunt, & A in negotiatoribus eorum præscribit besses usuras: quod etiam declarat in Novella 136. Et in edicto nono id cavet: & in ea Novella adjicit, eis usuras besses deberi, etiamsi eum modum argentarii usuris non dixerint: ut si simpliciter convenerit usuras præstari, debebuntur besses. Id argentariis indultum est, sicut illud, ut ex pacto usuras petant: imo & olim quasi ex tacito pacto usuras petebant, etiamsi nominatim pactio non intervenisset, tacite eas pacisci videbantur, quia illorum vitæ hoc est institutum, ut pecunias fœnore dent, ut indicat ea Novella: & ideo semper intelligebatur tacita pactio de usuris contracta. In aliis igitur idem non obtinebit, *l. quod in stipulatione, ff. de usur.* Si usuras stipuler modo non adiecto, nulla est stipulatio, quia id tantum datum est argentariis. Adjicit Justinianus ut fructuum, B & pecuniæ nauticæ sit usura centesima, est & rei judicatæ, in aliis autem personis, & causis præscribit usuras semisses, quæ etiam in fisco servantur. Nam fiscales usuræ sunt semisses, & privatorum, *l. ult. inf. de fiscal. usur. lib.* 10. *l.* 1. *inf. de iis, quæ ut indign. aufer.* Ubi loquitur de fisco, & dicit deberi semisses. Quod videtur Tribonianus addidisse, *ut & in l. cum quidam, §. si debitores, ff. de usur.* Pupillares usuræ etiam sunt fiscales, id est, semisses, nisi casibus certis, quibus sunt centesimæ, qui casus notantur in *l. qui sine, ff. de negot. gest. l. tutor, qui repertorium, ff. de administrat. tutor.* Illud superioribus addendum: ab Ecclesiis non exigi, vel Ecclesias non præstare, nisi quadrantes creditoribus ex Novel. 7. Ab agricolis non exigunt creditores nisi trientes, quales quales sint agricolæ, etiamsi sint argentarii, *Novel-* C *la* 32. Sciendum est etiam hunc modum esse usuris præscriptum, non iis tantum, quæ veniunt ex stipulatione, sed etiam iis, quæ sine stipulatione veniunt in bonæ fidei actionibus, & judiciis officio judicis, ex æquo, & bono, non observato more regionis. Nam olim non fuit certus modus usuris præscriptus, & præfinitus, quæ veniunt ex mora officio judicis, sed præstabantur arbitrio judicis pro more regionum, id est, uti fœnus solebat in iis regionibus exerceri: idque ita scriptum est in multis Pandectarum locis. Sed ex constitutione Justiniani hic mos regionis non servabitur, si modum excedat usurarum legitimum, idque est additum ad *l.* 1. *ff. de usur. l. idemque, §. sed etsi pecuniam, ff. mand.* Itaque notandum, moribus non posse huic modo legitimo usuris ab hac constitutione imposito derogari. D At quid fiet, si quis creditor hunc modum excesserit usurarum legitimum? quæ ejus erit pœna? nulla fere nisi infamiæ: infamia enim notatur qui exercet fœnus supra modum, *l. improbum, sup. ex quib. caus. infa. irrog.* At sortem non amittet nisi pro rata ejus, quod exegit supra modum: Nam id minuit sortem. Olim tenebatur in quadruplum, *l.* 2. *C. Theodos. de usur.* Ascon. Pedian. *in Divin.* Adiicitur in hac constitutione, ne creditores ex sorte, quam credunt, aliquid detrahant, vel deducant siliquarum, vel sportularum nomine, *κερατίων ἢ σιτίων*. Creditores hæc nomina prætexentes, ex sorte aliquid deducebant, & retinebant aliquid dum numerabant, & nihilominus debitorem in integram sortem sibi obligabant, & in ejus integræ sortis usuras. Id tollitur hac lege, ex qua non contrahetur obligatio, nisi quatenus da- E tum erit, *l. si tibi, in princip. ff. de pact.* Igitur si ex 100. retinuerit quinque sportulæ nomine, vel siliquatici nomine, non debebuntur nisi 95. nec usuræ nisi pro ea sorte debebuntur. Id ad extremum exigitur in hac l. ne quis per interpositam personam supra modum usuras stipuletur, ut puta ne illustris quidem per argentarium sibi adquirat besses, quas argentarius sibi potest adquirere, non illustris per eum, vel si supposuerit argentarium, & de eo constiterit, non feret nisi trientes. Et ut liqueat, hac de re deferetur jusjurandum stipulatori, ut purget se jurejurando, an alteri scilicet operam accommodaverit. Hic est modus usurarum à Justiniano præscriptus, post quem Basilius Imperator usuras omnino sustulit, & ne

A nummum quidem usurarum nomine dari voluit, *Novell.* quæ exstat apud Harmenopulum *lib.* 3. *tit.* 7. quæ ibi corrupte dicitur esse Leonis, cum sit Basilii patris Leonis, vel Basilii, & Leonis. Sed postea Leo solus restituit usuras trientes omnibus tantum, usu rerum id exigente. Nam vix sine his potest stare Respublica. Respexit Basilius ad jus divinum, Leo ad necessitatem. Est ejus Novel. 83. hæc ratio. Sed videndum quæ sit usura centesima, quod veteres non intellexerunt: definitio centesimæ variavit bis, aut ter. Prima fuit, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos .i. in singulos solidos, sive aureos quotannis tres siliquas: Et secundum hanc definitionem usurarum, unciaria ea est, quæ in centenos aureos reddit quotannis unum: sextans usura, quæ reddit duos: quadrans, quæ reddit tres: triens, quæ reddit quatuor: B quincunx, quæ quinq; semis, quæ sex: septunx, quæ reddit septem: bes, quæ octo: dodrans, quæ novem: dextans, quæ decem in centenos quotannis reddit: & qui hanc exigunt usuram, dicuntur *δεκατολόγοι* à Basilio in Psalmum 14. id est, qui quotannis exigunt decimam partem sortis. Male quidam in eo auctore interpretantur, qui singulis mensibus exigunt decimam partem sortis, hi sunt *ἑκατοστολόγοι*. Sequitur deunx usura, quæ reddit undecim. Summa usura est as usurarum sive centesima, quæ reddit duodecim. Deinde definitio centesimæ hæc obtinuit, quæ in centenos reddit quotannis duodenos semis, vel quæ in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas nulla minus. *Nov.* 130. Et breviter Græci 5. *Βασιλικῶν tit.* 5. *κεράτια τρία τῷ νομίσματι*, id est, tres siliquas in singulos solidos, & secundum eam definitionem triens usura est, quæ C quotannis in centenos aureos reddit quatuor solidos, & siliquas, vel in singulos solidos unam siliquam, *Nov. Leonis* 83. *Novella Justiniani* 32. *Interpretes C. Theodos. l.* 1. *de usuris*. Quadrans secundum hanc definitionem erit usura, quæ reddit in centenos quotannis tres solidos, & tres siliquas: semis, quæ reddit sex solidos, & sex siliquas. Bes usura erit, quæ in centenos quotannis octo solidos, & octo siliquas reddit, vel in singulos solidos duas siliquas, & sic consequenter de aliis. Postrema definitio est: usura centesima est, quæ in centenos quotannis reddit sedecim semis, & siliquas quatuor. Nam libra auri cœpit æstimari aureis 72. *l.* 5. *infra, de suscept. & arcar.* In libram autem auri usura centesima hodie reddit duodecim aureos quotannis auctore Harmen. *lib.* 3. *tit.* 7. Itaq; in centenos reddit sedecim semis, & siliquas quatuor. Id D confirmat Zonaras in Synodi Nicenæ Can. 17. in hanc sententiam. Ut, inquit, *nunc libræ sunt solidorum septuaginta duorum, ita olim fuere centenariæ, & centum solidorum usura duodecim, quæ & ob id dicitur centesima, quod de sorte centum exigerentur*: rectissime: Nam usura triens dicitur, quia est centesimæ triens; quadrans, centesimæ quadrans. Igitur secundum hanc definitionem, quadrantes usuræ hodie erunt, quæ olim trientes dicebantur, id est, quatuor solidi in singulas libras, & excurrentes quædam siliquæ. In eo autem canone 17. idem Zonaras usuras *ἡμιολίας*, de quibus eo canone agitur, videtur accipere pro semissib. usuris, sed male. Videntur potius accipiendæ pro bessibus, quæ olim erant legitimæ, aut moderatæ: sed tamen etiam clericis illis usuris interdicitur. Bes usura ad centesimam habet rationem sexcuplam .i. octo ad E duodecim: Semis autem ad centesimam habet rationem duplam, non *ἡμιολίαν ἡμιολίας*. Ergo semis non est *ἡμιόλιον τόκος*. Male quidam *ἡμιολίας* accipiunt pro sesquicentesimis usuris, id est, cum in centenos solidos redduntur centum, & octo secundum primam definitionem, vel 18. solidi, & 18. siliquæ juxta secundam definitionem, vel secundum tertiam definitionem, cum 24. solidi redduntur semis, & 8. siliquæ in centenos quotannis, quæ usuræ centesimis sexculpo majores sunt. At in eo canone usuræ *ἡμιολίας* dicuntur quasi leviores hoc sensu, ut neq; centesimas, neque *ἡμιολίας*, id est, leviores usuras clerici accipiant, & sane sesquicentesimæ non sunt leviores. Nunc dicamus de usuris usurarum, & hoc pertinet ad l. ult hujus tituli. Certum est, usuras usurarum exigi non posse, *l. si, non*

si non sortem, §. 1. ff. de condict. indeb. l. placuit, ff. de usur. A Exigebantur tamen ante constitutionem Justiniani usuræ usurarum redactarum in sortem, puta, stipulatione usurarum post annos aliquot transfusa in stipulationem ejusdem summæ, quasi sortis debitæ. Quod Justinianus tollit *l. ult. hoc tit.* Item exigebantur usuræ usurarum in condemnationem deductarum post tempora judicati, *l. 1. Cod. Theod. de usur. rei jud.* Hoc etiam merito tollit Justinianus *l. 3. inf. de usur. rei jud.* Igitur penitus improbatur ἀνατοκισμὸς, id est, novatio usurarum, quæ fit vel stipulatione, vel judicato. Sic etiam pœnæ usura exigi non potest, cum pœna sit usurarum vice, & cum usura sit pœnæ vice, igitur pœnæ usura non exigitur, mulctæ tamen usura exigitur, si non solvatur intra tempora judicati, *l. 1. inf. de fiscalib. usur. l. ult. ff. de magistrat. conveniend.* Quæritur de fructibus, an fructuum usuræ peti B possint, vel an veniant in judicium usurarum? Certum est fructuum creditorum usuras peti posse, quod supra demonstratum est. Sed de iis non quæritur. Nam quæritur de fructibus, qui quasi accessiones in judiciis veniunt, quæritur an ex iis usuræ dentur. Fructus autem in judicium veniunt, aut officio judicis, aut jure actionis: Officio judicis, si sint percepti post litem, quia hi non sunt petiti, cum nondum essent percepti. Percepti ante litem veniunt actionis jure, & petuntur non quasi accessio, sed quasi sors, quasi comprehensi sint actione. Nunc sic dico, fructuum, qui veniunt officio judicis, ut si sint percepti post litem, usuræ etiam officio judicis non veniunt, ne sit accessionis accessio, ne officium officio subserviat: officium judicis actioni servit, non officio, vel officii parti, *l. heres, in fine, D. de petit. hered. l. ne-* C *que in princip. ff. de usur.* Fructuum autem, qui veniunt actionis jure, ut si sint percepti ante litem, usuræ etiam veniunt officio judicis in actionibus bonæ fidei, *d. l. heredi*, non in actionibus strictis, *d. l. neque, in fine.* Nam in strictis judiciis usuræ nunquam veniunt officio judicis. Verum à judiciis bonæ fidei excipitur unus casus constitutione Severi benigne receptus, *l. eum, qui, ff. de his, quæ ut indign. aufer.* Quo casu fructuum ante litem perceptorum usuræ non veniunt in petitionem hereditatis, videlicet si fiscus petat hereditatem ex causa taciti fideicommissi, recipiet hereditatem, & fructus, vel fructuum pretia, non usuras: quia benigne hic casus exceptus est constitutione Severi. Nec huic sententiæ obstat *lex cum quidam, §. in tacito, ff. de usuris.* Ubi fiscus petit hereditatem ex tacito fideicommisso, & tamen aufert usu- D ras: sed ille §. non dicit fiscum auferre usuras fructuum, sed usuras perceptas à debitoribus hereditariis, & ita ille §. nihil obstat rescripto Severi: Et est definitio quæstionis hujus. Concludamus sic, Justinianus valde coercuit rationem usurarum, quæ graviores erant legibus antiquis, leviores eas fecit *d. l. eos.* Item novatione facta usuræ redigebantur in sortem, & ejus sortis rursus usuræ in stipulationem deducebantur, & sic usura usuram gignebat. Hoc sustulit Justinianus omnimodo. Ambrosius usurarum usuras vocat tocoglyphia, & D. Basilius lib. de Tobia, ἀπόγονα κακῶν. Idem Ambrosius ait, *sors autem fœnoris cum fuerit crescentibus exæquata centesimis, & vetustatem sui renovat, & partus solitos adunatione multiplicat.* Ex quo loco intelligitur, creditores in fraudem legum usurarum usuras à debitoribus suis exige- E re supra duplum, quod vetant leges, usuras novatione facta, quasi sortem factas in stipulationem deduci, & rursus alias usuras ex usuris stipulari. Id etiam sustulit Justinianus. Item usuræ per partes solutæ sortem excedere poterant, *l. 10. hoc tit.* Et ideo utile erat in calendas usuras stipulari, & singulis calendis diversis pensionibus eas exigebant. Id quoque sustulit Justinianus, & ita cohibuit rationem usurarum: maxime vero de hoc duplo puto intelligendum, quod de Augusto dicit Suetonius: Iis, qui in duplum cavere potuissent, Augustum pecuniam dedisse gratuitam ad certum tempus. Item Sidonius Apollinaris 3. *Epist. centesimam, &c.*

AD TITULUM XXXIII.

DE NAUTICO FOENORE.

USURA nautica olim non habuit modum, hodie est centesima ex constitutione Justiniani: Item poterat exigi supra duplum, hodie non potest, quod ita est existimandum, etiamsi non sit nominatim definitum, quia quæ taxationem habent certam, & hunc dupli finem habent. Nautica usura, sive fœnus nauticum hodie taxationem habet certam, quia non potest excedere centesimam. Ergo & hunc finem habet: & in *l. penult. tit. sup.* generaliter fit definitur à Justiniano, ut in actionibus bonæ fidei, & aliis omnibus casibus, usuræ non exigantur ultra duplum. Ergo nec nauticæ, quia & hoc etiam ad argentarios porrigitur Justiniani edicto. Igitur nauticæ, & terrestris pecuniæ idem est finis, idem exitus, taxatio diversa: Nam usura nautica est gravior, puta, centesima, quia ejus pecuniæ periculum ad creditorem spectat ex conventione, periculo discusso, vel etiam non suscepto, non currit centesima, nec potest peti, sed communis usura tantum. Et id etiam ostenditur *l. 1. 2. & 4. hoc tit. l. fœnerator, & l. penult. ff. eodem.* Discusso periculo pecunia terrestris censeri incipit, cujus periculum debitor suscepit. Ideo animadverti in l. Rhodia, terrestrem, pecuniam appellari carentem periculo creditoris, qua conditione lex Rhodia vetat pecuniam in navi reddi: eo tamen loco legis Rhodiæ, is, qui curavit eam legem excudi, pro ἐγγαῖα, legit ἐγγύα, quod mendum etiam est apud Pollucem *lib. 8.* περὶ δανειζομένων. Periculum autem nauticæ pecuniæ ad creditorem pertinet ex conventione in solidum, ut naufragio facto creditori pecunia non reddatur. Interdum pro parte tantum ad eum periculum pertinet, ut cum ad tempus pecuniæ societas contrahitur, quod negotium hodie est frequens, & dicitur in ea lege Rhodia c. 17. χρεωκοινωνία, videlicet cum pecunia ita datur, ut quidquid lucri, vel damni fecerit debitor per biennium ex ea pecunia, id commune sit: post biennium solvitur ea societas, tum periculum ejus pecuniæ pertinet ad debitorem in solidum, & redditur tota cum parte lucri, si quid ex ea lucratus sit debitor, vel redditur tantum pars sortis, habita damni computatione, si quid fecerit debitor, non succedente fortuna. Ita recte describitur hoc genus negotii in *cap. 17. legis Rhodiæ.* At in nautica pecunia ex ejusmodi conventione creditor pecuniam periculo suo salvam fore recepit, quoad navis ad portum appulerit. Dubitatur an ex hac conventione creditor se cuilibet periculo subjiciat? Constat naufragii, & incendii periculum ad eum pertinere, & piratarum vim, sive hostium, & impressionem metus, & si quid præterea imprudentibus contigerit: at si culpa debitoris intervenerit, periculum pertinebit ad debitorem: ut si illicitas merces in navem intulerit debitor, & fiscus navem, & merces vindicaverit, quod fit jure, *l. cotem 11. §. dominus, D. de publicanis.* Cui §. derogatur aliqua ex parte *Nov. Leonis* 83. Hoc vero casu periculum pertinebit ad debitorem. Et hoc proponitur in *l. 3. hoc tit.* In cujus specie debitor non tantum imposuerat illicitas merces, sed etiam locum navigii, id est, navigationis, non observaverat, de quo conventum fuerat, quod sufficiebat ne periculum rediret ad creditorem. Nam si non observato loco dicto navigationi, debitor navem alio averterit, & forte piratæ navem deprædati sint, periculum agnoscet debitor, quoniam periere merces ejus culpa: quo modo etiam ut continetur eadem lege Rhodia, si navicularius præter voluntatem vectorum in portum, aut locum latronibus infestum navem deduxerit, omne damnum præstabit vectoribus. Idem & in debitore erit, si naufragium culpa ejus contigerit. Nam periculum omne agnoscet. Item si in navem vetustam, & ca-

& cariosam merces gravis ponderis intulerit, & imposuerit, & perierit navis, periculum agnoscet, non creditor, qui ex hac *l.3.* non agnoscit, nisi damna fatalia, non quæ contingunt ex culpa debitoris.



AD TITULUM XXXIV.

DEPOSITI, VEL CONTRA.

HIS tituli verbis significatur duplicem esse actionem depositi, directam scilicet, & contrariam, de quarum ratione satis diximus supra in *tit. de pignerat. actione*. Depositum autem, quod & receptum, & commendatum dicitur, *l.24. D.depos. & l.186. de verb.sign.* definimus, quod quis sine mercede custodiendum recepit: recte sine mercede: nam si merces intervenerit, locatio est, non depositum: Pretium tamen depositionis potest intervenire, nec erit locatio, sed depositum, *l.2. generaliter, vi bono. raptorum*. Quod quidem pretium etiam merces improprie dicitur, *l.si ut certo, §.nunc videndum, ff.commodati*. Dico improprie, quia pretii verbo intelligitur, quod depositario datus remunerandi beneficii causa. Dicunt Græci τιμὴν ἀντιδώρῳ. Sic mandatum pretium non recipit: præmium, remunerationem honorarium, vel salarium recipit: ut procuratores quandoque sunt salariarii, ita & depositarii. Commodatum quoque, quod constat etiam esse gratuitum, non est dubium recipere posse ἀντίδωρον, ut & precarium: dotem constat etiam recipere ἀντίφερνα, id est, donationem propter nuptias. In definitione usi sumus verbo recipiendi, quo utitur *l.1. §.si te rogavero, & seq. ff.depositi*. Deponit dominus, vel possessor, recipit depositarius. Unde quod nauta, caupo, stabularius servandum recipit, id est depositum, & est eum eo actio depositi: Est etiam præter depositum propria actio de recepto in factum, ex titulo *nautæ, caupones, stabularii*, quæ quidem actio est stricta, depositi est bonæ fidei tam directa, quam contraria, sicut & negotiorum gestorum, *l.& in contraria, ff. de usuris*. In actionem de recepto venit culpa levissima, non casus fortuitus. In deposito solus dolus venit, vel culpa dolo proxima, nisi aliud convenerit, vel nisi intervenerit præmium depositionis, *l. 3. §. ex hoc edicto, ff.nautæ,caupon. stabul. l.1. hoc tit. l.2. §. & generaliter, D.vi bonorum rapt.* Item surrepta, & furto ablata se quam nauta, vel caupo, vel stabularius servandam receperat, nautæ, vel cauponi, vel stabulario datur actio furti, quia ejus periculo furtum cedit. Furtum enim non annumeratur casibus fortuitis, latrocinium annumeratur: quæ duo manifeste separantur in *l.52. §.damna, D.pro socio*: hoc ostendi in *l.4. ff.nautæ,caupon.stabul.* alias re deposita surrepta, depositario non datur actio furti, quia nihil ejus interest, cum ejus periculo res surrepta non sit: igitur re furto ablata non agit furti, cum ejus dolo furtum factum non est: rapta tamen re deposita, depositario datur actio vi bonorum raptorum, etiamsi nihil ejus interfit, ut in *dict.§.generaliter*, qui quidem §. Florentiæ est male punctis distinctus. Igitur actio vi bonorum raptorum gravior est actione furti. Ideo Græci dicunt ἀναδοτέραν, quia etiam ei datus hæc actio vi bono.rapt. cujus nihil interest, vel parum. Nam & rapina crimen publicum parit, *lege pen. de vi*, furtum crimen publicum non parit, sed extraordinarium, *l.ultim. de public. judic. & l.ult. de furtis*: & hæc sufficient de differentia actionum recepti, & depositi. Commendatitia actio nulla est propria, sed idem est, eodemque jure penitus commendatum, & depositum utuntur, quod diximus supra, titulo de commodato, uno nomine, pura commendati, significatus totum depositarii fidei committi, id est, commendari, altero significatus rem valde poni apud depositarium. Nam articulus, *de*, auget, ut ait *l.1.Depositi*. Quo sensu Festus ait latinos dicere dedere, id est, valde dare, & deperire, deamare,

A despernere, decorare, id est, valde orare, depolire: Eodem sensu dicimus pignus deponi, vel pignus depositum, ut ostendimus *titulo de pigneratitia actione*. Igitur aliud est depositum pignoris, aliud depositum custodiæ, utrumque est valde positum. Ex genere custodiæ est sequestratio, quæ sic proprio nomine nuncupatur, de qua est *l.5. & 7. hoc titulo*: quæ ostendunt cum sequestro esse depositi actionem, id est sequestrem esse depositarium. Itaque sequestratio est lex quædam depositi, ut ἀντίχρησις est lex pignoris, quam Galli dicunt *mort gage*, & in diem addictio, vel commissoria est lex venditionis. Leges contractuum transformant ipsos contractus: quo fit, ut sæpe illæ propriis nominibus nuncupentur, quæ frequentiores sunt: ut fiducia, addictio in diem, sequestratio, ἀντίχρησις, quæ leges sunt
B tantum, non contractus proprii. Nunc notandum est cum actione depositi concurrere etiam actionem ad exhibendum, & rei vindicationem, *l.1. hoc tit.* Idem censeo dicendum de commodato, & pignore: intesdum etiam cum actione depositi concurrit condictio, & actio furti: Ut si depositarius invito domino rem depositam in suos usus converterit, domino hoc casu datur actio depositi, vel condictio, vel pœnalis furti actio, *l.3. hoc tit. l.si quis inficiatus, §.1. & l.si sacculum, ff. depos.* Et hoc casu depositarius tenetur condictione furtiva, & condemnatur in id, quod interest, etiam si res deposita perierit casu fortuito, idque sine distinctione, seu fuerit interitura apud actorem, seu non: qua tamen distinctione utemur, si dominus agat depositi secundum Sabinianos. Itaque est gravior hac in re condictio, *l.si plures, §.ult.*
C *ff.depos.* Proculiani distinctionem rejiciebant in omnibus actionibus re perempta post moram, sive post litem contestatam. Sed obtinuit Sabini sententia, præterquam in condictione furtiva, quæ hanc distinctionem non recipit: repetendum est quod diximus actionem depositi esse bonæ fidei, & dicendum ob id in ea actione, usuras venire ex mora, *l.2.& 3.hoc tit.* Idque officio judicis, non ipso jure, *l.4. hoc tit.* Ideo si judex actione depositi depositarium damnaverit in æstimationem litis, non in usuras, nulla usurarum est petitio postea, quia non veniunt actionis jure, sed tantum officio judicis, cui officio præstando judex non est obstrictus; & si rursus agatus depositi, quasi minus actor tulerit prima actione depositi, reo condemnato dabitur exceptio rei judicatæ, *l.4. hoc titul.* Id pugnat cum
D *l.evidenter, ff.de except.rei judic.* quæ ait non proficere exceptionem rei judicatæ condemnato: Sed dicendum est, id non verum esse generaliter. Nam constat, condemnato proficere exceptionem rei judicatæ, ne sæpius condemnetur eadem de re, *l.7. §.plane, ff.de except. rei judic.* non tamen si deficiat actio judicati. Nam tunc iterari actio potest sine metu exceptionis rei judicatæ, ut in hac specie: Si egi vindicatione rei cum Titio, & Titius putans se possidere, per errorem rem defenderit, & condemnatus fuerit, hoc casu judicati nullus effectus esse potest, quia nec litis contestatæ tempore, nec rei judicatæ rem possedit, quod exigitur, *l.sin autem, §.s. ff.de rei vindic.* & erravit, nec liti se obtulit sciens, alioqui teneretur, etiamsi non possideat. Itaque judicati actio non est, judicati effectus nullus est, licet post rem judicatam rem possidere cœperit. Nam res judicata non extenditur ad id tempus: At
E iterabitur actio hoc casu: & si opponatus exceptio rei judicatæ, vel non iterandæ actionis, replicabitur non esse actionem judicati, *l.9.§.penult. ff.de except. rei judic.* Item non proficit hæc exceptio rei judicatæ ei, qui egit, & victus est, si postea eadem actione cum eo agat adversarius, de cujus jure pronuntiatum nihil est, *l.si inter me, & te, ff. eod.tit.* Species est: Egi tecum petitione hereditatis, contra me judicatum est, hereditatem meam non esse, de tuo jure non est pronuntiatum, scilicet tuam esse hereditatem, vel non. Ideo si ego ex ea hereditate aliquid possideam, potes eadem actione uti adversus me, nec mihi hac casu proficiet exceptio rei judicatæ: & in hanc speciem subjicitur *l.evidenter, ff.de except.rei judic.* quæ diximus com-

plo-

plectuntur varias leges hujus tituli. Nunc nobis explicandi sune dno Pandectarum loci sub hoc tit. hactenus non animadversi. In uno loco est vestigium juris antiqui, *l. Lucius 2. ff. Depos.* Vestigium, puta, senatusc. Claudiani, qood Justinianus sustulit. Ex quo senatusc. mulier ingenua, quæ conjungit se servo alieno, serva fit ejusdem domini, si denuntianee domino à consuetudine servi se non abstinuerit. *Ulp. in fragment. tit. 11. Paulus 4. sentent. tit. 10. Tertull. 2. ad uxorem.* Et ejus exemplo (quod non est sublatum) hodie post denuntiationem, monetaria fit, quæ se conjungit monetario. Item gynæciaria fit, id est, textrinæ sacræ obsequio obligatur, & conditioni, quæ denuntiante fisco non recedit à consuetudine gynæciarii, *l. 3. & 7. inf. de mulier. quæ se propr.* Nunc *in d. l. Lucius* ponitur pater filiam ingenuam conjunxisse servo alieoo, & dotem dedisse. Lex ait, *dotem:* at nec matrimonium est, nec dos: Ideoque etiam in cautione datæ pecuniæ quasi dotalis, scriptum est, pecuniam depositam, non dotem datam: postea pater decessit, nulla denuntiatione à domino servi facta, id est, filia nondum redacta in servitutem ex senatusc. Claudiano, mox etiam servus decessit. Lex ait filiæ heredi patris sui adversus dominum mariti sui dari actionem depositi de peculio. In altero loco Pandectarum ostenditur quid proprie contineatur cistæ appellatione, *l. 1. §. si cista, D. depositi.* Si aurum, vel argentum depositum sit, & petatur, actor debet dicere speciem, puta scyphum, pateram, item materiam, & pondus, ut in §. præcedenti. Similiter, si cista sit deposita, & depositario sint ostensæ res, quæ in ea cista erant, adjiciendæ etiam sunt in actione depositi species vestis, nec tantnm ista cista est petenda. Sic recte Florent. scriptum est, vulgo pessime: Nam cistæ vocabulum est græcum, & latinum: est aotem cista vas, io quo reconduntur vestes. Pollux *lib. 7. & 10.* ait esse vasa ad vestium depositionem. Cista pro vase vestiario accipitur.

Ad L. VII. Desiderium tuum cum *rationibus juris non congruit: Nam si custodiam pecuniæ suscepisti, quam aliis à te mutuo datam, conscriptum instrumentum, quo hanc tibi reddi profiteris, arguit: solutionem ejus competentem improbe recusas.*

HÆc proponitur species: Depositarius pecuniam depositam Titio mutuam dedit. Postulat ut cum Titio agatur, non secum. Cum Titio agi potest rei vindicatione, si nummi exstent, vel actione ad exhibendum, si mala fide sint consumpti, argumento *l. negasti, in fine, de reb. cred. si cert. pet.* Imo & cum Titio agi potest utili condictione à domino pecuniæ, si depositarius solvendo non sit, ut dixi in *l. 2. sup. si certum petatur*, vel etiam agi potest directa condictione ex cessione depositarii: Nam depositarius potest cedere condictionem ex consumptione, vel stipulatione, si eam sibi reddi stipulatus fuerit. Igitur cum Titio varie agi potest: Sed tamen non ideo dominus cogetur cum Titio agere apud quem deposuit: sed eliget depositarium omisso Titio, & hoc ait *l. 8.* Si depositarius pecuniam depositam, suo nomine, vel alterius mutuam dederit, non si deponentis: verum & si nomine deponentis mutuam dederit, depositarius, quamvis eo casu domino adquiratur directa condictio, ei etiam hoc casu licebit depositarium eligere, nomine improbato, *l. 4. sup. si cert. pet.* Lex 8. est de depositario, qui pecuniam mutuam dedit. Lex septima de depositario, qui pecuniam depositam apud alium deposuit, & in utroque idem jus. Et sic recte Harmenopulus *lib. 3. tit. 9.* interpretatur *l. 7.* Ex quo recte probatur à libris veteribus in l. 7. recte abesse verbum mutuo. Est similis species in *l. 16. D. depos.* In eadem l. 7. male scribitur, conscriptum instrumentum, qno hanc tibi reddi profiteris, &c. Nam profitemur quidem nos reddituros pecuniam. At non profitemur nobis: reddi nemo ex latinis sic unquam loquutus est: ita igitur legendum est, instrumentum, quo hanc tibi reddi conscriptum confiteris: quibus verbis significatur depositarium profiteri pecuniam à se apud alium depositam in cautionem depositarii. At, ut lex ait, & si constet de secundo deposito, ex illa cautione tamen dominus, secundo depositario omisso, eligit primum, cum quo ipse contraxit.

Ad L. IX. Cum hereditas *personam domini sustineat: ab hereditario servo, priusquam patri vestro successeritis, res commodatas, secundum bonam fidem ab ejus, qui suscepit successoribus apud rectorum provinciæ petere potestis.*

NOtandum est actionem depositi dari heredibus, non tantum si defunctus deposuerit, sed & si servus hereditarius. Servus hereditarius dicitur semper ante aditam hereditatem, jacente adhuc ea. Ut igitur domino vivo per servum acquiritur actiu, si quid deposuerit ex re domini, vel peculiari, ita & mortuo, jacente hereditate: quia non intelligitur esse sine domino, cum hereditas jacens personam dominæ sustineat, ita enim habent veteres, *dominæ, non domini*, quod confirmat *l. non minus, D. de heredib. instituend. l. deniq; §. quæsitum, quod vi aut clam.* Ibi enim ubique est scriptum, *dominæ, non domini, ut l. 15. ff. ad legem Aquiliam.* Sicque legunt Græci; ita si servus hereditarius quid deposuerit, hereditati per eum acquiritur actio depositi, & per hereditatem acquiritur heredi adita hereditate. Sunt eamen quidam casus, quibus hereditas vice dominæ non fungitur, in quibus personam ipsam exigimus, quæ faciat aliquid, nec fictione sumus contenti: ut si servo hereditario interim sit delata hereditas, eam interim non potest adire, quia non est, qui jubeat. Item usufructus per servum hereditarium hereditati adquiri non potest, quia usufructus non consistit sine persona, quæ fructus capere possit: ususfructus jus est homiois: hæc ostendi in *l. ususfructus, ff. de stipulat. servorum, l. hereditas 2. de acquir. rer. domin. l. 1. §. dies, ff. quando dies ususfru. leg. ced.* Præterea hereditas jacens rerum hereditarium possessionem non habet. Ergo interim possessio vacat, & ob id rei hereditariæ furtum non fit, quia nemo possidet; possessio factum, & animum hominis desiderat. Ideo etiam rerum possessionem servus hereditarius interim hereditati non adquirit, quia non adquirit servus nisi scienti domino, excepta causa peculiari, ex qua servus possessionem adquirit hereditati, ut domino ignoranti, vel furioso, *l. qui à servo, in fine, de act. empti, l. ult. de captiv. & postlimin. reverf. l. peregre, §. quæsitum, l. si servo, ff. de adquir. possess.* At exceptis his tribus casibus hereditas jacens vicem dominæ sustinet, nec servi hereditarii videntur esse sine domino.

Ad L. X. Qui depositum *non restituit, suo nomine conventus, & condemnatus, ad ejus restitutionem cum infamiæ periculo urgetur.*

NOta actionem depositi directam, non contrariam esse famosam, & si quis damnetur actione depositi suo nomine, lite in cum initio contestata, non si damnetur procuratorio nomine, vel hereditario: item si damnetur, non si paciscatur de deposito, *l. 1. & l. in actionibus, de his, qui not. infam.* Quærunt interpretes, cur actio commodati non sit famosa? cur actio item creditæ pecuniæ? cur pigneratitiæ? quæ est de deposito pignore, depositi est famosa? Ratio hæc est: Qui rem deponit, commendat, & committit rem suam fidei depositarii, *l. 1. in princ. ff. depos.* sicut mandator committit se fidei procuratoris, socius fidei socii, pupillus fidei tutoris: & ob id etiam mandati actio est famosa, & actio pro socio, & tutelæ, vindicandæ perfidiæ causa, *l. furti in fine, D. de his, qui not. infam.* Cum crescit in deposito perfidia, crescit etiam actio, perfidia crescit, si quis tumultus, vel incendii, vel naufragii causa, exigente necessitate abnegat depositum, & non reddit:

Ideo

Ideo hoc casu non tantum est actio famosa, sed etiam A pœnalis in duplum, *l. 1. §. hæc autem, ff. depos.* Crescit, inquit, perfidiæ crimen hoc casu, & publica utilitas: eadem quoque ratione actio fiduciæ olim erat famosa. Cicero pro Rosc. Comœdo .i. actio pignoris commissi lege commissoria, quæ hodie est sublata in pignore, nec ideo fiducia est in usu. At qui commodat, aut mutuum dat, aut pignus ponit, non confugit ad fidem alienam id est, non dicitur commendare, aut committere quicquam alteri: perfidia quidem est si quis commodatum non reddat, vel mutuum, vel pignus: at major est perfidia, ut ait Arist. Problemat. 29. *μεῖζον τὸ ἀδίκημα*, si quis depositum non reddat, vel socium, vel mandatorem, vel pupillum fallat: Ideo ex contractibus sunt actiones famosæ, & pœnales crescente perfidia: ex illis vero nec sunt famosæ, nec pœnales. Addendum hoc esse B proprium actionis depositi, ut ei non opponatur compensatio, quod fusius diximus in *tit. de commod. & in tit. de compensat.* De hoc est *l. penult. hoc tit.* Depositum debet reddi petenti quamcelerrime: Et sicut debitor pecuniæ frumentariæ ideo non utitur compensatione, ne tam necessaria pecunia moram accipiat, *l. 2. §. frumentariæ, de administ. rerum ad civit. pertin.* Ita depositum, quod tuæ fidei commisi, te fidelem putans, nullam moram redditionis recipit. Ideo in actione depositi compensationi locus non est, etiamsi depositarius velit compensare id quod sibi debetur ex alia causa depositi, ut quia ipse vicissim aliquid deposuit apud eum, à quo depositum recepit. *Ex l. penult. hujus tit.* puto etiam secundum Joannem, depositarium non posse compensare id, quod contraria actione depositi potest consequi, C quia lex ait generaliter, actionem depositi non recipere compensationem, deductionem, aut retentionem, exceptionem doli. Igitur reddere debet statim depositum, tum agere contraria actione depositi: puto tamen secundum Accursium admittendam esse domini allegationem, si depositarius dicat se esse dominum rei depositæ, & de eo constet, quia cum ita est, non videtur contractum depositum, *l. qui rem, & l. bona fides, §. ult. ff. depos.* Additur in *l. pen. hujus tituli*, restitutionem depositi moram non accipere ex testatione, vel testata denuntiatione alterius, ut si creditor meus denuntiaverit depositario, ne mihi rem meam restituat donec ei satisfactum sit: quæ denuntiatio est efficax, nec potest contemni sine periculo denuntiati: & ea etiam usus est plerisque in locis: quod confirmat *l. ult. de lege commiss.* Et sane si D depositario id sit denuntiatum, ne rem restituat domino, nihilominus rem quidem statim petenti restituet, sed non sine cautione. Nam dominus ei cavere debet cum satisdatione à se depositarium defensum iri adversus denuntiationem creditoris, quod non abrogatur Novella 88. quæ in tribus casibus indicit pœnam denuntiatoribus, non autem improbat omnes denuntiationes sive interdictiones. Primus est, si quis denuntiaverit depositario, ne depositum domino reddat, illa denuntiatio est efficax. Ea enim fit ut depositarius rem depositam retineat, vel cautionem exigat, id est, ut eam non reddat sine cautione. At punitur denuntiator. Nam ex tempore denuntiationis, pecuniæ depositæ periculum ad eum pertinet. Item ex eo tempore præstat usuras trientes rei depositæ. Eodem modo punitur qui denuntiat inqui- E lino, ne mercedem locationis solvat, vel qui denuntiat erogatori annonæ publicæ, ne panes civiles eroget Titio. His tribus casibus coercentur denuntiatores, sed non ideo hæc denuntiatio effectu caret.

Ad L. ult. Supervacuam veterum *differentiam è medio tollentes: si quis certum pondus auri, vel argenti, confecti, vel in massa constituti, deposuerit, & plures scripserit heredes, & unus ex his contingentem sibi portionem à depositario acceperit, alter supersederit, vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, & postea depositarius in adversam inciderit fortunam, vel sine dolo depositum perdiderit: sancimus, non esse coheredi ejus licentiam venire contra eum* A *coheredem suum, & ex ejus parte avellere quod ipse ex sua parte consequi minime potuit: quasi eo, quod coheres accepit communi consilio: cum si certæ pecuniæ deposita fuerint, & suam partem unus ex heredibus acceperit, nemini in dubium veniat, bene eum accepisse partem suam, & non debere aliam partem attingere. Nobis etenim non videtur esse homo obnoxius, neque in massa, neque in specie, neque in pecunia numerata, qui suam partem suscepit: ne industria pœnas desidiæ solvat: si enim & alius heres tempora opportuna, quemadmodum coheres ejus observasset: & suam uterque reciperet, & sequentibus altercationibus minime locus relinqueretur.*

QUi pecuniam deposuit, decessit multis heredibus relictis. Certum est unum posse agere pro parte depositi, & ei pro parte posse reddi depositum, *l. 1. §. si pecunia, ff. depositi*. Idem est, si auri facti, vel infecti B certum pondus depositum sit, ut cavetur *l. ult.* Nam unus heres exiget partem auri: quid fiet si postea reliqua pars, sed apud depositarium, perierit sine dolo depositarii? Perit alteri heredi, quia perit sine dolo depositarii, & ille coheres, qui sibi vigilavit, id est, qui maturius suam partem exegit, nihil alteri præstabit, qui sero exegit. Non enim pro illius parte exegit; neque vero etiam plus sua parte, sed sibi vigilavit, & prospexit. Jus autem civile vigilantibus scriptum est, *l. pupillus, in fine, D. quæ in fraud. creditor.* Idem dicemus si duo coheredes fuerint sub curatoribus, & curatores eorum inter se pecunias hereditarias, & omne patrimonium diviserint, & unus partem suam sit consecutus, alter mi- C nus, non recte facta divisione. Is, qui consecutus est minus, non sarciet hoc damnum ex parte, quam alter est consecutus, ideo non tenetur alteri quicquam præstare, *l. Lucius, ff. famil. ercisc.* Nec obstat *lex item Labeo, eod. tit.* Species est: Duo sunt coheredes, unus thesaurum effodit hereditarium, quem alter ignorabat: tenetur alteri familiæ erciscundæ, etiamsi thesaurum cum extraneo indice forte, & conscio partitus sit, id est, si tantum suam partem perceperit, & reliquam extraneo conscio, vel indici reliquerit. Igitur in hac specie coheres coheredi tenetur, etiamsi partem suam tantum recepeir. Dicendum igitur est, eum teneri, quia cum ab initio totum habuisset, postea dolo malo partitus est cum extraneo in fraudem coheredis. Inter socios idem non observatur. Nam si tres sint socii, primus, secun- D dus, tertius, & primus debeat reliquis ingentem pecuniam, alii nihil debeant, & secundus sit consecutus suam partem, tertius non sit consecutus, quia postea primus factus est non solvendo: hoc casu pars, quam extorsit secundus, est contribuenda tertio: hoc inter socios servatur, quia iniquum est, ut ex eadem societate alter plus habeat, alter minus, *l. verum, §. si cum tres, pro socio*. Non obstat *lex si Titius, eodem*, quia ibi extraneus, qui habuit aliam partem, fuit solvendo, & ideo socius ab eo eam recuperare potest. Denique hae in re differentia est inter socios, & coheredes, vel inter societatem voluntariam, & societatem hereditariam.



E

AD TITULUM XXXV.

MANDATI, VEL CONTRA.

HIS etiam verbis, *mandati vel contra*, significatur duplicem esse actionem, contrariam, quæ datur procuratori sive mandatario, & directam, quæ datur mandatori. Utraque est bonæ fidei, directa sola famosa est. In utramque veniunt usuræ ex mora, & arbitrio judicis. Lex 1. pertinet ad actionem mandati contrariam, & ostendit, pecuniam, quam de suo impendit bona fide in rem alienam procurator exequendi mandati gratia, vel quam ab aliis mutuam ac-

cepit,

cepit, eam cum usuris arbitrio judicis eum consequi A contraria actione mandati, *l.si vero remunerandi*, *§. si mandaverit*, *ff. eod. tit.* Additur in *l.* 1. salarium à procuratore actione contraria mandati non peti. Nullo casu petitur salarium actione proposita: Sed quomodo debeat peti cognitio est præsidis. Et ait *l.salarium*, *D.eod.* extra ordinem à Præside peti, quod idem est, omnis cognitin Præsidis, vel Prætoris est extraordinaria. Nam ordo hic est, ut non ipse Prætor, aut Præses cognoscat, sed det actionem, & judicem. Ergo petetur salarium, vel honorarium, sive ἀντίδωρον extra ordinem, non ordinaria actione. At *dict.l.si vero remuner.* ait esse actionem mandati, si intervenerit honor, id est, honorarium. Quod ita cum Accursio est accipiendum, ut etiam si salarium intervenerit non minus mandatum contrahatur, non ut illud salarium petatur actione mandati: si inter- B venerit merces, non erit actin mandati, sed locati, si honor, erit mandati. Aliud enim est honor, aliud merces. Græci salarium ὀψώνιον interpretantur. Gregorius Nazianzenus contra Julianum Imper. indicat ὀψώνιον significare omne stipendium. Mandatum igitur recipit salarium, non mercedem. Verum ita demum potest salarium à procuratore peti extra ordinem, si dominus, sive mandator id constituerit, & taxaverit, id est, si de certo salarii modo conventum fuerit. Incerti salar. persecutio non est, *l.17. infr. hoc ipso tit.* quæ sententia sumpta est, & deprompta ex Papiniano in *l.qui mutuam*, *§.salarium*, *ff. eod.tit.* Id summopere cavendum est in hac actione, ne sub specie constituendi salarii eventum litis procurator contra bonos mores redimat. Salarium procuratori constitui potest, & nihilominus actio erit mandati: Sed non debet color quæri redem- C ptioni litis; redimitur lis, si procurator ad litem paciscatur ut si vicerit, victoriæ partem tertiam, aut quartam ferat, quæ pactio turpis est, nec potest defendi specie salarii. Nam hoc genere non continetur salarium, interposita pactione partis litis, & futuræ victoriæ, *dict.l.salarium*, *ff.mand.* *l.litem*, *sup. de procur.* *l.sumpt. ff.de pactis*, *l.20.inf.hoc ipso tit.* quæ *lex* 20. ait, frustra peti partem litis, quam redemptor litis sibi dari pactus est: quin etiam si hæc pactio intervenerit, ea l. significat sumptus in litem factos non posse peti actione mandati, vel negotiorum gestorum: humanius tamen est ei dari actionem negotiorum gestorum, si quid in litem utiliter impenderit. Quod autem procuratoribus interdicitur, & idem quoque advocatis, ne lites alienas redimant, *l.1. §.si cui cautum*, *ff.de extraord. cognit.* alioqui eis interdicitur advocationibus, vel foro, *l.5.sup. de postul.* *d.l.si vero remun.* D *§.ult. ff.eod.tit.* De hujusmodi redemptoribus est *l.pen. & ult. eod.* Lex penult. est justissima constitutio adversus litium redemptores. Constat actiones donari posse, & ex hac causa cedi, facto procuratore in rem suam. Vulgo etiam dicitur, actiones, & nomina vendi posse, & cedi ex hac causa, quod valde restringit l.pen. Constat etiam cedi posse actiones procuratori constituto in rem alienam, ea lege, ut procurator, quod ex lite consecutus fuerit, totum bona fide domino restituat: at non possunt cedi actiones procuratori sub pactione dimidiæ, tertiæ, vel quartæ partis, id est, ut procurator in partem victoriæ veniat. Nam est hoc redimere litem, & de futuro eventu pacisci, & de victoria: Emi etiam non possunt actiones parvo pretio. Nam & hoc etiam accedit ad redemptionem litis. Hic enim emptor, qui emit uno nummo, vel alio quovis E parvo pretio, tacite id agit, ut quod supra pretium ex lite consecutus fuerit, sibi habeat, & ita ferat partem futuri emolumenti: & hoc ita simpliciter tradiderunt interpretes de eo, qui emit parvo pretio: sed generaliter dicendum est, actinnem nullo modo emi posse, neque magno, neque parvo pretio ex eventu litis emptori spe proposita vindictæ, dum scilicet emit actionem ut alium vexet, in quem sibi redemit actionem. Hic etiam habetur pro redemptore litis, & recte Harmenopulus dicit redemptorem litis vocari ἐγγολαβόντα, & eum esse, qui pecuniam dedit, ut sibi actio cederetur. Inde generaliter constituitur in *l.penult.* ut ne quis mandata, vel cessa sibi actione plus consequatur, quam mandatori præstiterit, & solverit: exempli gratia, si quis actionem ex stipulatu creditæ pecuniæ emerit centum, à debitore non recipiet nisi 100. etiam si plus debeat, sed præter illa 100. recipiet etiam usuras debitas pro modo quantitatis, *l.penult.* Nec pugnat *l.ult.* ut putat Accursius, quia quod ait *l.ult.* nihil amplius emptorem actionis percepturum à debitore, quam quod præstiterit, loquitur de sorte, nec usurarum accessionem excludit. Dices, cujus erit in hac specie, quod plus est in debito? an ejus, quod plus fuerit dabitur petitio priori creditori? Minime: in quo etiam fallitur interpres. Nam abdicavit se actione, sed id cedet lucro debitoris, idque ita definit aperte *l. ultim.* Non idem dicemus, ut ostendi in *l.penult.* in cessionibus, quæ fiunt inter coheredes, vel collegatarios divisionis causa, cujus quidem causa alteri cedit actionem. Non idem etiam dicemus in cessione, quæ fit creditori solutionis vice. Nam nomen potest creditori in solutum dari, & ceditur ex ea causa. Non idem dicemus in cessione, quæ fit possessori rei alienæ, ejus possessionis tuendæ, & minuendæ causa: Ut si quis possessori rei alienæ cedat jus emphiteuticum, quod in ea habet. Hæ omnes cessiones valent in solidum, cum fiant justa ratione, divisionis puta, vel justa ratione solutionis, vel possessionis tuendæ. Et his cessionibus ex æquo respondere non debet, quod vice mutua est præstitum: ut si debeo tibi centum, nec numeravero pecuniam, sed dedero tibi in solutum aliud nomen, quod est 120. tu ex cessione petes 100. viginti: at empti nominis nulla est ratio, nisi vindictæ, & negotii exhibendi cupiditas, cui non est favendum. Ideo hæ cessiones factæ ex causa emptionis stricte accipiuntur, & non valent supra modum pretii soluti. Hæc est nova constitutio Anastasii. Nam ante eam hæ etiam cessiones valebant supra modum pretii soluti. At ut eadem const. declarat, aliud dicendum in donatione, si donetur actio, & cedatur ex ea causa, hæc liberalitas non est coercenda, cum nihil fraudis in se habeat: igitur hæc cessio, & donatio, quæ manat à liberalitate, valet in solidum: quod tamen ita procedit, ut explicat *l.ult.* si non fuerit imaginaria donatio, ne per simulationem donationis tacite lis redimatur. Item, si quis partem actionis emat, partem quasi donatam accipiat, videtur improbæ redemptioni, & partitioni color quæsitus: & ideo hoc etiam casu cessio non valet supra modum præstiti pretii. Denique *lex ult.* confirmat Anastasii constitutionem, eamque laudat appellans justissimam, & ne quid in fraudem ejus fiat, respicit.

Ad L.II. Cum ex causa fidejussionis *pecuniam patrem tuum exsolvisse proponas, habes mandati actionem: qua non solum pecuniam, sed etiam pignora in obligationem deducta, potes consequi.*

HÆc lex est etiam de contraria actione mandati. Species est: mandavi tibi ut pro me fidejuberes, fidejussisti, & conventus solvisti, habes actionem mandati contrariam in sortem, quam pro me solvisti, & in usuras habes etiam actionem hypothecariam, si quæ pignora in eam rem obligata fuerint, id est, si pignoribus tibi caverim, ut pro me fidejuberes: sic accipe *l.2.* ex *l.8. hoc ipso tit.* quæ eandem speciem habet. Sed in *l.2.* deest verbum *Eam*, in eam obligationem deducta, mandati scilicet: videtur quidem prima specie *l.2.* hoc significare, contraria actione mandati peti à fidejussore non tantum sortem solutam, sed etiam pignora, quod est falsum; sed sunt actiones dividendæ, & dicendum, sortem peti actione mandati, pignora hypothecaria: & ita quarto loco interpretatur Accursius.

Lex 8. eandem speciem ponit cum *l.2.* Quæ pertinent ad illam dixi in *l.4.sup. quod cum eo, qui in alien. est potest. &c.*

Ad L.III. Si pater tuus *tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit & ipse præsens adversus eos re integra experiri. Si quid ita ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.*

In

IN l. 3. hæc quæst. proponitur, an is, qui mandavit A actionem alteri, ea experiri possit? Et respondetur posse, & hoc genere mandatum revocari. Mandatum finitur revocatione, seu voluntate mandatoris, vult finiri mandatum, dum agit ipse, idque si revocetur re integra, ut dixi *l. 1. supra, de obligat. & actionib.* Item finitur mandatum voluntate mandatarii, seu renuntiatione, *l. si mandavero 2. §. ult. D. mandati*. Item finitur morte mandatoris, si mors contingat re integra, *l. 15. hoc tit.* Mandatum jurisdictionis finitur similiter morte magistratus, & ita quodlibet mandatum finitur morte, vel voluntate, seu renuntiatione & mandatoris, & mandatarii, *l. 5. D. de jurisd.* Excipitur hic casus [illegible] mandata sit actio ex causa venditionis, vel donationis, & mandator non decesserit sine herede. Nam durat etiam post mortem mandatoris, maxime si reliquerit B heredes. Id dixi *dict. l. 1. de oblig. & action. sup.* Finitur mandatum morte mandatarii, nec heredes ejus id explere coguntur, *l. si quis alieni, §. morte, ff. eodem*. Excepto illo casu, est etiam alius, quo mandatum non finitur morte mandatoris, puta, si mandator mandatum contulerit in mortem suam, ut si mandaverit sibi post mortem fieri monumentum, vel solvi, *l. si vero non remunerandi, §. ult. ff. eodem tit.* Obstat *lex ultima, de solutionib.* nisi dicamus verba hujus legis esse transposita. Illud quoque sciendum est, mandatum finiri morte, actionem mandati non finiri, *l. inter causas, & l. si præcedenti, D. eodem tit.* Idem est in societate, & venditione, finita societate non finitur actio pro socio, finita venditione non finitur actio ex empto vendito, *l. 4. D. de lege commissoria*. C

Ad L.IV. Etiamsi contrariam *sententiam reportaverunt qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt: si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes*.

HÆc l. ostendit, sumptus in litem factos à procuratore probabili ratione repeti actione mandati contraria, etiamsi procurator non vicerit, dummodo culpa, & dolo careat, *l. qui mutuam, §. ult. D. eodem tit. l. 16. hic, infra*. Procurator debet præstare dolum, & culpam etiam levissimam, *l. 13. hoc tit.* Ad id etiam pertinet *l. 9. & l. 11. & l. 21. hic*: dum ait, aliena negotia esse gerenda exacta opera, id est, diligentia. Et ob id actionem mandati directam esse famosam, & quemlibet in re sua posse esse negligentem, in aliena non erit impune negligens; & cum ob dolum mandati agitur cum procuratore, dicitur agi de dolo. Nam omnes actiones bonæ fidei sunt de dolo, & dolum vindicant, & quædam etiam culpam continent, ut hæc mandati: depositi actio non vindicat culpam: Et ita dicitur agi de dolo, cum tamen sit actio mandati, *l. 1. sup. de dolo*, quæ lex poni debuit sub hoc titulo. Nam ait fidei ruptæ gratia de dolo agendum procuratoris, id est, mandatarii. Fide autem mandati rupta, est actio mandati quanti interest, *l. 16. hoc tit.* Et in specie *d. legis 1.* nominatim scriptum est, esse actionem mandati. Id etiam pertinet ad fidem, seu officium procuratoris, quod quidem exactum esse debet, ut diligenter leges, & finem mandati observet, *l. 12. hoc tit.* At quod exegimus à procuratore, addendum id etiam exigi à gestore negotiorum, qui etiam levissimam culpam præstat, *§. 1. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. l. si mater, sup. de usur.* Ait ea lex omnem diligentiam: lex 13. *hujus tituli*, quæ loquitur de procuratore, ait omnem culpam. Utrumque idem potest. Ergo in utroque reprehendemus etiam levissimam culpam. Hic gestor negotiorum sæpe procurator etiam dicitur in libris nostris, *l. si ego, D. de negot. gest.* & in multis aliis locis. Et à Cicerone dicitur voluntarius procurator in Bruto, & à Paulo 1. *sentent.* Cujus sunt verba: Voluntarius procurator, qui se alienis negotiis offert, &c. at

A in specie hujus l. 4. differentia est inter gestorem, & procuratorem. Nam procurator sumptus bona fide factos in litem repetit, etiamsi non vincat, gestor non repetit, nisi vicerit. Nam tunc duntaxat habet actionem, cum res cessit utiliter, *l. cum ita demum, §. in hac, D. judicatum solvi*. Procurator habet actionem, etiamsi inutiliter gesserit, dum culpa absit.

Ad L.V. Si maritus sororis tuæ, *tibi procurans petere bonorum possessionem noluerit, cum ipso tibi congrediendum est, quam querelam ita cum effectu habes, si mandasse te, ut peteretur bonorum possessio, eumque neglexisse arguas*.

OStendit l. 5. bonorum possessionem recte peti alieno nomine per procuratorem, si specialiter, id mandatum sit ut peteret bonorum possessionem. Necessarium est speciale mandatum, ut in restitutione, quæ fit ex senatusconsulto Trebelliano. Nam hæc fit tantum recte speciali procuratori, *l. qui ita, §. 1. ad senatusc. Trebell.* Igitur procurator universorum bonorum eam non petet, cui id specialiter non est injunctum: ideo ei non imputabitur, si non petierit: speciali imputabitur, si eam non petierit, *l. 5. h. tit.* Illud certissimum est, petitam bonorum possessionem alieno nomine sine speciali mandato confirmari ratihabitione, quæ pro mandato habetur, ut ostendi in *tit. ad senatusc. Maced. sup.* imo patientia pro mandato habetur: ut si quis me patiente, nec contradicente, pro me fidejubebat, vel bonorum possessionem petat, ita mandatum tacite contrahitur *l. 6. hoc titul.* Hereditas adiri etiam per procuratorem non potest, *l. per procuratorem, D. de acquirend. hereditat.* Major solemnitas requiritur in jure civili, quam prætorio. De lege 7. dixi supra in *l. 13. si certum petatur*.

Ad L.X. Si pro ea, contra quam *supplicas, fidejussor, seu mandator intercessisti, & neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea cœpisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam præbeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis & ante solutionem convenire: nulla juris ratione antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est. Fidejussorem vero, seu mandatorem exceptione munitum, & injuria judicis damnatum, & appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere, manifestum est*.

D PRocurator, vel mandatarius, qui quid solvit ex mandato, id repetit contraria actione mandati, *leg. 2. & 14. hoc titul.* repetit etiam usuras ex mora, *l. 18. hic*, vel ex stipulatione sine mora, *ut leg. 19. ipso titul.* In hac specie: si mandavi tibi ut rem meam venderes, & vendideris, & pretium acceperis, pretii usuras ex mora præstabis, vel ex stipulatione, non tamen supra legitimum modum, ut supra duplum: licet in eam causam mihi pignora dederis: Nam per retentionem pignoris illicitæ usuræ servari non possunt, *l. 4. §. nec pignora, ff. de naut. fœnor.* Licet naturaliter tantum debitæ possint servari, puta ex pacto intra legitimum modum, ut diximus in *tit. de usur. sup.* Hic vero, qui rem meam vendidit meo nomine, & mandato, est procurator, seu mandatarius. Nam omnis procurator est mandatarius. E Ideo inter dominum, & procuratorem semper contrahitur obligatio mandati. Non tamen omnis mandatarius est procurator: ut is, qui Titio meo mandato dat mutuam pecuniam, est mandatarius, non procurator, quia credit meo nomine, non suo. Item qui pro me fidejubet meo nomine, est tantum mandatarius, non etiam procurator. Nam procurator est, qui quid mandatoris nomine facit. Mandatarius est, qui ex alieno mandato, suo, vel alieno nomine quid facit. At quæritur *in leg. 10.* an mandatarius ante solutionem mandati agere possit (post solutionem agere diximus) Regulariter non potest, etiam si sit conventus actione ex stipulatu, vel mandati, cum ipse pro alio fidejussor, vel mandator intercessit: condemnatus tamen agere

potest, etiamsi nondum quid intulerit, nisi injuria judicis condemnatus, dolo malo non appellaverit, & ita præscriptione submotus fuerit à persequenda appellat. Hoc ostenditur in fine *l.* 10. qui est de omissa appellat: quod imputatur mandatario: finis l. x. non est de omissa exceptione, quod etiam imputatur mandatario certis casibus: de hoc agitur in *l. si fidejussor*, *ff. mandati*. Accursius hoc tractavit in *hac l.* 10. Sed non apte, quoniam finis l. est de omissa appellatione, non de exceptione. Item mandatarius agere potest ante solutionem, si mandator labatur facultatibus: qua ex causa etiam mulier agit de dote ante tempus actionis de dote. Item, si ita convenerit, ut posset agere ante solutionem. Item, si reus diu in solutione cessaverit, aget fidejussor mandati, ut liberetur. Hoc recte in hac *l.*10. & in *l. Lucius*, *ff. eod. tit.* explicatur, Hoc dicimus de eo, cui mandatum est ut fidejuberet pro alio, vel mandaret: cui etiam hoc mandatum videtur ut solvat, & ideo non agit ante solutionem, nisi aliis casibus, *l. indebitam*, *ff. de condict. indeb.* Quod si mandatum ei sit ut expromitteret, quod fit novatione facta, statim potest agere mandati, quia explevit mandatum, expromisit, mandatorem liberavit novatione facta. Item si mandavi ut emeres, & emeris, statim potes agere mandati, antequam pretium solveris, cum hoc mandatum non intelligatur, ut pretium solveres. Item, si mandavi ut promitteres me judicio sisti in diem certum, nec me exhibueris, cum per me staret, statim potes agere, antequam conveniaris ex stipulatione judicio sisti. Si mandavi ut negotia mea gereres generaliter, & tu dum geris te pro me obligaveris, statim potes agere, ut te ea obligatione absolvam, & liberem: hæc omnia tractavi in *l. si mand. meo* 45. *D. hoc tit.* Itaque multi sunt casus, quibus mandatarius adversus mandatorem agere potest, antequam quidquam præstiterit.



AD TITULUM XXXVI.

SI SERVUS EXTERO SE EMI MANDAVERIT.

ULT. quæst. est de servo, qui se mandavit emi. Quæritur an valeat mandatum? Regulariter quæ adquiruntur à servo, ex persona servi valent, quamvis in persona domini inutilia sint. Ex persona servi, id est, si is liber factus ea posset sibi adquirere: quæ liber possum mihi adquirere, & servus domino adquiram, licet dominus sibi adquirere non possit, *l. debitor. §. servo, ff. de leg.* 2. *l. & si maxime, D. de servitute legata*. At si emi mandaverit, hoc mandatum non valet ex persona servi, quia liber etiam hoc inutiliter mandaret, liber homo non potest se vendere, potest se venire pati ad pretium partiendum, vel alium actum gerendum. Liber homo non potest mandare se emi, alioqui proderet suam libertatem, & seipsum statim vindicaret actione mandati. Ergo & servus. Illud etiam mandatum non consistit ex persona domini. Non potest etiam dominus à se servum emi mandare. Nam si utile est mandatum, & ex mandato emptus sit servus, dominus aget ex vendito pretii nomine, & rem etiam repetet actione mandati, quasi emptum suo mandato: itaque rem habebit, & pretium. Itaque non est actio mandati, id est verissimum, si secuta non sit venditio: at secuta venditione, domino dabitur vel actio ex vendito, vel actio mandati. Nam propter venditionem mandatum consistit, quia principaliter non id agitur, ut solum mandatum contrahatur, sed ut propter mandatum contrahatur emptio. Ideo domino datur electio, si ei non satisfiat de pretio, ut vel actione mandati emptum servum repetat, vel agat ex vendito ad pretium: ei non satisfit de pretio, si nummos peculiares emptor solverit, servo suppeditante, quia nummi peculiares venditoris domini sunt. Utraque actione experiri non potest. Nam repugnat rei recte emptæ pretium præstare, & rem etiam emptam restituere. Ideo in tit. seq. hæ actiones dicuntur contrariæ inter se. Igitur alterum debet eligere. Itaque secuta venditione, illud mandatum servi, qui se emi mandavit, non omnino est inutile, & ex eo domino adquiritur obligatio, si id malit.



AD TITULUM XXXVII.

PRO SOCIO.

Anno 1561. 13. Octob.

HÆC actio pro socio nascitur ex contractu societatis, & est ultro citroque directa, ideo non adjicit, vel contra: est ultro citroque bonæ fidei, & famosa, & recipit usuras ex mora. Socius est, qui indivise agit. Asconius Pedianus 3. in Verrem: Societas est communio pro indiviso contracta, re, aut verbis, aut consensu, *l.*4. *D. eod. tit.* Re contrahitur bonis in commune collatis, & redactis: verbis per stipulationem contrahitur, ut ex edicto prætoris collatio bonorum sit vel re, vel verbis .i. *cautione*, *l.* 1. *§. quamvis*, *D. de collatio. bonorum*. Item ut plurimum societas contrahitur nudo consensu: ut si inter duos convenerit de societate bonorum universorum: quo casu ipso jure bona communicantur, & fingitur intervenisse mutua traditio, *l.* 1. *&* 2. *D. pro socio*. Quod notandum est, quia cæteri contractus, qui consensu contrahuntur non transferunt dominium, ut venditio dominium non transfert, sed traditio, quæ non fingitur intervenisse. Societas transfert dominium ipso jure tacita traditione, quod valde pertinet ad explicandam *l. penult.* in qua ostenditur, societatem posse contrahi sub conditione: ut si Titius consul fuerit, communia habebimus patrimonia. Quid opus fuit ea constitut. Justiniani? Nonne & cæteri contractus, qui consensu perficiuntur condictionem recipiunt, ut venditio? Sed de societate dubitabatur, ut ait Justin. sed constituit, ut id fiat: dubitabatur autem olim: quia societas dominium transfert, & fingitur intervenisse tacita mancipatio, vel traditio. Constat autem mancipationem diem, vel conditionem non recipere, *l. actus, de regulis juris*: ubi legendum *mancipatio*, ut Flor. non *emancipatio*. Idem est in omni legitimo modo dominii adquirendi, ut non admittatur conditio, itaque non frustra dubitabatur de societate, quod definitur *l. pen.* de actione pro socio, addendum est, eam sic appellari, quia plerunque datur de eo, quod socius pro socio impendit, & gessit, idque communiter in *l. actione*, *§. si post distractam*, *ff. pro socio*. Veluti si duo cojerint societatem ad coemendum prædium, & emerint, & eis sit traditum, atque ita dominium adquisierint in commune pro indiviso: si unus eorum de suo integrum pretium numeravit, & solvit solemnia tributa fisco prædii nomine, id consequetur pro parte actione pro socio, *l.* 2. *hoc tit.* Et generaliter finita societate, actione pro socio id agitur, ut exæquentur portiones lucri, & damni, quia coita est societas lucri, & damni, *l.*3. *h. t. l. verum*, *§. si cum tres, D. eo.* Dico finita societate agi pro socio, *l.*5. *hoc ipso tit. d. l. actione*, *§. si post distractam*, *D. eod.* Nam est actio generalis, quæ totius societatis, quamdiu consistit, rationes exigit. Sic dicitur *l. pro socio, D. eod.* Omnes autem generales actiones non dantur, nisi finito contractu, ut tutelæ non datur, nisi finita tutela, & negotiorum gestorum non datur, nisi finito officio, *l. rationes*, *inf. de administ. tut.* Ita actio pro socio non datur, nisi finita societate. Tunc enim rationes societatis redduntur actione pro socio. Interdum tamen datur, manente societate, sed specialiter, id est, in rem aliquam specialem, non in generalem, puta, ut communicetur aliquid ex societate, quod retinet unus socius, nec vult referre in commune, agetur pro socio, ut id

refe-

referat in commune, quod ex societate seposuit, contracta societatè universorum bonorum, idque obtinet non tantum in societate vectigalium, sed etiam io qualibet societate, ut in speciem certam agatur manente societate, *l. actione*, *§. nonnumquam*, *l. cum duobus*, *§. idem Papin. pro socio*. Locuti sumus de societate voluntaria, id est, de contractu sociorum voluntario. Alia est societas necessaria, quam fortuna affert, quæ constituitur reipsa sine contractu: Ut si duo heredes instituantur, socii sunt sine contractu: vel si duobus conjunctim donetur, vel legetur conjunctim, vel indivisim: quibus casibus, si quid unus eorum impenderit in rem communem, non competeret ei actio pro socio, quia non est contracta societas, quia non eos congregavit voluntas, sed fortuna: non competit etiam actio negotiorum gestorum, quia propter suam partem ad gestionem accessit. Actio negotiorum gestorum est de aliena re gesta, non de communi re gesta *l. heredes*, *§. non tantum*, *D. fam. ercis.* Non competit etiam actio propria de communiter gesto, quia nulla talis actio edictis prodita est. Sed competit actio familiæ erciscundæ inter coheredes, & inter alios communi dividundo, *l. quib. casib. D. eod. tit.* Hæc actio communi dividundo competit sociis, & non sociis, id est, competit de utroque genere societatis. Itaque concurrit semper cum actione pro socio: qui habet actionem pro socio, habet actionem communi dividundo, *l. 2. D. commu. divid. l. pro socio*, *in fin. ff. pro socio*. Actio pro socio est tantum de societate voluntaria. Item actio communi dividundo est mixta tam in rem, quam in personam. Nam continet rerum divisiones, & præstationes personales, si quæ sint, vel si quid damni datum sit culpa socii. Actio pro socio est in personam tantum. Item in actione pro socio habetur ratio nominum, non in actione communi dividundo, *l. si actum sit*, *D. pro socio*. In plerisque aliis conveniunt hæ actiones. Utraque est bonæ fidei. Actio pro socio datur finita societate, sic & actio communi dividundo datur finita societate, dummodo maneat communio: imo & finita communione datur communi dividundo ob præstationes personales, non quidem directo, sed utiliter, *l. si quis putans*, *in princ. commu. divid.* Potest esse communio sine societate: ut si societati renuntietur, & nondum fiat divisio, solvitur societas, communio non solvitur. Ea autem divisio, si societas coita sit, fiet societatis jure ex æquis partibus, vel ex constitutis partibus nudo consensu, uti societas constituta est, vel fit divisio per stipulationem, aut per permutationem partium ultro citroque plerunque transigendi causa. Huic divisioni stare debent heredes tam ex testamento, quam ab intestato, *l. 4. hoc tit.* Item actione pro socio interdum agitur manente societate. Certum est communi dividundo actione agi manente societate, ut distrahatur. In utraque id commune est, ut in utramque veniat dolus, & culpa. Et numquam fuit dubitatum de societate necessaria, quin in eam dolus, & culpa venirent: quia non eligimus eum socium, sed in eum incidimus, & si eligeremus, posset nobis id imputari: Sed quia in eum incidimus forte fortuna, ideo certum semper fuit in eam societatem venire dolum, & culpam, *l. heredes*, *§. non tantum*, *ff. famil. ercisc.* At de societate voluntaria dubitatum fuit, an socius socio præstaret dolum, & culpam. Verum prævaluit sententia existimantium dolum, & culpam venire in actionem pro socio, *l. cum duobus*, *§. 1. l. socius socio*, *ff. eod. §. ult. de societ. Institut.* Sed non venit omnis culpa, ut & in mandato, & negotiis gestis: Nam non venit levissima culpa. Nam in re, quæ ex parte mea est, non omnis negligentia præstanda est. In re mea pro solido omnino negligens esse possum, *l. in re*, *sup. mand.* In re, quæ est ex parte mea, aliquatenus negligens esse possum. Ergo non omnem culpam præsto. Lata culpa est, si quis rem alienam non servat æque ac suam, *l. quod Nerva*, *D. depos.* Lata culpa est, si quis rem communem non servet æque ac suam: hanc tamen præstat socius, quæ in depositario est lata culpa, in socio est levis: Contra, quæ in depositario est levis culpa, puta, consueta in rebus suis negligentia, in socio est levissima, & hanc non præstat. Nam non debet esse diligentior in re communi, quam in propria. Socio est similis maritus in rebus dotalibus. Nam in eis eam tantum debet præstare diligentiam, quam in rebus suis præstat, non ampliorem: eam, si non præstet, in levi culpa est, *l. si filio*, *§. 1. & l. etiam*, *§. 5. l. si constante*, *§. si maritus*, *sol. matrim.* *l. in rebus*, *de jure dot. l. Pomponius*, *D. de pactis dotal.* Illa duo genera societatis notavit M. Tullius in oratione pro Quintio, cum ait, *socius, qui cum te voluntas congregasset, aut fortuna contulisset*, & cæt. & paulo post: *cum quo voluntariam societatem coibas*, *&c.* Notandum, quod ait voluntariam: sic vocat, *l. verum*, *§. in heredem*, *D. pro soc.* ad differentiam illius societatis, quæ jure hereditario pertinet ad heredem, ut cum contracta est societas vectigalium, & ei heres nominatim adscriptus est, alioquin societas finitur morte. Et voluntarium consortium dicit *lex cum duobus*, *§. idem Papinianus*, *D. eod.* Aliud est necessarium consortium, sicut duplex societas. Nam consortium, sive societas idem sive consortio. Consortes igitur sunt, qui bona communia inter se habent ex societate, vel sine societate. Dissortes dicuntur soluta communione. August. in Grammat. Inde Festus *disertiones*, *divisiones patrimoniorum inter consortes*. Legendum, *dissortiones ex l. 1. hoc tit.* notandum est ita posse coiri societatem, ut unus pecuniam, alter operam conferat, vel artem, quo genere contrahitur cum pastore, vel politore agrorum, vel colono partiario. Lex ait magis obtinuit, scilicet, contra Mutii sententiam, ut refert Justin. *Instit. tit. de soc. & l. etiamsi socii*, *D. eod. tit.* *Etiamsi*, inquit ea lex, *socii pares facultates non habeant, tamen universorum bonorum societas coiri potest, quia pauperioris opera, & diligentia potest supplere quod ejus patrimonio deest*, *l. 5. §. 1. ff. pro soc.* Igitur pretium operæ supplet patrimonium: sic dicitur in *l. cum duob. §. si in coeunda*, *D. eod.* *Pretium operæ*, *artis*, quod dicitur *ἀντίθετον*, *esse velamentum*. Sed dicitur eo loco significari, quod sicut pretium operæ supplet quod patrimonio deest, sic etiam velat, & implet lacunam rei familiaris: & ita non tantum pretium operæ est supplementum, sed etiam implementum societatis.

Ad L. ult. Sancimus, veterum dubitatione *remota*, *licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit societatem furiosi, & sociis licere ei renuntiare. Et quemadmodum in omnibus contractibus aliis legitimam auctoritatem ei dedimus, ita & in hac parte eum permittimus competenter commodis furiosi providere.*

Notandum, curatorem furiosi posse societati renuntiare à furioso contractæ cum esset sanæ mentis, de quo olim dubitabatur: verum sufficit consensus, vel dissensus curatoris. Sed videtur lex ultima conjungenda cum *l. ult. inf. de curat. furiosi*, quæ eandem habet subscriptionem, & quæ tractat etiam de officio curatoris furiosi. Et adnectit Justinianus quod in hac l. ult. adjicitur. Ideo in inscriptione hujus legis ult. pro *Joanni*, legendum est *Juliano PP.* duo sunt in titulo Pandectarum loci notandi. Unus est in *l. verum*, *D. eod. tit. in princ.* Qui locus indicat fratrem fratri teneri in id tantum, quod facere potest, si frater cum fratre agat, non aget nisi in id, quod facere potest, nec frater patietur carcerem sicut cæteri: certum est id de parentibus, de conjugibus, & liberis, de liberto, & patrono: sed illa lex ostendit, idem dicendum in fratre: nam inquit, exemplo fratrum, socios teneri in id, quod facere possunt; jus societatis esse fraternitatem quodammodo ostendens: quæ ratio falsa est, nisi idem statuatur in fratribus. Alter locus est in *l. nec quicquam*, *eod.* qui probat actionem servi corrupti esse famosam, quod etiam novum est, & inauditum. Sententia est: in actionibus turpibus, id est, in famosis actionibus (Nihil enim interest inter turpe, & famosum) si socius maleficium commiserit,

alte-

alterum socium pœnam non agnoscere ob maleficium à socio admissum, nisi ejus maleficii esset ipse conscius, & particeps. Idque ita intelligendum est in omnibus turpibus actionibus, ut in actione injuriarum, l. Aquiliæ, & servi corrupti, de qua dubitabatur, quia edicto de infamibus non comprehendebantur. Sed probat illa lex, cui adjunge *l. nec servi corrupti, de obseq. parent. vel patron. præst.* Deinde subjicitur in ea l. idem esse in cæteris pœnis pecuniariis, quæ ex publicis judiciis descendunt, ut eas non agnoscat socius pro socio. Male id Accursius accipit de actionibus civilibus, cum ea lex, privatis actionibus voluerit adjungere publicas, quæ plerunque pœnam pecuniariam irrogant, non capitis pœnam, ut l. Julia de ambitu, in 100. solidos, & l. Cornelia de injuriis in plerisque condemnat.



AD TITULUM XXXVIII.
DE CONTRAHENDA EMPTIONE, ET VENDITIONE.

DE hoc contractu emptionis, & venditionis hic liber multos titulos continet. In primo ostenditur, substantiam, sive naturam emptionis consistere ex tribus, re, pretio, consensu. Hæc tria omnimodo exigimus in venditione, scripturam non exigimus, nisi etiam ita convenerit, *l. ult. hoc ipso tit.* & exposuimus in l. 16. *sup. de fide instrum.* Rursus pretii numerationem non exigimus, sed tantum pretii conventionem: item rei, aut vacuæ possessionis traditionem non exigimus,& multo minus instrumentum traditionis vacuæ possessionis, *l. 12. hoc ipso tit.* Fidejussoris dationem exigimus evictionis nomine, *d. l. 12.* Sed nec arrarum dationem. Item rei præsentiam non exigimus: venditio valet, etiamsi non fiat in rem præsentem, *l. 1. hoc tit.* quæ tamen fit in rem præsentem, hoc quandoque amplius habet, ut fingatur traditio intervenisse, *l. 1. D. de acq. poss.* At illa tria, rem, pretium, & consensum omnino exigimus, de quibus sigillatim nobis tractandum est. Primum rem, seu mercem exigimus, quæ veneat, & rem minime nostram: Nam sicut donatio, locatio, pignus, item precarium, depositum, commodatum: ita emptio rei suæ non valet, *l. 4 & 10. hoc tit. Legis.* 4. species est. Ego tibi rem donavi, & tradidi: deinde heres, & filius meus eam rem tibi vendidit. Lex ait, non duplicari titulum possessionis. Lex 10. ait, non duplicari dominium. Utrumque est verum, quia tu non videris & ex causa donationis, & ex causa emptionis rem possidere, cum nulla sit emptio: Sed si donatio non valuit, quam fecit, si te non feci dominum, tum utilis erit venditio, imo etiamsi ab initio valuit donatio, quam in te contuli, si in ea tamen causa est, ut possit revocari ut inofficiosa: erit etiam tum utilis posterior venditio: ut si filio defraudato, tibi omnia bona mea dedi, quam donationem potest filius rescindere per querelam inofficiosæ donationis, & in solidum quidem si dedi extraneo, ut in specie l. 4. idque ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, quæ instituto extraneo herede, rescindit testamentum in solidum, & omnino testatorem intestatum facit. Hanc vero imitatur per omnia querela inofficiosæ donationis, *l. ult. de inoffic. donat.* At si donavi alteri filio omnia bona mea, non revocabitur donatio, nisi pro modo partis legitimæ filio defraudato, argumento *l. 2. sup. de inoff. don. & l. 3. de inofficios. testam. sup.* Nunc de pretio. Exigimus in emptione, ut sit perfecta, certum pretium, id est, ut conventum sit de certo pretio, *l. 9. hoc tit.* Certum est pretium, si sit ejus quantitas certa, ut si venierit merx 100. aureis. Item certum est pretium si venditor dicat se vendere quanti emit, vel quanti est in arca, si quid sit in ea, quia hoc casu pretium incertum non est, imo rei veritate certum, ideo nec venditio incerta, *l. 7. §. pen. ff. eod. tit.* Quid si dicat se rem vendere, quanti Titius arbitrabitur? quidam Jurisconsulti dicebant esse certum pretium: Nam ea verba accipiebant pro arbitrio boni viri, quod semper certum est; ideo dicebant emptionem valere, etiam pretium non statuente Titio, & statuendum esse ex bono, & æquo. Alii vero negabant emptionem valere, pretium nolente definire Titio, quorum sententiam probat Justinianus in *l. ult. hoc tit.* tam in emptione, quam in locatione, quæ etiam exigit pretium. Alias in contractibus bonæ fidei arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri. In hac specie, quæ exigit taxationem pretii certi arbitrium non egredietur personam Titii, nec latius accipietur pro arbitrio boni viri. Itaque pretium non statuente Titio nulla erit emptio venditio. Et hæc dicimus, cum pretium confertur in arbitrium extranei, puta Titii: Quod si conferatur pretium in arbitrium emptoris, nulla est emptio, quia est sine obligatione, cum possit is, vel emptum, vel non emptum habere, *l. quod sæpe, §. 1. ff. hoc tit.* Ac multo magis nulla erit emptio, si tota ea conferatur in arbitrium emptoris, si voluerit, *l. 13. hoc tit.* quia quæ non astringit necessitate obligatio, nulla est: respicit ad obligationis definitionem, quæ est *juris vinculum, quo necessitate astringimur*, & sic ad eam respicit *l. pater filium, in fine, ff. ad leg. Falcid. In ære*, inquit, *alieno erit fundus, quia necessitate adstrictus est.* &c. Illud adjiciendum est, conferri emptionem posse in arbitrium venditoris, quasi in conditionem, ut si veneat servus, potest adscribi hæc conditio, si rationes meo arbitrio reddiderit, *l. 7. ff. eod. tit.* Vel etiam ita recte fiet emptio sub conditione, si intra Calendas res tibi placuerit, empta esto. At palam non potest conferri in arbitrium emptoris hoc modo, si volueris hanc rem, emptam habeto: Nihil enim agitur, quia nulla necessitate astringitur emptor, *l. 13. hoc tit.* Igitur in emptione exigimus taxationem certi pretii, non numerationem. Conventio de pretio certo emptionem perficit, etsi nondum numeratum sit, l. 2. *ff. eod. tit.* Ideo re tradita, ob pretium non numeratum ab emptore venditio irrita non redditur, nec repetitur res ex mora, & pœnitentia non numerati pretii ad tempus. Item emptor ob moram hanc malæ fidei possessor non constituitur, quia initium possessionis justum est; Sed parata est venditori actio ex vendito de pretio cum usuris ex mora, vel ex traditione rei, si fructus perceperit, hæc ostendi in *l. 8. 9. & 12. hoc tit.* Nunc dicendum de consensu, quem omnino exigimus in emptione venditione. Ideo à furioso facta venditio non valet, nisi sit facta tempore furoris intermissi, *l. 2. hoc tit.* Item ab invitis facta, vel simulate facta, non valet, *l. 11. hoc tit.* Ideo si quis fundum venalem habeat; eum vendet cui volet, nec cogetur extraneo præferre propinquum ad eandem emptionem accedentem, *l. pen. hoc tit l. 3. inf. de comm. rer. alien.* Itaque l. pen. tollit jus προτιμήσεως. Sed ei solet opponi *l. 1. inf. non licere habitator. &c. lib. 11.* Quæ lex docet, vicanum, qui fundum venalem habet, debere convicanum præferre extraneo emptori. Itaque illa lex jus admittit προτιμήσεως. Sed loquitur illa lex de convicanis, qui Græce dicuntur κωμῆται & συγκωμῆται, qui male ab Haloandro vertuntur comitiani. Vicanus adversus convicanum habet hoc jus, sicut etiam dominus adversus suos homines veluti colonos, censitos, emphyteuticarios, qui quid vendere volunt, habet jus προτιμήσεως, *l. ult. inf. de jure emphyteutic.* At lex penult. hujus tit non loquitur de dominis, sed de propinquis, & sociis: Ii non habent jus προτιμήσεως, nec jus contractus ex hac constitutione, nisi ex pacto, *l. qui Romæ, §. coheredes, de verb. obligat.* At postea Romanus Imp. Constantinopolitanus restituit jus προτιμήσεως, Nov. περὶ ἐκποιήσεως κτημάτων, *de alienatione possessionum*. Ea Nov. constituit, ut jure προτιμήσεως vocentur in emptionem rei venalis cognati consortes, ut fratres, qui indivise agunt, tum ut vocentur socii, quos ad societatem conjunxit voluntas, deinde extranei socii, quos ad societatem conjunxit res ipsa, vel fortuna, ut coheredes, & collegatarii, post ut vocentur συμπαραγαχθέντες ὁμοτελεῖς, id est, qui eidem domino cano-

A canonem pensitant, & serviunt, vel ut Fridericus ait in sua constitutione, qui sunt sub eodem servitio. Quinto loco vocantur confines. Igitur ea Nov. 5. gradus facit, & inter eos dat successionem, videlicet ut primis non offerentibus pretium intra triginta dies, vel repulsis eis, quod injurias aliquas venditori, aut ejus familiæ fecerint, tum sequentes vocentur, atque ita alii aliis succedant. Diximus simulatam venditionem non valere: Nam hoc abhorret à consensu, ut fiat venditio donationis causa per simulationem, venditio non valet, *l. sicuti emptio*, *D. Loc.* Ut nec societas valet ea ex causa, *l. 5. in fine*, *ff. pro Soc.* Venditio igitur non valet, donatio tamen valet, nisi quid impediat. Nam qui donant specie venditionis, id agunt, ut fraus fiat legi prohibenti donationem: ideo non dicunt se donare, sed vendere: at id B non agunt semper, & tum donatio valet, & legi donationis directæ parendum est, *l. 3. hoc tit.* Quæ lex perfectam donationem dicit, quia donatarius fuerat inductus in possessionem rei donatæ, quod etiam exigit l. 4. & 9. hoc tit. Nam donatio non perficitur solo consensu, ut emptio venditio, sed mancipatione, & traditione, nisi fiat inter conjunctas personas, ex constit. Divi Pii. Hodie inter omnes personas solo consensu perficitur ex constit. Just. ad exemplum venditionis. Pertinet ad hanc emptionem simulatam *l. 6. hoc tit.* Species est: Mulier dum bene vellet Titio, ei donare cupiens, rei suæ dominium tit. vend. in eum transtulit; deinde ei nupsit, venditio, vel donatio valet, quia facta est ante nuptias, & ideo postea facto divortio non potest repeti à viro. Id confirmat *l. pen. in fine*, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* C Ad idem pertinet *l. 7. hoc tit.* Species est: Mulier rem emit ab extraneo, & traditam accepit: deinde finxit se eandem rem à marito accipere donationis causa in fraudem legis, ut scilicet maritus eam rem revocaret quasi illicite donatam, atque ipsa illi quodammodo donaret: quæritur, an divortio facto eam possit maritus revocare tanquam illicitam? minime, quia est simulata donatio, quæ mulieri dominio jam acquisito ex causa emptionis nihil adjecit. Ergo nihil etiam detrahet dominio mulieris. Idem erit si rem emptam ab extraneo, mulier iterum emere se finxerit donationis causa, *l. 10. hoc tit.* Hæ simulationes contrariæ sunt consensui, qui omnino in emptione venditione exigitur. Postremo id continetur *l. 5. hoc ipso tit.* ut tutor possit emere rem pupilli bona fide, & palam, id est, ex auctione pupilli: sic accipio leg. D hanc, idque ex *l. 2. §. tutor*, *D. pro empt.* Alias tutor non potest emere rem pupilli. Sic etiam comes rer. privat. & palatini, id est, apparitores comitis, & patronus fisci potest emere rem fisci ex auctione fiscali, non aliter, *l. ult.* quæ Græca est, & desideratur *l. 1. de fide, & jure hast. fiscal.* Non obstat vero *l. 5. l. tutor rerum*, *D. de admini. nistrat. tutor.* Ex qua colligunt tutorem jure emere rem pupilli etiamsi non emat palam, sed id male ex ea colligitur: Nam ibi tutor non emit rem pupilli, sed extraneus: at rem pupilli jure extraneo venditam, emptore non solvente, tutor retinuit, nec tradidit, & pretium rationibus pupilli acceptum tulit, perinde atque si emptor numerasset, ideo de suo intulit pupillo pretium, & perinde est, ac si extraneus pretium dedisset, eique res tradita esset, nec tutori avocabitur, cum venditio sit E principaliter collata in extraneum.



AD TITULUM XXXIX.

DE HEREDITATE, VEL ACTIONE VENDITA.

De hereditate vendita est l. 1. 2. 4. 5. & 6. de actione vendita est l. 3. 7. 8. & 9. Si heres hereditatem vendiderit, non ideo liberatur à creditoribus hereditariis, vel legatariis, vel fideicommissariis, imo eis respondere cogitur cum sit heres. Nam vendendo non desinit esse heres: emptor vero hereditatis, invitus non respondebit creditoribus hereditariis, volens respondebit, & excipiet illorum actiones: quo casu si cum emptore volente agant creditores hereditarii, tacite videntur pacti, ne agant cum venditore. Ideo electio emptoris proficit venditori ad exceptionem taciti pacti, l. 2. *supra*, *de pact.* Quod si emptor nolit suscipere actiones creditorum, tunc necessario venient ad venditorem quasi heredem. Verum quod venditor eis præstiterit, dederit, solverit, id ab emptore hereditatis recipiet, *l. 2. inf. de legat.* Recipiet id, inquam, actione ex vendito, vel etiam ex stipulatu actione. Nam solent de hac re interterponi stipulationes inter hereditatis venditorem, & emptorem, & venditor promittit, quanta pecunia ex hereditate ad se pervenerit, tantum emptori redditurum: Emptor contra promittit quantam pecuniam venditor præstiterit, & solverit hereditario nomine creditoribus, tantum se præstiturum venditori. Nam id agitur hac venditione hereditatis, ut in emptorem hereditatis omnia commoda, & damna transeant. Hæc ostenduntur in *l. 2. §. sicut*, *& l. si ex pluribus*, *ff. de heredit. vel act. vend.* Ergo quod solverit venditor, cum quo solo est actio, licet hereditatem vendiderit, id repetet ab emptore actione ex vendito, vel stipulatu, vel si nondum quid solverit creditoribus hereditariis, in hoc aget venditor actione ex vendito cum emptore, ut emptor suscipiat defensionem venditoris adversus creditores hereditarios, argumento *l. hereditatem*, *de donat*, de qua l. diximus in *tit. de condict. ob caus. dat.* Vel aget cum emptore actione ex vendito, ut caveat emptor se creditoribus hereditariis satisfacturum. Nam hoc est commune omnibus bonæ fidei actionibus, ut agatur eis ad interponendam cautionem, vel si ita res ferat, satisdationem. Hoc tamen casu venditor aget, ut caveat se satisfacturum, non etiam ut satisdet, nisi ab initio ita convenerit, *l. 2. hoc tit.* Hoc ibi exprimitur eleganter. Nam natura emptionis, & venditionis hæc est, ut nulla ex parte satisdationes interponantur, sed repromissiones, & cautiones nudæ, nisi aliud convenerit, *l. pacta, de contrah. empt. & vendit.* Et ita etiam agit emptor, ut caveatur, non ut satisdetur de evictione, nisi ita convenerit. Sic merito ait *l. 2. hoc tit.* in specie proposita venditori non dari actionem ad satisdationem ullam exigendam de absolvendis creditoribus hereditariis, de qua initio conventum non est, dabitur tamen ad exigendam repromissionem. Quæret aliquis an utiles actiones in emptorem hereditatis creditores habeant? Minime. Nam nulla lege, aut senatusconsulto id expressum est. Ipse quidem emptor hereditatis habet actiones utiles in debitores hereditarios sine cessione ex constitutione Divi Pii, *l. si cum emptore*, *D. de pact. l. 5. hoc tit.* vel habet directas ex cessione, quam etiam flagitabit actione ex empto: verum in eum non competunt actiones utiles. Itaque emptor hereditatis non est per omnia similis fideicommissario hereditatis. Nam fideicommissario, & in fideicommissarium hereditatis competunt actiones utiles ex senatusconsulto Trebelliano: Emptori hereditatis competunt utiles ex constitutione Divi Pii: in emptorem non competunt utiles, quia deficit constitutio: nihil temere constituendum est sine constitutione. Excipiendus autem est fiscus ab hac definitione: nam si ad fiscum pervenerit hereditas caduca, aut vacans, & eam vendat, jam creditores hereditarii cum fisco, qui hereditatem vendidit, non agent, sed cum emptore utili actione, *l. 1. hoc tit. l. eum, qui bons, D. de jure fisci.* Opponitur huic exceptioni *lex 2. & 3. inf. de quadrien. præscript.* quæ leges tuentur eos, qui à fisco emunt, & eos liberant omnibus actionibus tam in rem, quam in personam. Et ait *lex 3.* adversus emptorem cessat omnis motus id est, actio, ut Græce *κίνησις*, & *κινεῖν*, id est, agere. Sic eadem lex ait, *cum moveatur*, id est, agatur, & *lex 3. in fine*, *de præscript. 30. vel 40. annorum*. Igitur in emptorem cessat omnis actio. Dant igitur illæ leges illi, qui emit à fisco, securitatem plenissimam,

nam, etiamsi vendiderit fiscus rem alienam, quia dominus cum fisco, non cum emptore aget. Emptori datur perpetua securitas. His videtur pugnare, quæ dicit, fisco hereditatem vendente dari actionem in emptorem. Ergo quicunque emit à fisco, non est securus. Sed hæc non pugnant: Nam lex 2. & 3. dant securitatem emptoribus, cum quibus agitur de proprietate, & hypotheca rerum, quæ venditæ sunt, *§. ult. Institut. de usucap.* ne scilicet hoc genere res illis avocentur: de statu cum eis agi potest: ut si vendiderint ancillam, *l.5. inf. de liber. caus.* Et sic recte Thalelæus ad *dict. l.5.* Sic etiam hereditate vendita à fisco, eum emptore agi potest de debito hereditario, vel legato, vel fideicommisso, quia non agitur de auferenda hereditate, de re liberanda. Sic recte Fulgosius hic: Verumcum eo, qui emit à fisco hereditatem, quasi caducam & vacantem ex *l.a. de quadrien. præsc.* postea non agetur petitione hereditatis, ne auferatur hereditas. Itaque recte idem Fulgosius dicit *d. l. secundam* corrigere *legem nec ullam, §. item si quis à fisco, de petit. heredit.* quæ dat petitionem hereditatis in eum, qui emit à fisco hereditatem, quod est contra sententiam *l.2.* Igitur ex ea l.2. si fiscus vendiderit hereditatem quasi caducam & vacantem, is, ad quem pertinet hereditas, jure aget cum fisco intra quadriennium, eum emptore non aget de hereditate ipsa: sed si hereditas fuerit fere caduca, & jure vendita, aget cum emptore quilibet creditor hereditarius, vel legatarius, vel fideicommissarius. Certum est etiam quod ante constitutionem Zenonis securitas data fuit emptoribus, qui emissent à fisco occupante bona debitorum suorum, & distrahente forte ob non solutas solemnes pensitationes, vel tributa, si quis emisset hæc bona ob eam causam securus erat emptor, etiamsi res illæ aliis essent pignori obligatæ: Nam fiscus semper censetur antiquior in hypotheca, *l.2. infra, si propt. public. l. 1. inf. de capiend. & distrahend. pignor. tribut. cau.* Item si bona quædam sint confiscata forte ex causa delicti, certum est etiam hoc casu ex jure veteri ante constitutionem Zenonis ea bona in fiscum transire sine ære alieno, & à fisco rursus in emptorem, nisi sint pignori obligata aliis quibusdam: quo casu fiscus tenetur, non emptor ex eadem constitutione Zenonis. Pertinet ad hanc speciem *l.2. inf. de debitoribus civit.* Nam ait, si quis fisco locum fecerit, quod dicitur de his, quorum bona sunt publicata, *l.5. de jure fisci, l.3. Cod. Theod. de bonis proscriptorum.*

Ad L.IV. Qui nondum certus *de quantitate hereditatis, persuadente emptore quasi exiguam quantitatem eam vendidit: bonæ fidei judicio conveniri, ut res tradas, vel actiones mandet, non compellitur (nam) suo quoque jure eorum persecutionem habet.*

LEX quarta est de dolo emptoris hereditatis. Si emptor hereditatis venditorem induxit dolo malo ut venderet, venditio ipso jure nulla est, quia dolus dedit causam contractui. Ideo rebus hereditariis traditis, venditori competit vindicatio, vel condictio sine causa: rebus autem non traditis, emptor non habebit actionem ex empto, quia nulla est, *l.4. hoc tit.* At si venditurо hereditatem emptor persuasit, ut minori pretio venderet, affirmans, vel jurans hereditatem esse perexiguam, cujus vires heres ignorabat, hoc casu venditio valet: Sed venditori datur actio ex vendito in id, quod interest, vel in id, quanto pluris est hereditas, *l. si quis affirmavit, D. de dolo.*

Ad L.VI. Qui tibi hereditatem *vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, & ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit: ex empto actione conventus: quanti tua interest, præstare cogetur.*

LEX 6. ostendit venditorem hereditatis, qui res hereditarias non tradidit, teneri emptori actione ex empto in id, quod interest; si postea rem aliquam ex hereditate alii vendiderit, & tradiderit, rupta fide prioris venditionis: Nam hic posterior emptor potior erit, cum ei prius traditum sit, & potuit vendere res hereditarias alteri, & jure eas vendidit, quoniam venditio nuda dominium non transfert: qui vendidit, nec tradidit, dominus manet; ideoque recte alteri vendit, & si ea tradat, alter fit dominus. Conjunge hanc *l.6.* com *l.3. de his, qui à non domin. manum. sunt*, quæ ait, idem esse dicendum, si venditor hereditatis postea ancillam hereditariam manumiserit: valet libertas quia data est à domino, sed tenetur ex empto ad id, quod interest. Nunc de actione vendita videndum. Constat actionem vendi posse tam in rem, quam in personam: & sicut emptor hereditatis habet actiones utiles sine cessione, & directas ex cessione; ita emptor singularium rerum actiones habet ex cessione directas, sine cessione utiles ad exemplum earum, quæ venditori competunt tam in personam, quam hypothecarias, *l.7. & 8. hoc tit.* Lex 7. addit posse etiam actionem, vel nomen debitoris pignori obligari: qua ex re datur creditori utilis actio in personam, videlicet in debitorem debitoris. At semper meminisse oportet in his casibus *l. pen. sup. mand.* ne scilicet emptor actionis plus ferat ex actione mandati, quam solverit pretii nomine, ut coerceantur redemptiones, & redemptores litium. Igitur directæ actiones ex cessione competunt emptori, sive emerit actionem in personam, seu in rem, actiones utiles etiam competunt in personam sine cessione: At de actionibus in rem dubitatum fuit, an emptor actionis in rem haberet actionem utilem sine cessione, quia venditio sola non transfert dominium, nec de eo præbet actionem sine mancipatione, traditione, vel cessione. Hoc recte definitur *l. ult. hoc tit.* quæ constituit utilem dari sine cessione ei, qui emisset actionem in rem. Notandum ex lege tertia actionis venditionem, & cessionem fieri invito debitore & ignorante, cui conjungenda *l. 1. de novationibus, inf.* quæ lex addit, aliud esse in delegatione, quæ novandi causa non fit invito debitore: Nam fit per stipulationem.



AD TITULUM XL.

ET TRES TITULOS SEQUENTES.

Quæ res venire non possunt, & quæ vendere, vel emere vetantur.

QUINQUE hujus tractatus sunt capita. Primum caput de purpura, & serico, secundum de annona populari, & militari, tertium de armis, & aliis quibusdam non exportandis, nec habendis, quartum de eunuchis, quintum de non distrahendis filiis: quod ad primum attinet, *l.1. hujus tit.* commercio purpuræ, & confectione privatis interdicit, sive tinctione, proposita pœna capitis, & omnium bonorum confiscationis: ait autem, fucandæ: recte Accur. id est, tingendæ, arg. *l.3. de vest. holosericis, l. ult. C. Theod. de muril.* Purpura soli principi dicata est. Ea privati non utuntur, ideoque ad usum principis tingendæ purpuræ jus est tantum certis concessum personis huic conditioni addictis, quæ Græcis dicuntur Baphii, *tit. de muril.* Sveton. scribit Neronem interdixisse usum Tyrii coloris purpuræ, & matronam vetita purpura cultam, non veste modo, sed bonis exuisse, ut *l.1. hoc tit.* Ocyus exuit bonis omnibus & emptorem, & venditorem purpuræ. Sic *l. pen. inf. de vestib. holosericis*, interdicit privatis viris, & fœminis usum sericarum, purpurearum vestium, & purpuræ usum. Hæc l.1. non tantum purpuræ usum interdicit in serico, sed etiam in lana qualibet, & adjicit, quæ blatta, vel oxyblatta, vel hyacinthina, & hyantina dicitur. Sic jampridem ostendi legendum *hyantina* hoc loco, dum ait

quæ

quæ .i. quæ purpura, non quæ lana. Purpura dicitur blatta, unde blatteæ vestes. Est & alia purpura, quæ dicitur oxyblatta, confecta ex splendidiore, & lucidiore colore, qui & blatta appellatur à veteribus. Alia purpura dicitur hyantina, à violis Martiis, ut in *l.70. si cui lana, §.ult. de leg.3.* quæ dicitur Tyrianthina à Vopisco in Car. Igitur lex interdicit privatis viris, & fœminis usum purpuræ, id est, blattæ, oxyblattæ, hyanthinæ. Quæri potest, an omnino non liceat privatis vestibus purpuram prætexere? Id definit Leo Imper. Nov. 80. qua permittit usum vestium purpura prætextarum, & multo magis permittitur usus vestium serico prætextarum. Nam purpura fuit semper pretiosior auro, & serico. Sericum fuit auro par, ut in *l.Rhod. ca.40.* Et à Vopisco in Aurel. *libra*, inquit, *auri tunc libra serici fuit*. Purpureæ vestes viris, & fœminis interdicuntur holoveræ, id est, holosericæ, quod idem est: Nam Σῆρος sericum dicitur. Zonaras & Balsamon, in can.12. Gangrensi Σῆρες interpretantur σηρικὰ ὑφάσματα, & in ficta illa donatione Constantini scriptum est, Pontificem, uti veris vestimentis, & vero Selochalino. Igitur vestes holoveræ interdicuntur viris, non fœminis, *l.pen. de vest. holov.* Vopiscus in Tacito: *viris omnibus interdixerit holosericam vestem*, fœminis numquam fuerunt interdictæ, at purpureæ etiam fœminis. Quæri etiam potest de cocco grano tinctorio, an interdictum sit, quod granum scribunt purpuræ genus esse: Nam faciunt aliam purpuram violaceam, aliam coccinam: Sed sequemur *legem si cui lana, §.ult.* quæ negat purpuræ appellatione coccum contineri. Igitur ejus usus non est interdictus, sub quo continetur etiam sericum, quod omnimodo non est interdictum privatis, cum usus serici indulgeatur matronis, *l.2. hoc tit.* Id tamen prohibitum est, ne privati sericum emant ab hostibus, ut à Persis, à quibus Romani sericum conficere didicere, & ut à barbaris sericum emere possit solus commerciorum comes. Fuit quidam commerciorum comes, qui fuit sub dispositione comitis largitionum: sine ejus auctoritate non recipiuntur alienigenæ, peregrini, & Barbari mercatores, ut emant, aut vendant in solo Romano, *l.ult.de commer. & mercator.* Sine ejus auctoritate Romanus mercator nec sericum, nec aliud quidvis à Barbaris emit. Secundum caput est de annona populari, & militari. Alebat princeps populum Romanum præbitis panibus, qui dicebantur civiles: alebat & exercitum datis obsoniis. Proponitur in *l.3.* pœna capitis, si quis annonam populi Romani emerit, aut vendiderit, dum in litoribus navibus vehitur; quo pertinet *l.2. & l. pen. de navic.* Vocant eam publicum canonem, id est, canonem frumentarium populo Romano alendo. Eandem pœnam constituit in eum, qui quid emit ex annona militari in *l.4. hoc tit.* Leo in *Nov.62.* mutavit pœnam capitis in pœnam quadrupli.



AD TITULUM XLI.

QUÆ RES EXPORTARI NON DEBEANT.

TERTIUM caput est de armis, & aliis quibusdam non efferendis, nec habendis, ut supra, & constituitur *l.1. quæ res exportari non debeant*, ne ad barbaricum transferatur vinum, vel oleum, liquamen gustus, vel promercii causa: sic barbaricum dicit, ut nos hosticum. Eutropius, *uterque in barbarico occisi sunt*. Liquamen Græci interpretantur *γάρον*: rectissime: sic apud Vopiscum in Aureliano: *Liquaminis sextarium unum*, id est, gari. Igitur ex *l.1.* vinum, oleum, garum, vel oxygarum exportari non debent. Additur in *l.2.* ut barbaris nulla vendantur arma, nulla tela nociva, vel alia, nihil ferri facti, vel infecti: & nominat specialiter loricas, arcus, sagittas, scuta, spathas, & gladios, id est, semispathas, quæ dicuntur *παραμήρια*, *Nov. de armis.* Veget. *lib.2.cap.15. Gladios*, inquit, *majores, quos vocant spathas, & alios minores, quos semispathas nominant*. Additur etiam in *l cotem, ff. de publ.* ne barbaris vendantur cotes ferro acuendo, ne frumenta, ne sales. In omnibus proponitur pœna capitis, quam pœnam etiam in minorem Leo mutavit *Nov.63.* At generaliter sciendum est, commercio salis omnibus esse interdictum, non tantum inter Romanum & barbarum, sed etiam inter Romanos sine persona mancipum .i. sine publicanis. Publicani autem sunt ii, qui salinas conduxerunt, quo etiam jure hodie utimur in Gallia, *l.si quis, de vect.* id est, nemo sales vendit, nisi manceps, aut is, cui id ipse permisit: nemo etiam sales emit, nisi à publicano, & mancipe, aut de eo, cui ipse permiserit: sic etiam generaliter commercio cuilibet armorum interdicitur, idque non tantum Nov. de armis, sed etiam *lege Julia de vi publica, & l.1.inf. ut arm. usus, &c.* Ideo privatis non licet habere fabricam armorum, quia erant publicæ omnes fabricæ armorum, & in eis erant constituti certi fabricenses, qui milites, vel scholares vocabantur: erat enim una ex undecim scholis, qui soli poterant fabricare arma publica, & dicebantur deputati, & statuti. Non licuit etiam privatis habere ferrariam. Est hac de re locus in *l.ult.§.magn.ff.de publ.* Qui §.etiam ostendit prædium, in quo quis ferrariam habuerit, fisco committi, si id habuerit sciente domino, & dissimulante.



AD TITULUM XLII.

DE EUNUCHIS.

QUARTUM caput est de Eunuch. ne scilicet spadones fiant. In quam rem proponitur in *l.1.* pœna capitis, & publicationis servi excisi, item hujus domus, in qua id commissum fuerit. At ex *Nov.142.* servus castratus contra præceptum legis non fit servus fisci, quod tamen lex 1. voluit, sed fit liber. Itemque ex Nov. Leonis 60. quæ quidem Nov. derogat Nov. Just.142. Unus locus est in ea Nov. Just. notandus, dum præcipit ne spadones fiant in orbe Romano. *Si*, inquit, *barbari nostro præcepto paruerunt, non feram, ut mei etiam ei non pareant in orbe meo*: quem locum intellige de Abasdis, quos Just. Christianos fecit & præcepit ne spadones facerent. Id indicat Evagrius *lib.4. cap. 22.* Porro ea constitutio de spadonibus vetustissima est, & celebratur lex Domit. apud Svet. item Nervæ & Adriani, *l.4. ad leg. Cornel. de sicar.* Et in eam rem senatusconsulta facta quædam sunt, *l.3. §. & qui hominem, & l.5. 6. eod.* At tres sunt exceptiones hujus interdicti. Unam ponit Just. martyr in 2. apol. pro Christianis: *ἄνευ τῆς ἡγεμόνος ἐπιτροπῆς .i. sine permissu præsidis*, & eo fine quendam ex nostris preces, sive libellum Felici rectori Alexandriæ obtulisse, &c. Aliam exceptionem ponit Zonaras *in Clement. can. 24.* nisi scilicet propter morbum in eam partem irrumpentem, &c. quod etiam continetur *Nov. Leonis 60.* Tertia exceptio est in *l.2. de eunuch.* si barbari in barbarico castrati sint, quorum commercium est: servorum Rom. gentis, etiamsi in barbarico castrati sint, non est commercium, & capite punitur emptor, & venditor, & tabellio, qui instrumentum emptionis venditionis conscribit, sicut in specie *l. jubemus, §. his tabell. de sacrosanct. eccles.* Item ex *d. l.2.* punitur publicanus, qui vectigal suscepit pro spadone, quasi pro merce, quia spado non est in merce, nisi sit barbarus, & in barbarico exsectus. Et notat genus vectigalis, puta octavam, ex quo apparet mercium invectarum vectigal fuisse octavum quæstus causa, quod probat *l.7. de vectig. & commiss. l. 7. inf. de loc.* Svetonius ait, Caligulam exegisse hanc octavam vectigalis ex diurnis gerulorum quæstibus, id est, ex bajulorum diurnis quæstibus.

AD TITULUM XLIII.

DE PATRIBUS, QUI FILIOS SUOS DISTRAXERUNT.

POSTREMUS casus est de filiis non distrahendis à parentibus, nec donandis, aut alio quovis modo alienandis, quod etiam indicat *l.ult. quæ res pign. obl. poss. vel non*, Paul. *lib. 5. sent. tit. 1. de liberali causa*. Ex XII. tabul. vendi poterant, hodie non possunt, nisi cogat egestas victus causa, *l. 2. hoc tit.* Id est, si pater liberos non possit alere: duo hic exigimus, ut scilicet pater sit pauper, item ut desit educator, videlicet, qui vel gratuito filium alat: Nam si adsit aliquis educator filii, vel si de publico sint alimenta constituta, non poterit pater ob egestatem suam solam filium distrahere: egimus ut filio victus causa desit. Sed filii ex hac causa venditi servi fiunt, nec de hoc dubitandum est, ut Accurs. dubitat. At Paulus in supradicto loco dicit, ingenuitati filii venditi non præjudicari, etsi necessitatis causa venditus sit. Id ita est accipiendum, ut explicat *l.2.* ut filius ob eam causam venditus, possit redimi reddito pretio emptori, vel servo vicario, & ita liberatus filius libertinus non fiet, sed suæ ingenuitati restituetur. Ita ingenuitati deductio in servitutem non præjudicat. Præterea notandum quod ait *l.2.* etiam filios sanguinolentos vendi posse .i. recens natos, ut alias exposuimus in *tit. de infant.exposit.inf.l.1.C.Theod.de expos.* Prudentius contra Symmach. *quos sanguinol. edendi mos juvat*. Donatus in Andria, *à matre sanguinol.* Denique redemptionem filii ita venditi l.2. publicam facit, vultque ut pateat omnibus, & ut quilibet possit ad emptionem accedere, sicut etiam prostitutarum redemptionem publicam facit, *l.ult.inf.de spectac.* Quærit Accurs. an ob eam etiam causam filios pignori obligari liceat? Respondit licere etiam. Id confirmat *l.2. C. Theod. de alimen. quæ inop. paren.de publ.&c.* Quærit an mater possit ex causa vendere? Recte respondit non posse: quia non habet potestatem in filium. Pater jure potestatis poterat vendere liberos ex 12. Tab. hodie non nisi alimentorum causa: sed hujus juris hoc etiam casu sola causa est patria potestas. Itaque idem jus non habet mater. Vide etiam quæ diximus in *l.12.sup.de oblig.& act.*

AD TITULUM XLIV. & XLV.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

IN hoc tit. proponuntur causæ; ex quibus venditio rescinditur, vel non. Et primo venditio rescinditur, si quis vi, aut metu coactus vendiderit, aut dolo adversarii deceptus, & inductus, *l.1. & 5. hoc tit.* qui scilicet non erat venditurus, nisi fuisset vis, dolus, vel metus illatus. Itaque vis, dolus, aut metus venditioni dedit causam, & ob id ea rescinditur. Dices, venditio est contractus bonæ fidei, dolus dans causam contractui bonæ fidei, vitiat ipso jure contractum, *l. & eleganter, de dolo, l.4. de hered. vel actione vendita, sup. l.3. §.ult. ff. pro soc. l.in causæ 2. §.1. de minorib.* Item vis, & metus dans causam contractui bonæ fidei vitiat etiam ipso jure contractum. Nam & in vi dolus inest. Ideo semper actio de dolo cum actione de vi, aut metu concurrit, *l.item si cum, §.eum, qui, ff. quod metus causa gest. erit.* Plus dico, hic dolus, vel metus non tantum vitiat contractum bonæ fidei ipso jure, sed etiam ex strictis contractibus ipso jure vitiat dotis stipulationem, *l.si mulier, §. si dos, ff.quod metus causa*. Non aliam stipulationem vitiat, quia in aliis exceptione opus est, *l.si quis cum aliter, de verb. obligat.* Non eodem & pari jure stricto omnes contractus stricti censentur. In actionibus bonæ fidei veniunt usuræ ex mora. In strictis veniunt etiam ex mora in actione ex testamento, non in aliis. Item in actionibus bonæ fidei plerumque ignoranti parcitur, & in strictis etiam parcitur ignoranti, ut in condictione indebiti, & in condict. sine causa. Item in actionibus bonæ fidei dolus dans causam contractui, vitiat eum ipso jure; & stipulationem etiam dotis, ut jam dixi. Sic è contrario, in omnibus actionibus bonæ fidei, non semper est eadem æstimatio bonæ fidei, seu æquitatis. Id dixi *sup. tit. commod.* Verum ad rem. Si dolus dans causam venditioni, vitiat eam ipso jure, quid opus est rescissione? Dicamus: venditio duo significat, venditionem nudam, & venditionem, quæ traditione sumpsit effectum, id est, venditionem, & alienationem dominii. Venditio, cui dolus, vel metus dedit causam, ipso jure nulla est. Ideo ex ea nulla nascitur actio ultro citroque. Venditio & traditio, quibus dolus, aut metus causam dedit, egent rescissione: Nam rescindi debet traditio, quæ intercessit, & restitui oportet omnia in integrum: venditio illa non rescindetur, sed traditio; & quidem si dolus dederit causam traditioni, erit actio de dolo, ut recte Accursius in *l.4. sup. de heredit. vel act. vend.* vel rescissa traditione restituetur vindicatio ei, qui suum dominium alienavit. Sic si metus dedit contractui causam, vel dabitur actio quod metus causa, vel rescissa traditione, restituetur dominium sic alienatum, *l.metum, §.volenti, D. quod met. causa*. Hæc quidem jure ordinario, vel extraordinario præses gesta rescindet, & auctoritatem suam interponet, *l.1. & 5. hoc ipso tit.* Igitur de rescissione agetur vel ordine, vel extra ordinem. Id etiam lex 1. exigit, ut qui vult traditionem rescindi, emptori restituat pretium, quod accepit, & rem traditam recipiat: Nam ex utraque parte etiam omnia sunt in integrum restituenda, *l.3. & 4. sup.de his, quæ vi, metusve causa gesta sunt*. Obstat *l.si per impressionem, eod. tit.* quæ ait, emptorem, qui metu illato venditionem extorsit, rem restituere non recepto pretio. Dicendum, eam legem specialiter loqui de iis, quæ vendita sunt officium publicum gerentibus hominibus, *per impressionem*, id est, officii & potestatis terrore adhibito. Qui gerunt officium publicum, quo loci id gerunt, legibus emere prohibentur, *l.non licet, & l.qui officii, ff. de contrah. empt. vendit.* & si emerint contra legum interdicta, amissione pretii puniuntur, id est, rem restituunt non recepto pretio, quod declarat apertius *l.1. Cod. Theod. de his, quæ administr. &c.* Alii autem, qui vi, aut metu illato aliquid emerunt, pretium non amittunt. Itaque *lex si per impressionem* habet tantum locum in administrationibus, & officiis publicis. Nunc quæro quid dicendum, si dolus non dederit causam contractui, an rescindetur venditio, si qua alia in re dolus fuerit? Finge me hereditatem venalem habuisse, cujus vires nesciebam; dolo emptoris, & suasione circunscriptus, & circumventus eam minoris vendidi, puta, emptore affirmante eam esse perexiguam. Quid fiet? Dabitur mihi actio ex vendito, quanto pluris hereditas valet, *l. Julianus, §. per contrarium, ff. de action. emp. l. si quis affirmavit. in princ. ff. de dolo*. Ita per actionem ex vendito rescindetur venditio pro parte, quod scilicet ad pretium attinet. Nam res vendita non revocatur, nec vindicatur. Et hoc est quod ait *l.10. hic, in fin.in integrum restitutio*, inquit, *æstimationis res competit*. Sic enim legendum est, quæ duo verba, *æstimationis rei*, in quibusdam Codicibus desunt. Et est alia causa, ex qua rescinditur venditio, si res venierit justi pretii dimidio minoris, quæ est quæstio *l.2.* Non pono rem venditam dimidio minoris dolo emptoris. Nam si dolus emptoris intervenerit, & si res non venierit dimidio minoris, sed vel dimidio tantum pretio, vel dimidio paulo pluris, non tamen justo pretio, competet rescissio pro parte .i. competet in integrum restit. pretii. At pono dolum emptoris non intervenisse, sed in re ipsa esse fraudem, quia res justo pretio non veniit: quæro an ob id solum venditio rescindatur? Minime: quia dolus emptoris abest. Nam dolus ex quantitate pretii non æstimatur, sed ex calliditate, & insidiis emptoris, *l.8. hoc tit.*

Ex

Ex manifestis insidiis, *l. dolum, sup. de dolo.* Ubi vulgo male *indiciis.* Græci eo loco, *ἀπὸ ἐπιβουλῶν*: dolus æstimatur ex calliditate facti, *l. 10. hoc tit.* i. ex calliditate machinationis: Sic factum etiam accipitur in *l. 11. hoc tit.* Ex quantitate sola pretii, puta, quod res vilioris venierit, non æstimatur dolus. Ad id etiam pertinent ll. 4. 11. 12. 15. *hoc tit.* In l. 12. tollenda est negatio illo loco, *non vilioris pretii*, idq; apertum est. Lex ait, venditionem non rescindi, quod dicat venditor se rem vilioris vendidisse, cum maxime pecunia egeret, urgente ære alieno, vel mun. civili sibi injuncto, quod sumptum exigebat, si venditor dicat se hac necessitate coactum minoris vendidisse, non ideo venditio rescindetur. In *l. 11.* pro *majus pretium*, legendum, *minus pretium*: idque exposita sent. legis constabit. Proponit lex assertionem, deinde exemplum, seu speciem. Assertio hoc ostendit, venditorem de dolo emptoris post venditionem queri posse si ignoraverit dolum tempore contractus: Nam si tempore contractus venditor emptoris dolum animad. & nihilominus vendiderit, secus est: quia dolus scienti non infertur. Hoc proposito, Imp. subjicit speciem his verbis, quæ omnino pendent ex propositione: quæ species, ut sunt verba, est de dolo venditoris, quo adhibito venditor paulo majore pretio rem vendidit, non est de dolo emptoris cum esse debuerit, quia propositio est de dolo empt. non venditoris. Ut igitur species propositioni congruat, necessario ponendum est, dolo emptoris instrumento emptionis comprehensum esse minus pretium, quam esse convenerat, idq; sciente, & consentiente venditore, ideoq; ei non videtur illatus dolus, cum sciverit, & consenserit. Deniq; hæc allegatio non est idonea ad rescindendam venditionem: at venditori competit petitio pretii non soluti. Item ei competit petitio pretii, de quo instrumento comprehensum est, ut compensaretur in pecuniam quasi debitam, quam venditor tamen non debebat emptori, sed id per errorem facti scriptum est, quod non officiet petitioni pretii. Ergo summa hæc sit: prætextu minoris pretii venditio non rescinditur, sicut nec locatio, si absit dolus: & in pretio emptionis licet se invicem circumscribere, *l. in causæ 2. §. pen. de min.* ἐμπορικῶν, ut ait *Nov. 97. c. 1.* ut fit in mercimoniis. In *d. §. pen.* ait, naturaliter, id est, secundum naturam, & substantiam ejus contractus, *l. 8. hoc tit.* Emptor emit quam minimo potest, venditor vendit quam maximo potest. Plerumque diu inter se de pretio disceptant, ad extremum consentiunt. Hæc studia non improbantur, si quis velit quam maximo vendere, vel quam minimo emere: Sed hoc ita accipi debet, nisi si res dimidio minoris venierit, ut si res digna 20. venierit 8. at si res digna 20. venierit 16. non rescindetur, si 8. tantum, vel 9. rescindetur, *l. 2. & 8. hoc tit.* Non tamen omnino rescindetur ex hac causa, quia electio datur emptori, ut rem restituat, pretio recepto, vel ut suppleat quod deest justo pretio, puta 12. cum emit tantum 8. ut actio Fabiana non omnino est rescissoria, *l. 1. §. si quid in fraudem, D. si quid in fraud. patr.* quia eadem electio emptori defertur d. l. 1. Quæritur an etiam emptori subveniatur, si dimidio pluris emerit? Et ratio facit, licet non sit lege comprehensum, nec quisquam contradicit, ut emptori etiam subveniatur, eadem electione data venditori, ut vel pretium reddat, quod eccepit, & rem accipiat, vel ut quod soluto pretio superest, restituat, *d. §. si quid in fraudem.* At id etiam petitur exemplo demostrari, quemadmodum emptor dimidio pluris emat. An si rem dignam 20. emat. 30. videbitur emisse dimidio pluris? minime: hoc casu venditio non rescinditur. Idque sic ostendo: sicut ex parte venditoris venditio non rescinditur, si pro re digna 20. 10. accipiat, quia pretium numeratum tanti est, quanti dimidia pars justi pretii: Ita etiam ex parte emptoris venditio non rescinditur, si res tanti sit, quanti est dimidia pars pretii, quod est numeratum: At in specie proposita res est aliquanto pluris. Nam res est 20. dimidia soluti pretii est 15. Igitur & si rem dignam 20. emerit 40. empt. non rescindetur venditio. Ita si rem dignam 10. emerit 16. vel 20. At si rem dignam 20. emerit 41. vel si rem dignam 10. emerit 21. rescindetur venditio, quia res vendita est minoris quam sit dimidium justi pretii. Hanc interpretationem attulit Accursius, sed deteriorem sequitur. Quæritur etiam, qua actione rescindatur venditio ex hac causa. L. 2. dicit auctoritate judicis intercedente, id est, præsidis, quod fit extra ordinem, ut in *l. 1. hoc tit.* Actio ex vendito ordinaria dabitur, ut & in specie l. 10. At intra quæ tempora agetur ad rescissionem ex hac causa? standum est Harmenopulo 3. *Epit. tit.* 3. ut intra quadriennium agatur, quod expressum est Nov. Romani, quæ refertur ab Harmenop. Et recte: quia hæc actio rescissoria restitutio est in integrum. Sicut & cum venditor dolo emptoris minoris vendidit, restitutio in integrum dicitur, *l. 10. inf. hoc tit.* Restitutiones in integrum hoc tempore concluduntur, id est, quadriennio, constitutionibus Gallicis decennio: Ergo & hæc actio rescissoria quadriennio extinguitur. Et ita observatum fuisse scribit Eustatius *lib. de temporib. tit. de quadrien.* Quæritur in specie l. 2. an emptor etiam debeat reddere fructus perceptos, si nolit supplere quod pretio deest? Respondi in *l. 2. sup. de usur.* fructus compensari cum usuris pretii, idque servata proportione: qui tantum pars justi pretii soluta est, & quidem dimidia minor, pars etiam fructuum pro rata veniet in compensationem, reliqua pars fructuum in restitutionem, argumento *l. empt. D. de rei vindic.* & ita Harmenop. *lib. 3. tit. 3.* vel etiam emptor restituet fructus omnes, omissa compensatione, & recipiet pretium, quod numeravit cum usuris? Ita est expressum in Novel. Romani, in Græca scilicet: nam qui eam latinam fecit, sensum perturbavit. Quod si emptor malit pretium supplere, id debet supplere cum usuris medii temporis absque dubio. Nam fructus omnes interim percipit, *l. 2. sup. de usur.* Quæritur, quid juris sit in minoribus 25. annis ementibus & vendentibus. Nam l. 2. & 8. accipiendæ sunt de majoribus 25. annis, alia est causa minorum: Nam si minor 25. annis rem suam jure vendidit viliore pretio, etiamsi ea fraus non superet dimidiam justi pretii, constat minori subveniri ex causa per restitutionem in integrum, *l. si quidem, de præd. min. inf.* Ideo recte dicitur *l. 1. hic, quisquis major*, inquit, &c. Nam aliud est in minore: verum quemadmodum minori subvenietur? an dabitur electio emptori, quæ defertur *l. 1.* sive minor dimidio minoris vendiderit, sive dimidio paulo pluris, sive dimidio tantum? Minime: qua in re fallitur Accurs. quia cum electio datur emptori, plena restitutio non est: minori autem datur restitutio plenissima ex edicto minoribus indulto, & rei vindicatione ei restituitur omnimodo. Sic cum dolo emptoris minoris pretii venditio facta est à majore 25. annis, venditio rescinditur, & reformatur ad aliquid, non in totum, ut diximus ex l. 10. hic: at cum facta est à minore 25. annis, venditio in totum rescinditur, *l. 1. sup. si adver. fisc.* Præterea quæritur, an hæc constitutio legis 2. habeat locum in aliis contractibus? Sic respondeo. Constat eam habere locum in locatione: ut si ædes meas locavero justi pretii dimidio minoris: Nam locatio quasi emptio est, conductor alias emptor dicitur, sive redemptor, ut Festus scribit: Ideo veteres venditionis, & emptionis verbo promiscue utebantur etiam in locatione, & conductione, *l. veteres & l. idem est, D. de act. empt.* In utroque contractu intervenit pretium. Ergo idem juris est hac in re in locatione, & emptione. Item in permutatione, si ea fraus in permutando inciderit: Nam ea est emptioni proxima. Idem dicemus in divisione rerum communium, si eadem fraus inciderit. Nam & hæc est emptioni vicina, *l. 1. sup. comm. utr. jud.* Divisio, est permutatio, *l. cum pater, §. hereditatem de legat. 2.* & nominatim Accursius in *l. 3. comm. utr. jud.* ait esse locum in divisione huic legi 2. & recte. Idem dicemus (licet repugnent quidam) esse locum huic constitutioni in emptione redituum. Nam est vera emptio. De ea in jure nostro est unus tantum locus in *Novella 160.* Constitutionem legis secundæ non proferemus temere ad alia negotia, quæ emptioni non sunt proxima: Nam ait lex 2. hoc dari humane, & benigne. Quod autem ita in-

troductum est; non temere protrahemus ad consequentias, *l. qui negotia*, *D. de mand.* Quæritur etiam quæ sit definitio justi pretii: Verum hæc quæstio in facti probatione tantum consistit: Igitur nihil ad nos, id tantum scimus in universum, æstimandam esse qualitatem rei venditæ, & quantitatem redituum. Nam ex quantitate redituum statuitur justum pretium, *l. 16. hoc tit. l. si fundum per fideicommissum*, *de legat. 1.* Postremo quæritur an beneficio ejus constitutionis possit renuntiari, necne: Cur non? ut aliquando respondit Scævola: nam regula juris est, eo uti non licere, quod nobis nostra causa lex dedit .i. unumquemque de suo jure detrahere posse, *l. pen. & l. potest*, *sup. de pact.* Sic mulier renuntiat Senatusc. Vellej. creditor actioni, debitor cuilibet præscriptioni, minor restitutioni in integrum, condemnatus induciis, heres Fal. etiam recte venditor restitutioni concessæ *à l. 2. & 8. hoc tit.* Eadem non est ratio rescissionis donationis, quæ fit supervenientibus liberis, *l. si unquam*, *de revoc. donat.* Nam ea rescissio est introducta non tam donatoris, quam liberorum, & posterit. causa. Itaque ei non renuntiat donator in fraudem liberorum: quod lex mihi dedit non tam mea causa, quam aliena, ei frustra renuntio. Quod item lex mihi dedit alieno odio, ut Senatusc. Maced. ei frustra renuntiasse videor. Item quod l. mihi omnino dedit mea causa, ei frustra renuntio, si quid inde adversario possit esse incommodi: & ita Asconius in prætura urbana, qua de causa etiam non renuntiatur societati, nec mandato. Tertio loco rescinditur venditio mutuo consensu re integra, *l. jurisgent. §. adeo, l. ab empt. D. de pact. l. 1. tit. seq.* Et quidem rescinditur hoc modo ipso jure: nam pacti exceptio inest bonæ fidei judicio, *l. 3. ff. de rescin. vend.* Unius autem consensu non rescinditur invito altero, *l. 3. & 5. hoc tit.* Dixi in *l. 4. sup. de obl. & act.* Ait l. 5. à majore 25. annis: nam à min. 25. annis etiamsi dolus adversarii absit, & jure vend. facta sit, variis ex causis rescinditur vend. per restitutionem io integrum invito altero, sed non à majore. Res est integra, si nec pretium, vel pars pretii soluta, nec traditio rei facta sit: etiamsi fidejussor datus sit evictionis causa, vel etiamsi emptioni subdita sit stipulatio, *d. l. 3. de resc. vend.* etiam si arræ datæ sint, *l. 2. tit. seq.* De arra diximus *tit. de fid. instr.* Ita re integra rescindetur venditio mutuo consensu, at re non integra non rescindetur mutuo consensu venditio: nisi etiam reponantur res in pristinum statum, id est, nisi retro detur res, quæ tradita est, vel pretium, quod numeratum est, quod etiam titulo sequenti ostenditur: Nam solus consensus, id est, solum pactum non parit dati pretii repetitionem, non parit etiam exceptionem, quia id non agitur ut pariat exceptionem, sed ut emptionem resolvat, quod pactum præstare non potest. Quarto rescinditur venditio si procurator fisci, vel Cæsarianus .i. apparitor, rem debitoris fiscalis non solventis per gratiam viliori pretio addixerit emptori, *l. 16. hoc tit. l. pen. ff. eod.* Id ita demum fiet, si debitor fisco postea solverit integram debitam pecuniam: nam tunc fiscus resolvet emptionem, & pretium emptori restituet, *l. 3. inf. de jure fisci.* Quinto venditio rescinditur, si decurio, sive Curialis, quem constat obligatum esse muneribus civilibus, onera civilia vitans, bona sua omnia vendiderit, & fugerit: nam omnia bona revocantur, & fugitivus ipse si potest, & restituuntur intra annum utilem: Post annum curiæ civitatis, quam deseruit addicuntur in *l. 51. inf. de decurionib.* quæ conjungenda cum *lege penult. hic*, quarum eadem est subscriptio, & inscriptio. Siens autem emptor punietur hoc casu amissione pretii, si emerit furtim, id est, sine decreto, sine auctione publica, *l. 1. inf. de prædiis curial.* Ergo emptor pretium non recipiet & rem restituet: at id pretium non cedet lucro venditoris, quoniam est etiam in mala fide, & ut malæ fidei possessor non admittetur, sed ærario publico inferetur illud pretium, & ita Accursius existimat recte *d. l. pen. & l. 7. inf. de agricol. & censit.* Ultimo venditio rescinditur ex alia causa, quæ proponitur in *l. ult. hoc tit.* Hæc lex loquitur de Palatinis. Palatini semper in libris nostris sunt apparitores Comitis Thesaurorum, seu largitionum, seu Comitis rerum privatarum. Ideo lex ult. scripta est ad Comitem rerum privatarum, qui gubernat privata Principis negotia, quæ lex dum ait à privatis nostris .i. ex privatis nostris, non dicit à privatis hominibus, sed à privatis nostris, ut Julianus *in epist. ad Ecbolum τὰ κτήματα*, &c. id est, *possessiones adjungi privatis nostris*. In his privatis sunt mancipia, agri, aurum, argentum, vestes pretiosæ. Ea Palatini, qui eorum administrationi parent, emere vetantur: sicut tutor eadem ratione vetatur emere rem pupillarem, & curator, & procurator, & gestor rem domini, *l. si in empt. §. ult. de contrah. empt. & vend.* si ea privata Palatini emerint, venditio rescinditur, & pretii amissione mulctantur, nisi ea emerint ex auctione publica, ut diximus in *tit. de contrah. empt. & vend.* Exposui causas, ex quibus venditio rescinditur. Non tamen rescinditur venditio prætextu vilioris pretii, nisi ea fraus superet dimidiam justi pretii, non rescinditur unius nuda voluntate, aut consensu, aut etiam rescripto principis: aut privilegio fiscali, id est, fiscus non rescindit suas venditiones, *l. 3. hoc tit.* non rescinditur etiam oblatione pretii, etiamsi venditor offerat duplum pretium, *l. 6. hoc tit.* non rescinditur privilegio militiæ, etiamsi miles offerat pretium, & impetraverit rescripto principis jus retrahendæ rei venditæ, *l. 7. hoc tit.* Non concedemus rescissionem venditionis hoc casu: Rescriptum forte sequemur illis tribus concurrentibus, militia, oblatione pretii, rescripto principis, ut adsignificat dicta *l. 7.* Sed si miles eo rescripto jus illud obtinuerit, & impetrarit rescissionem, eodem jure adversus eum utentur, qui aliquid ei vendiderint: nam etiam illi revocabunt venditinnem oblato pretio *ex edicto quod quisque juris*, &c. Quam in rem notanda valde *d. l. 7. de rescind. vend.* Non rescinditur etiam venditio, si pretii nomine non sit soluta pecunia, sed data sint pecora in solutum volenti: hæc etiam venditio non rescindetur hoc prætextu, *l. 9. hoc tit.* Non rescindetur etiam venditio si me vendente, cuidam emptori denuntiaverit ne rem emeret, & oihilominus perfecta venditio fuerit: nam ego hujus nuntiationis prætextu non revocabo denuntiationem, etiamsi is, qui denuntiavit dominus sit, non ideo minus est perfecta venditio, *l. 13. hoc tit.* vox legis est, ne bonæ fidei contractus quolibet colore rescindatur. Postremo non rescinditur venditio, quod emptor dictæ legi non pareat, ut si convenerit, ut emptor solveret vectigal Reipublicæ, nec solverit, sed erit actio ex vendito, ut impleatur lex: hoc ostenditur in *l. 14. hoc tit.* de qua diximus in *tit. de cond. ob caus. dat.*

AD TITULUM XLVI.

SI PROPTER PUBLICAS PENSITAT. &c.

HIS, quæ diximus nudiustertius de non rescindenda venditione, ex hoc titulo est addendum non rescindi venditionem si quæ bona à fisco ob tributorum cessationem capta sint, & vendita, etiamsi dominus pretium eorum offerat, etiamsi ea bona pignoris jure alteri sint obligata: nam fiscus tacitam hypothecam habet semper, & in ea ob causam tributorum, semper antiquior esse intelligitur aliis creditoribus, *l. 1. hoc tit.* Rursus ea venditio fiscalis non rescinditur rescripto principis, vi, & auctoritate rescripti, nec beneficio ætatis, ut si minoris 25. annis bona venierint ob tributorum causam, *l. 5. de fide*, *& jure hastæ fisc.* ob cessationem tributorum, seu canonum primum pignora capiuntur statim, si conventus, & interpellatus per judicem, collator cessaverit in solutione in solemnium pensitationum, *l. 3. hoc tit. l. 8. inf. de furt.* Deinde distrahuntur post duos menses à die capionis, ut Accursius tradit in *l. 1. de rapiend. & distrabend. pign. tribut. causa lib. 10.*

[A] *lib. 10. Cod.* & probat *l.1. Cod. Theod. de distractione pignor. quæ tribut.* Et ita distractis bonis debitorum fiscalium emptoribus, præstatur perpetua securitas, hæc est fides hastæ fiscalis. Excipitur causa *l.16. de rescind. vendit.* Ideo lex secunda hoc titulo exigit, ut ea venditio fiat à fisco justo, & vero pretio, & bona fide, & solemniter, id est, sub voce præconis, sub hasta, seu *sub adnotatione Quæstoris*, ut ait Tertullianus in Apologetico: & ut fiat auctoritate Præsidis, seu permissu, vel etiam Procuratoris Cæsaris, alioqui rescindetur si quid horum defuerit reddito tributo, *d.l.16. & l.1. & 2. inf. de fide, & ju. hastæ fisc.* Idem etiam exigitur in *l.3. hoc tit.* ne minoris indefensi, id est, tutorem, vel curatorem non habentis ob tributorum cessationem bona capiantur, & distrahantur: qui locus est singularis. Venditio autem hæc nomine fisci ob has causas fit ab exactoribus, vel ut ait *l.3.* [B] fit ea venditio ab officialibus procuratoris summæ rei, id est à Cæsar. vel ab officialib. rectoris provinciæ, id est, cohortal. Hæc l. procurat. summæ rei dicit procuratorem Cæsaris, ut in inscript. *legis dominicis, sup. ubi cau. fisc.* ὁ τῶ μεγίστων πραγμάτων προστατεύων, vide ad *l.5. de jure fisci, lib. 10. Cod.* Euseb. *lib.7. cap.13.*



AD TITULUM XLVII.

SINE CENSU, VEL RELIQUIS FUND. COMPARARI NON POSSE.

MULTUM interest utrum quis emat à fisco, an [C] à domino: nam si à fisco emat rem alienam distrahente, ob tributorum cessationem, vel ex alia causa, emit sine reliquorum onere, *l.1. inf. de fide, & jure hastæ fisc. l.ult. de censib. l.2. in fin. inf. de fund. rei privat.* Sed valde obstat *l. præd. D. de jure fisci*, quæ ait, placere ut prædiis à fisco distractis reliqua tributorum sequantur emptorem. Quæ lex de tributo tantum videtur accipienda, non de reliquis: non enim uteretur reliquorum verbo, vel si ut lex innuere videtur, intelligatur etiam de reliquis, dicendum est id quandoque placuisse Principibus, quod indicat *l.1. Cod. Theodos. de fisc. deb.* Verum displicuisse posterioribus Imperatoribus, quo videlicet facilius fiscus emptorem inveniret. Itaque secundum posteriores constitutiones, eum, qui à fisco emit, sequitur futuri temporis tributum, non reliqua præteriti temporis: [D] At qui emit fundum à domino, censum, seu capitationem fundi agnoscere debet, & reliqua, quæ debebat venditor, *l.2. Cod. Theod. de contrah. empt. & vend. l.2. hoc tit. Sine censu*, id est, sine tributo, vel reliquis fundus vendi non potest: pactiones contrariæ illicitæ sunt, ut si conveniat inter emptorem, & venditorem, ut non emptor, sed venditor agnoscat fundi capitationem, hac conventione jus fiscale lædi non potest, cum census sit onus prædiorum, non hominum. Et ideo possessorem prædiorum sequitur, *l. Imperatores, D. de publican.* Non valet etiam pactio facta inter donatorem, & donatarium rerum donatarum, ne donatarius censum agnoscat, & fisco tributum præstet, *l.3. hoc tit.* Non valent etiam hæ pactiones factæ inter virum, & uxorem in dando fundo in dotem, puta, ne maritus censum fundi agnoscat, sed uxor: conventio injusta est, *l.1. hoc tit.* [E] *l. neque, D. de impens. in rer. dot. factis*. Igitur semper censum fundi agnoscit, qui eum possidet, & fructus percipit. Species legis primæ hæc est: Noverca cum patri meo fundum in dotem daret, pacta est, ut ipsa fisco tributa solveret, non pater meus: fiscus tamen ea tributa suo jure exegit à patre meo, non à muliere. Quæritur soluto matrimonio morte patris an eo nomine, quod scilicet subierit onus tributorum, non mulier, ut convenerat, an eo nomine, inquam, competat mihi ulla actio contra novercam ex pacto, vel stipulatione ei pacto subdita? l. negat actionem competere: Quoniam ea conventio penitus illicita est, ideo à Prætore non servatur. Idem esse ait lex, si mulier fundum æstima-[A]tum in dotem dederit, quo genere emptio venditio contrahitur inter virum, & uxorem: nam æstimatio illa venditio est, *l. plerumque, D. de jur. dot.* Hoc vero casu etiam actio ex empto patri, vel mihi non competit: sicut superiore casu non ex actio ex pacto, vel ex stipulatu. *L.1.* ait actionem ex vendito, manifesto, ut ait Accursius pro actione ex empto vendito, quæ datur emptori, ut etiam in *l. sed hoc nomine, & l. si cum venditor, §. si secundus, D. de evict.* contra etiam interdum actio empti, id est, venditi empti, vel actio ex empto, id est, vendito empto, *l. Julianus, §. si procurator, D. de act. empt. & vend.* Ergo hac lege prima negatur ob eam pactionem factam inter virum, & uxorem in datione fundi æstimati, vel non æstimati esse actionem ex empto, vel ex pacto, vel ex stipulatu. Notandum est diversum esse si in-[B]ter debitorem, & creditorem convenerit in dando pignore, ut debitor, non creditor tributa agnosceret. Hæc pactio non omnino est inutilis: nam ea quidem pactione fisco non præjudicatur, quia nihilominus exiget creditorem fiscus, qui pignus possidet, *l. inter debitorem, D. de pact.* At inter ipsos paciscentes ea pactio valet. Ideo quod creditor tributorum nomine fisco solverit, id consequetur vi pactionis per exceptionem, vel retentionem pignoris, vel per actionem pigneratitiam contrariam, *l. epistola, §. pactum, D. de pact.* diversitatis causa est, quia hac pactione onus transfertur in dominum, id est, in debitorem, qui dominus manet, dum cavetur ut debitor tributa agnoscat. Igitur justa est pactio: At illa pactione fundi dati in dotem æstimati, vel inæstimati, onus transfertur in non dominum, id est, in uxorem, [C] quæ desiit esse domina traditione fundi, quod est iniquum, ut non dominus censum præstet alieni fundi, ideoque neque ea pactio fiscum lædit, nec ei nocet, neque etiam inter ipsos paciscentes servatur, sed penitus improbatur quasi injusta, & illicita fuerit. Diversum est quoque, si mulier in dotem fundum dedit, qui obligatus erat pignori quibusdam creditoribus, si pacta sit, ut ipsa usuras solveret ipsis creditoribus: Hæc pactio justa est, quandoquidem ipsa debet usuras: si igitur paciscatur, ut ipsa solvat usuras, justa est pactio: verum si maritus accepto fundo solverit usuras creditori hypothecario mulieris, ne scilicet sibi fundus evinceretur actione Serviana: heres ejus aget quidem cum muliere pro præterito tempore, ut Accursius recte in *l.11. sup. de pact.* sed pro futuro tempore non aget, ut ipsa usuras solvat, ut fundum liberet: [D] quia fundus apud heredem mariti non remanet soluto matrimonio. Ideo cum fundus apud eum non remaneat, nihil ejus interest, eam pactionem in posterum servari. At si fundos apud heredem mariti remaneat, ut si datus sit æstimatus in dotem, tum aget heres ex empto vendito, ut mulier fundum liberet. Hæc duo genera pactorum, inter quæ differentiam esse statuimus, Imp. Alexander eodem rescripto notavit, sed Tribonianus partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem ut uxor censum agnoscat, non maritus, quæ pactio est illicita, hoc titulo posuit: alteram partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem ut uxor debitrix solveret usuras creditori hypothecario, non maritus, quæ pactio justa est, posuit sub titulo de pactis in *l. ex conventione*, quam legem apparet ex his, quæ diximus, non pugnare cum hac *l.1.* nam inter has duas [E] pactiones constituenda est differentia. Qua tamen in re multum laboravit Accursius. Igitur sine censu, & reliquis fundus vendi, donari, in dotem dari non potest, hæc onera sequuntur fundum, & possessorem fundi: emptor, donatarius, maritus censum agnoscunt, pactiones contrariæ penitus sunt illicitæ inter creditorem, & debitorem, non sunt penitus inutiles: *l. ultima* addit, ut huic sententiæ etiam sit locus, si emptoris nomen nondum censualibus tabulis sit inscriptum, dum venditor fingit se adhuc possidere quod non possidet, & ita profitetur: dum census agitur se eum fundum possidere, quem non possidet. Nam si de vero possessore fisco constiterit, ab eo fiscus censum exiget potius, quam ab eo, qui se falso eum possidere profitetur.

AD

AD TITULUM XLVIII.

DE PERICULO, ET COMMODO REI VENDIT.

PRIMO ostenditur, ad quem pertineat periculum, vel commodum rei venditæ, ad emptorem, vel venditorem, quæ inspectio utilissima est: de ea tamen id vulgo traditur: Post perfectam venditionem, rei venditæ periculum emptorem respicit, etiam re nondum tradita. Ideo re deteriore facta, vel perempta, ab eo pretium integrum deberi. Perficitur autem venditio solo consensu statim sine traditione, si pura sit venditio, quoniam si sit conditionalis, B perficitur cum impleta fuerit conditio, *l.7. D.de contrab. empt. & vendit.* Et ideo ante conditionem impletam commodum, & periculum pertinet ad venditorem; post conditionem pertinet ad emptorem, *l.5. hoc tit.* Dico periculum, id est, peremptionem rei venditæ, interitum rei. Nam si res vendita non extet tempore existentis conditionis, emptio nulla est, & ideo pretii petitio non est, quasi res venditori perierit. At si tempore existentis conditionis, res vendita extet, deterior forte facta, damnum ad emptorem pertinet, quia impleta conditione emptio retrotrahitur, tempusq; conditionis retrotrahitur ad tempus contractus, *l.necessario, D. eod.tit.* Perficitur venditio solo consensu si fiat sine scriptis, *l.2. D.de contrab. empt. & vendit.* Quod si convenerit venditionem fieri ex scripto, tunc perficitur venditio, cum scriptura C impleta fuerit, & ideo ante confectionem instrumenti, commodum, & incommodum pertinet ad venditorem; post completionem, pertinet ad emptorem etiam ante traditionem, *l.4. hoc tit.* Perficitur venditio solo consensu, nisi interveniat aliud, quod impediat, puta, nisi vinum veneat, cujus venditio quasi imperfecta est, antequam id emptor degustarit, id est, antequam emptori placuerit venditio. Itaque nisi post degustationem, periculum ad emptorem non pertinet, quia degustatione videtur perfecta ea venditio, *l.1. D. eod.tit.* Hoc ita procedit, si vinum venierit aversione, *ἀθρόον*, quod exposui in titulo *de exercit.act.* ut si venierit universum vinum, quod erat in horreo vinario, nullo expresso modo, vel mensura: ita venit aversione, & periculum respicit emptorem post degustationem demum, non D ante. At si vinum venierit ad mensuram, quod est contrarium aversioni, ut in singulas amphoras constituto pretio, ut plenissima sit venditio, non tantum exigimus degustationem, sed etiam admensionem, *dict.l.1. & l.2. hoc tit. l.quod sæpe, §.in his, D. de contrab. empt. & vendit.* Et ideo nonnisi post mensuram factam periculum est emptoris, quoniam post admensionem demum perficitur ea venditio, aut perfici intelligitur. Idem est non tantum in vino, sed etiam in oleo, frumento, & similibus. Et etiam in fundo, ut si fundus venierit, non aversione, sed in singula jugera constituto pretio, aut in singulas centurias: nam antequam fiat mensura fundi, periculum pertinet ad venditorem, nisi casu majore interierit, *l. 2. & l.si in vendit. in fine, D.eod.* Post mensuram factam periculum est emptoris ex *l. 2. hoc tit.* E dum ait, vini aversione venditi periculum esse emptoris, ponit etiam claves horrei vinarii fuisse emptori traditas, quod adjectum est ex abundanti, ut ait Accursius: quia ita emerat. Nam etiamsi claves horrei vinarii emptori traditæ non sint, perfecta est venditio, & periculum ad emptorem pertinet, si modo vinum sit degustatum, clavium autem traditio pro rei traditione habetur, *l.clavib. D. de contrab. empt.& vendit. l.1. de crim. expilat.hered.* Videlicet si fiat in tempore, ut si vendito vino, quod est in horreo, post degustationem tradantur claves cellæ, vel horrei; sic etiam assignatio habetur pro traditione, ut si quis vino vendito, dolia assignaverit, *l. quod si neque, D. eod.* Sed

A etiam hoc ita si ea assignatio fiat post degustationem, *l.1. §.1. D. eod.* Nam venditio ante degustationem perfecta esse non intelligitur, multo etiam minus intelligetur traditio intervenisse, id est, alienatio: sed postea venditione perfecta, vino degustato, tunc clavium traditio, vel assignatio pro rei traditione, & pro alienatione habebitur. Cum dico periculum esse emptoris, hoc dico, pretium integrum ab eo deberi, seu res sit perempta, seu diminuta. Cum dico periculum esse venditoris, dico ei pretium non deberi. Et quo casu dico periculum esse emptoris, hoc ita procedit, nisi venditor moram tradendæ rei fecerit, *l. 4. & ult. hoc tit.* quia ex mora venditor periculum sustinet, etiam perfecta venditione: ante moram, & perfecta venditione, emptoris est periculum indistincte. Contra, quo casu dico periculum esse venditoris, hoc ita procedit, nisi emptor B moram interposuerit, *l. 2. hoc tit. l. si per emptorem, D. eod.* ut si vino vendito ad mensuram, emptor mensuræ faciendæ, & tollendi vini moram fecerit: ex tempore moræ periculum erit emptoris .i. periculum acoris, mucoris, & fusionis, & fortuitum, aut fatale, ut ostenditur in *d. l.si per emptorem, D. eod.* Rursus quo casu dico periculum esse emptoris, ita procedit, nisi dolo, vel culpa venditoris rei periculum contigerit: venditor ante traditionem alias præstat dolum tantum, ut si emptor moram interposuerit, tum venditor non præstat culpam, sed dolum tantum, *d. l.si per emptorem, & l. illud, D. eod. tit.* Vel si apud emptorem sit possessio rei venditæ precaria, vel condictionis jure non emptionis jure, eo etiam casu venditor præstat dolum tantum, C non culpam, *l.servi emptor, D. eod.* Alias venditor præstat dolum, & culpam, id est, diligentiam boni patrisfamilias, *l.si res, D. eod. tit. l.quod sæpe, §. si res, D. de contr. empt. & vendit.* Culpam enim dicimus, levem dicimus: lata culpa est proxima dolo, levissima est proxima casui, igitur culpa absolute est levis culpa. Alias venditor præstat etiam levissimam culpam, id est, extremam diligentiam, ut si vinum venierit ad mensuram, ante mensuram factam venditor præstat custodiam, *l.1. §. sed & custodiam, D. eod.tit.* Quod recte Græci explicant lib.53. *Basilicon, tit.7. φυλακὴν ἀκριβεστάτην*, id est, *custodiam exactissimam*. Id etiam probatur, *l.2. D. eod. tit.* Itaque ante mensuram venditor præstabit periculum acoris, & mucoris, quod tamen est proximum fatali periculo. Quoniam sunt quædam remedia acescentis, & mucescentis vini: ideoque hoc præ- D stat. Item præstat periculum effusionis, ut si unum sit effusum vasis pertusis, casu quodam: nam debuit vasa lustrare, picare, ut diligentissimus paterfam. Denique omnem culpam præstat ante mensuram, & omne periculum, excepto casu majore, ut chasmate, & latronum impetu. Igitur multum interest, an imperfecta sit venditio, vel quasi imperfecta. Est quasi imperfecta si vinum venierit ad mensuram, & nondum sit admensum: illa venditio est quasi imperfecta, *d. l. 1. §. sed & custodiam.* Priusquam vinum admetiatur, quasi nondum veniit. Si venditio sit penitus imperfecta, & res perierit casu majore, periculum est venditoris, & pretium ei non debetur. Si sit quasi imperfecta, & res casu majore, sive damno fatali perierit, periculum est emptoris, & ab eo pretium peti potest. Rursus multum inte- E rest utrum venditio sit perfecta, an quasi perfecta: quasi perfecta est, quæ & quasi imperfecta est, si venditio sit perfecta, venditor non præstat omnem culpam, si sit quasi perfecta venditor præstat omnem culpam. Ex his intelligitur ratio differentiæ. De dolo venditoris est quædam sententia legis tertiæ, hoc titulo: Dolum venditoris, bonæ fidei emptori non nocere, quæ sententia latius patet, quam ut possit adstringi ad tractatum hunc. Ejus est exemplum in *l. qui à debitore, D. quæ in fraud. creditor.* Species est: Si quis sciens rem emit à fraudatore mala fide tenetur actione Pauliniana. Rursus, qui ab isto malæ fidei emptore emit bona fide, non tenetur Pauliana, quia mala fides, seu dolus venditoris

bonæ

bonæ fidei emptori nocere non debet. Sciendum quoque, post perfectam venditionem, re perempta sine dolo, vel culpa venditoris, periculum esse emptoris, nisi ex præterito vitio, quod fuit ante venditionem, & ignoravit emptor res perierit, *l. ult. hoc tit.* Cui exceptioni locus est, etiamsi res tradita sit emptori, & perierit post traditionem ex præterito vitio, dummodo id ignoravit emptor: Et generaliter ex precedenti causa amissa, vel evicta rei venditæ, vel amissionis, *l. 1. hic*, quæ addit ita demum periculum evictionis præstari ab auctore: si controversia emptori mota de re empta, & tradita emptor auctori, id est, venditori denuntiaverit, ut liti subsisteret, id est, si laudaverit venditorem: illaudatus auctor non sustinet periculum evictionis, *l. 7. & 8. inf. de evict.* Additur etiam in *l. 1. hoc tit.* venditorem, non teneri de evictione, si emptor sit condemnatus *μονομερῶς*, id est, absens, quod explicatur latius *l. si ideo, D. de evict.* Præcipua sententia legis primæ hæc est, post perfectam venditionem ad venditorem non pertinere nisi periculum evictionis, alia pericula respicere emptorem.



AD TITULUM XLIX.

DE ACTIONIBUS EMPTI, ET VENDITI.

EX contractu emptionis, & venditionis, duæ nascuntur actiones directæ: actio empti, & actio venditi: de actione venditi dicamus. Actio venditi datur venditori. In hac actione venit pretium quanti res venit. Hæc actio sola est de pretio. Si id non solvatur, ob cessationem pretii, venditori non datur rei venditæ, & traditæ vindicatio, *l. 1. hoc tit.* quia rei dominium est mutatum, quando scilicet res tradita est transferendi dominii animo, fide habita de pretio. Idem ostendit lex 2. pretium scilicet, vel partem pretii non solutam venire in actionem ex vendito. Et non tantum pretium, quod solutum non est, sed etiam pretium, quod per errorem facti, vel per fraudem emptoris inter contrahentes compensari placuit, quasi in quantitatem debitam à venditore, quæ vere non debebatur: nam compensatio est vice solutionis, & videtur solutum pretium, quod ita placuit compensari, sed error facti debitorem excusabit, ideo de pretio aget actione ex vendito. Idem ostenditur in *l. 11. sup. de rescind. vendit.* Item est actio ex vendito de pretio, si emptor pretium solverit ex pecunia venditoris, ut servo vendito sine peculio si solverit emptor nummos peculiares, nil videtur actum, quia solvit nummos venditoris; & ideo competit actio ex vendito de pretio, *l. 7. hoc tit. l. 1. si servus ext. se emi mand.* Addeodum est ex *l. 2. hoc tit.* in actionem ex vendito venire fructus ante venditionem perceptos, quos emptor occupavit quasi sibi venditos, cum hi venditione non comprehendantur. Ob id veniunt in actionem ex vendito, quia ab emptore sunt occupati quasi venditi, ut scilicet, quod occupavit quasi accesserit venditioni fundi, cum non sit accessio, restituat venditori. Sic servo vendito sine peculio, peculium, quod ad emptorem pervenit, venit in actionem ex vendito, *l. quoties, & l. seq. D. de contr. empt. & vendit.* Competit etiam his casibus venditori vindicatio fructuum, vel peculii. At de pretio agit tantum venditi actione, non rei traditæ vindicatione. Addendum, in actionem ex vendito venire etiam usuras pretii ex mora, vel ex pacto sine mora, *l. initio, inf. de pact. inter emptor. & vendit.* vel ex tempore traditionis rei venditæ sine interpellatione, *l. 5. & 13. hoc tit.* Et diximus in *l. 2. sup. de usur.* reipsa, id est, sine interpellatione mora fit, si pretium non solvatur post diem traditionis rei venditæ. Item re ipsa minori 25. annis rem distrahenti emptor moram facit, etiam non interpellatus, *l. 5. hoc ipso tit.* Cum qua conjunge *leg. 3. sup. in quib. caus.* *in integr. rest. non est necess.* quæ lex generaliter statuit, minoribus re ipsa debitores moram facere sine interpellatione in his casibus, qui moram desiderant, ut in bonæ fidei contractibus, legatis, fideicommissis: addatur & libertatibus, *l. cum vero, §. certe, D. de fideicommiss. libert.* Addendum etiam in actionem ex vendito sumptus venire, quos venditor fecit in rem venditam post perfectam venditionem, *l. penult. hoc tit. l. Julianus, §. præterea, D. eod. tit.* Imo vero & si post venditionem perfectam ante traditionem servus venditus mortem obierit sine dolo, aut culpa venditoris, & aliquid venditor in funus servi impenderit, id consequetur actione ex vendito. Servus emptori periit. Postremo actione ex vendito venditio rescinditur interdum, ut & actione ex empto, ut diximus in *l. 2. & 10. sup. de rescin. vend.* Sed id non fit facile, ut ait *lex 6. hoc tit.* non facile datur ex vendito ad rescindendam venditionem, id est, non nisi ex justissima restitutionis causa. Nunc dicamus de actione empti. Actio empti, sive ex empto datur emptori. In hanc actionem id principaliter venit, ut rei venditæ vacua possessio tradatur emptori omnimodo: nam potest in id agi districte, ut tradat venditor hanc vacuam possessionem rei venditæ, venditor præstare debet omnimodo, *l. 8. hoc tit. l. cum res, sup. de probat. l. 2. D. eod.* Ubi etiam ostenditur quid sit vacua possessio, *l. 2. inf. de acquir. possess. l. 13. de distract. pignor. inf.* Et ita venditor tradita emptori possessione dominium rei venditæ transfert in emptorem si dominus sit, si dominus non sit, possessionem nudam transfert, quam habebat, & sustinet periculum evictionis, & tenetur etiam doli nomine, si sciens vendiderit rem alienam, *l. 1. D. de rer. permut.* Utraque actione empti, & venditi vindicatur dolus malus, quia utraque est bonæ fidei. Traditio dominium transfert, non tantum naturalis, sed etiam ficta, ut clavium traditio, aut instrumenti auctoritatis traditio, *l. 1. inf. de donat.* Item assignatio. Item ususfructus retentio, qua hodie utimur frequenter, *l. quisquis, inf. de donat.* Item venditio facta in rem præsentem, ficta traditio est. Sola autem venditio dominium non mutat, *l. 11. hoc tit. l. 6. de hered. vend.* Sola etiam vectigalis, seu tributi pensitatio non est idoneum argumentum traditæ possessionis: ut si emptor, quod solverit tributum rei venditæ, ex eo velit probare se esse possessorem: hæc probatio non est idonea, *l. 8. hoc tit. l. ult. sup. sine censu, & rel.* Addendum, in actionem ex empto venire etiam id, quod interest ex mora, ob rem non traditam, si emptur malit consequi quod interest, quam directe consequi rem, *l. 4. hoc tit.* Vel si res vendita tradita non sit ad diem præstitutum, *l. 10. hoc tit.* vel etiam si ancilla vendita, nec tradita, à venditore sit manumissa, *l. 11. hoc tit.* Manumissio non revocabitur, sed aget emptor ad id, quod interest ancillam manumissam esse. Ancilla autem manumissione est facta civis Romana, quia ut ait *l. 10.* venditor erat ante traditionem pleno jure dominus. Et ita in *l. generaliter, qui, & à quib. manum. lib. non fiant.* Servus, inquit, pignori datus, est debitoris pleno jure, ideo manumittendo plenam libertatem præstat, id est, civitatem Romanam: Qui non erat pleno jure dominus, manumittendo non præstabat civitatem Romanam, sed Latinam, vel dedititiam ante Justinianum. Item si venditum frumentum non tradatur, idqoe per venditorem fiat ex mora, actione empti amplior frumenti modus exigetur, quasi pro usuris, vel etiam ex pacto. Quam in rem valde notanda est *l. 15. hoc tit.* ut scilicet quis posset dicere, sicut in actionem ex vendito veniunt usuræ ex mora: ita etiam dari posse casum, quo veniant usuræ in actionem ex empto, *l. 15.* Addendum etiam actione ex empto repeti arras, quas dedit emptor, non etiam vindicari, *l. 3. hic.* Ex arrali pacto, inquit, personalis duntaxat actio, id est, actio ex empto (ut sæpe hic accipitur) non vindicatio paciscentibus præparatur, id est, formatur. Et generaliter pactiones ultro citroque formant actinnts ex empto, & vendito,

l. 14.

l. 14. de rescind. vendit. sup. & in tit. de pact. inter empt. & vendit. compos. Addatur etiam actione ex empto interdum agi quanto minoris, quæ dicitur æstimatoria, est actio ex empto, rescissoria, æstimatoria, & redhibitoria, *l. ex empt. §. redhibitionem, D. de act. emp.* Esse actionem ex empto æstimatoriam quanti minoris ostendit *l. 9. hoc tit.* Sic è contrario nonnunquam actio ex vendito est quanto plutis, quæ etiam dicitur æstimatoria, *l. Julianus, §. per contrarium, D. de act. emp.* Species legis 9. hæc est: Venditur in vendendo fundo dixit, minorem esse capitationem fundi, id est censum, seu tributum, Græci vertunt *συντέλειαν* in hac l. 1. quod scilicet præstatur pro colonis, & mancipiis, quæ sunt in fundo, quæ etiam dicitur functio animalis, *l. cum satis, inf. de agric. & censit.* Et ita etiam capitatio accipitur in *l. ult. C. Theod. sine censu, & reliquis, &c.* Et à Sidonio ad Majorianum Imp. *Sic capita ut vivam, tu mihi tolle tua.* Igitur venditor dixit fundi esse minorem capitationem, inventa est esse major, quid fiet: Si emptor sciebat majorem esse capitationem, quam diceretur, eo nomine nulla ei datur actio ex empto, quia scienti fraus non infertur. Si ignoraverit, competit ei actio ex empto æstimatoria quanto minoris emisset, quæ actio dabitur seu id scierit venditor, seu ignoraverit: in venditore non distinguimus, in emptore distinguimus, sciens non agit, ignorans agit, *l. Imperatores, D. de public.* ait, *si emptores ignoraverint censum, actionem ex empto habent.* Vulgo male, *exemplo*: imo videtur etiam distinguendum in venditore, *l. si sterilis, §. 1. D. eod.* Species est: Venditor de tributo, & onere fundi nil dixit, sciens tenetur ex empto, ignorans non tenetur: ut si vendiderit prædium hereditarium, cujus qualitatem ignoravit. Respondendum est, quæ una est ex solutionibus Accurs. in specie *l. 9.* dixit venditor capitationem esse minorem, ideo ex dicto tenetur actione ex empto, quæ plerumque ita appellatur adversus dictum promissumque, in *tit. de ædil. edic.* duobus locis, quorum unus est in *l. 1.* & in *tit. de dolo l. penult. D.* At in specie *l. si sterilis*, venditor nihil dixit, & ideo non tenetur nisi ex scientia. (†) Præterea in actionem ex empto veniunt fructus, fœtus, & partus post perfectam venditionem, *l. 13. & l. pen. hoc tit.* Et generaliter omne commodum, quod rei venditæ accessit post perfectam venditionem, cum etiam emptor omne periculum sustineat, & onus functionum publicarum, & capitationum *d. l. 13.* Sed emptor periculum sustinet etiam ante traditionem, onus autem publicarum functionum nonnisi post traditionem. Fingamus ex *l. 12.* Vinum certæ qualitatis, ut optimum, venit aversione, quo casu degustationem non exigimus, cum de qualitate constet. Hoc vinum est admensum, id est, ex doliis in amphoras est transfusum, nondum tamen sublatum est ab emptore. Quæritur cujus sit periculum, si vinum corrumpatur, & mutetur in vappam? Constat periculum esse emptoris, cum sit perfecta venditio. Contra si augeatur pretium vini post perfectam venditionem, hoc commodum est emptoris. Itaque si auctor, id est, venditor aucto vini pretio jam nolit vinum tradere, quod eo nomine pluris intersit emptoris quod interim pretium vini creverit, actione ex empto crescet æstimatio ejus quod interest, quæ non exigetur ad modum pretii, sed statuetur judicis arbitrio, & plerumque egredietur vini pretium, *l. 1. de action. emp.* Cum crescit pretium rei venditæ, augetur etiam æstimatio ejus quod interest. Addendum etiam, in hoc agi actione ex empto, ut caveatur cautione ædilitia emptori servum venditum sanum esse, noxiis, & furtis esse solutum, non esse erronem, nec fugitivum, animalia vendita sana esse, bibere posse ut oportet, *l. ex empto, §. animalium, de action. emp. & l. 14. hic*, ait agi posse ut repromittat venditor de his omnibus quia in hoc contractu neutra ex parte exigitur satisdatio nisi ita convenerit: repromissio, id est, nuda cautio sufficit.

(†) *Vide Merillum Varian. & Cujac. lib. 1. cap. 26.*

Adjicit *l. 13.* agi etiam ex empto, ut caveatur de tradenda re vendita ad diem. Postremo agitur etiam ex empto re evicta emptori jure judicioque: Quod si emptor dejectus sit de possessione fundi empti per vim à Titio, hoc casu non competit actio ex empto in venditorem, sed emptori competit interdictum unde vi in Titium, *l. ult. hoc tit.* Ex hac causa adversus venditorem non habet regressum, ex causa evictionis habet, quia periculum evictionis venditor sustinet. Et hic locus ut singularis maxime notandus est.



AD TITULUM L.

SI QUIS ALTERI, &c.

AUT emit quis sibi, aut alteri. Si quis emat sibi, nihil interest sua, an aliena pecunia, suo, vel alieno nomine inscripto. Nam etiamsi emat aliena pecunia, ut si mulier rem sibi emat pecunia mariti, non marito, sed mulieri datur actio ex empto, eique dominium ex traditione acquiritur, *l. 1. 6. & pen. hic.* Itaque marito non competit vindicatio rei mulieri venditæ, & traditæ, sed datur tantum ei actio personalis in mulierem pecuniæ suæ nomine, vel certi condictio, vel actio gestorum negotiorum, vel condictio sine causa: datur certi condictio, si eam pecuniam mulieri credidit: actio negotiorum gestorum datur, si negotium mulieris gerens eam pecuniam numeravit venditori: datur marito condictio sine causa si eam pecuniam mulieri donavit, nam ea donatio revocatur, *l. 9. inf. de donat. inter vir. & uxor.* Sic si socius omnium bonorum rem sibi emit ex pecunia communi, ea res non fit communis, sed acquiritur tantum ei, cui tradita est: potest quidem cogi pro socio actione ut communicetur ea res quæsita communi pecunia, at ipso jure non fit communis. Ita recte Accursius ex *l. si quis societatem, D. pro soc.* A superiori definitione excipitur miles, cujus pecunia procurator, vel gestor negotiorum sibi quid emit. Item pupillus, & minor 25. annis, cujus pecunia tutor, vel curator, aliquid sibi emit: Nam his personis datur rei emptæ utilis vindicatio indistincte, sive tutor, curator, & procurator solvendo sit, sive non, *l. si ut proponis, sup. de rei vindic. l. 2. quando ex fact. tut.* aliis vero personis non datur vindicatio utilis, ne marito quidem aut socio, nisi in subsidium, puta emptore non existente solvendo, id est, emptore actioni personali, quæ in eum competit, satisfacere nequeunte, *l. uxor marito, D. de donat. inter vir. & uxor.* Sic concilia *l. res, quæ, D. de jure dot.* cum *l. ex pecunia, inf. eod tit.* Thalelæo auctore, & ex Latinis Cyno, ut scilicet non nisi marito non existente solvendo res empta ex pecunia dotali pro dotali habeatur, & vindicari possit utiliter quasi dotalis. Idem diximus de actione *si certum petatur, de reb. cred. sup. l. 2. si cert. pet.* Rursus, pupillo, vel adolescenti non datur utilis vindicatio indistincte, nisi cum tutor, vel curator emit eorum pecunia: si enim extraneus emit pupilli pecunia, vel adolescentis, eis non dabitur vindicatio, nisi in subsidium, id est, emptore non existente solvendo. Idem est in milite, ut scilicet ei non detur utilis vindicatio rei sua pecunia emptæ, nisi cum procurator, aut gestor negotiorum ejus emit, *arg. actionis si cert. petat. de reb. credit. l. si pecuniam, D. de reb. cred.* Si quis igitur, ut initio proposui, emat sibi fundum aliena pecunia, & traditum accipiat, ei dominium acquiritur, non ei, cujus pecunia fuit, *l. 6. sup. de rei vindic.* Item ei soli ante traditionem competit actio ex empto, non auctori pecuniæ. Quid si emat tibi sub alterius nomine, & rem traditam sibi habeat? Finge: Tu rem tibi emisti, & tabulis emptionis inscriptum est, Titium emisse, non te. Tibi res tradita est, tu rem tenes, & possides. Titio autem traditæ sunt tabulæ emptionis, quibus etiam Titii nomen est inscriptum. Hoc casu potior est rei possessor eo, qui tabulas possidet, id est, tibi, non

Titio

Titio dominium acquiritur, *l. 4. 5. 6. hoc tit. l. si filii, de donat. inter vir. & uxor.* Et re nondum tradita, tibi, non Titio competit actio ex empto. Igitur inscriptio alieni nominis nihil facit, alii nihil juris tribuit: nam plerumque contrahentes nolunt sua nomina inscribi, *l. pupillus, §. ult. de auctor. tutor. l. pen. inf. de contrah. stipul. & edicto 7. Justin. de Argentar. contract.* Item traditio tabularum emptionis dominium non transfert, etiamsi tradantur vero emptori: quamquam aliud sit in traditione tabularum auctoritatis venditoris: nam harum tabularum traditio si fiat vero emptori, dominium transfert, *l. 1. inf. de donat.* Et licet *lex 5. hic* dicat pecunia propria emisse, idem tamen est si aliena pecunia emerit. Sed ut recte Accursius, propria pecunia dictum est, quia ita evenerat, ut Ulpianus interpretatur in *l. item veniunt, §. ait Senatus, de pet. hered.* Denique hac in re potest esse alius emptor, alius inscriptus instrumento emptionis. Item alius emptor, alius pecuniæ auctor, & numerator, & generaliter nihil interest ejus, qui sibi emit rem, suum nomen, an alienum inscribat, suam, an alienam pecuniam numeret, nihil interest numeret ipse, vel alius, nihil interest an per se, an per procuratorem emat, quod attinet ad rationem adquirendi dominii, vel possessionis: Nam traditione rei venditæ facta procuratori, alias per procuratorem adquiritur dominium solum, alias possessio sola, alias possessio, & dominium, ut supra diximus *in tit. per quas personas*. At actionem ex empto per procuratorem non adquirit, *l. 7. hoc tit.* Per se adquirit actionem ex empto, item per nuntium, sicut per epistolam, *l. ult. hoc tit.* Procurator contrahit cum venditore, nuntius non contrahit, sicut epistola non contrahit, nuncius præstat vicem epistolæ, & non contrahit cum venditore, sed nuntiat dominum contrahere: itaque quod per nuntium adquiro, id videor per meipsum adquirere, sicuti quod per epistolam: nuntius est epistola loquens, epistola est nuntius mutus. Si quis igitur alii emerit, ut procurator, aut negotiorum gestor nomine Titii, & venditor rem tradat Titio, vel procuratori, non Titii nomine, & deinde procurator eandem Titio tradat; vel etiam si venditor rem tradat procuratori, vel gestori nomine Titii: quo casu nil interest, suo nomine acceperit procuratot, an nomine Titii, ut diximus *sup. tit. per quas personas*. His omnibus modis Titio dominium adquiritur ex causa emptionis, sive ejus pecunia propria numerata sit venditori, sive aliena, *l. 2. & 3. hoc tit.* Et sive nomen Titii inscriptum sit, sive procuratoris. Itaque inscriptio nominis, vel pretii numeratio, non mutat substantiam emptionis, sive quis sibi emat, sive alii. In actione ex empto differentia est: Nam qui sibi emit, adquirit sibi actionem ex empto: qui alii emit, nec sibi quærit actionem ex empto, quia id non vult; nec alii, quia per liberam personam actio non adquiritur, *l. 6. & 7. in fin. hoc tit.* Verum is, qui alii alieno nomine emit, alii adquirit possessionem solam, vel cum dominio, vel etiam dominium solum, ut in eo tit. exposuimus.



AD TITULUM LI.

DE REBUS ALIENIS NON ALIENANDIS.

HOC ostenditur in hoc titulo, à non domino rem alienam alienari non posse. id est, ejus dominium non transferri. Et ideo si non dominus rem alienam vendiderit, domino competit vindicatio in emptorem, etiam ei pretio non oblato, vel si emptor eam rem usuceperit, cum emisset bona fide, tum in eum non erit vindicatio, sed in venditorem domino dabitur actio negotiorum gestorum, ut reddat pretium, quod accepit ex re sua, quasi reipsa suum negotium gesserit, *l. 5. hic, l. mater, sup. de rei vindicat.* & latius dicemus in *l. 3. seq. tit.* Hoc ita procedit, etiamsi dominus rei per imprudentiam signaverit instrumentum emptionis: hæc subscriptio domino imprudenti non nocet, *l. 2. hic*. Scienti noceret hæc signatio: haberetur enim pro consensu: constat autem consentiente domino rem alienam alienari. Continet etiam superior sententia exceptiones, puta, si quis rem alienam jure pignoris vendiderit, transfert dominium, *l. 4. hic*. Item si ob cessationem tributorum Cæsarianus rem vendiderit, vel quilibet alius officialis, quod etiam fit jure tacitæ hypothecæ, *l. 6. hoc tit.* dominium transfert in emptorem. Item si dominus rei venditori successerit, *l. 3. hoc tit.* Nam etsi dominus rei vindicet ab emptore rem suo nomine, non hereditario, repelletur exceptione doli, quod debeat heres præstare factum defuncti, & rata habere, quæ fecit defunctus: vel re ab eo evicta emptori hujus exceptionis non habita ratione, vel hac exceptione omissa, emptori in eum dabitur actio ex empto evictionis nomine in id, quod interest, *l. Seja, ff. de evict.* quæ res facit, ut omnino rata sit venditio rei alienæ si dominus venditori successerit. Secunda pars est de prohibita rerum alienatione, vel hypotheca, in qua idem prorsus continetur, quod in tit. *Instit. quibus alien. lic. vel non*, non dominum rem alienam alienare posse, puta jure pignoris, dominum interdum rem suam alienare non posse: alienationem domino interdicit alias lex, alias testatoris voluntas, alias pactio contrahentis, quæ alienatio si fiat à domino contra prohibitionem, quæritur an valeat: & id exposuimus in *l. 3. sup. de condict. ob caus. dat.* Prohibitæ à lege alienationis sunt innumera exempla. Pupillus sine tutore non alienat. Marito l. Julia fundi dotalis alienationem interdicit, quamvis sit dominus. Senatusconsulto prohibetur alienatio prædiorum pupilli, etiamsi id fiat tutore, vel curatore auctore: constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum Ecclesiæ. Quid autem alienatione prohibita prohibitum intelligatur, ostendit *lex ult. h. tit.* Alienatio est omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. inf. de fun. dot.* Veluti traditio ex qualibet justa causa, mancipatio, in jure cessio, atque ita alienationem definit Tullius in Topicis. Solent legum auctores augere verborum significationem, ut hic Justinianus auget significationem verbi alienationis, & prohibita alienatione lege, testamento, seu pactione, significat Justinianus non tantum contineri dominii translationem, sed etiam servorum manumissionem, quæ non est translatio dominii, sed peremptio. Item declarat eo verbo significari ususfructus constitutionem, servitutum impositionem, hypothecam, pignus, & emphyteuseos contractum. Et hoc continetur *l. ult. inf. hoc ipsa tit.* At dices, constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum curialium, non tamen prohibetur omnis actus, per quem dominium transfertur: nam non prohibetur donatio, ut constat ex tit. *de prædiis curialium*. Respondendum est, ex hac l. ult. ea omnia, quæ diximus, contineri verbo alienationis, nisi lege, vel pactione, vel testamento strictius accipiantur. Constitutiones id verbum stricte accipiunt in quæstione de *prædiis curialibus non alienandis*, in quæstione etiam *de rebus Ecclesiasticis non alienandis*. Constitutiones non omnino emphyteusim excludunt, quæ tamen prohibita videtur, si late hoc verbum accipiatur. Sed late accipitur hoc verbum, nisi aliud suadeat lex testatoris, aut contrahentium. Interdum etiam hoc verbo alienationis, sola venditio intelligitur, *l. 1. inf. de jure emphy.*



AD TITULUM LII.

DE COMMUNIUM RERUM ALIENATIONE.

DIctum est supra rei alienæ alienationem non esse, id est, in solidum alienæ. Idem dicamus de re communi, id est, de re pro parte aliena, ejus non esse alienatio-

siem, & alienationis verbum hic late accipiamus: nam non potest unus ex sociis prædio communi servitutem imponere, *l. 2. de servit.* Non potest id obligare inconsulto, vel ignorante socio, *l. si fratres, sup. comm. utriusq. judic.* ergo alienationis verbum hic etiam accipiemus latissime. Si socius vendiderit rem communem in solidum, hoc casu alteri socio in emptorem datur ei vindicatio, per quam suam partem emptori evincet, ac deinde parte evicta, emptori dabitur in venditorem actio ex empto in id, quod interest, si ignorans emerit rem communem, etiamsi de evictione nihil convenerit nominatim, vel si sciens emerit rem communem, demum dabitur actio ex empto evictionis nomine, si de evictione inter eos nominatim convenerit, *l. ult. hoc tit. l. vindicabit, de rei vindic. l. si fundum, inf. de evict.* Datur autem alteri socio, qui non vendidit vindicatio tantum partis suæ in emptorem, etiam non oblato pretio emptori, *l. 3. sup. de rei vind.* Partis autem venditoris vindicatio ei non datur: pro ea parte venditio tenet, etiamsi pretium ejus partis offerat, etiamsi miles sit, *l. 4. hoc tit.* Ergo rei communis alienatio non est in solidum. At quid fiet si emptor rei communis totius rei dominium adquisierit usucapione, vel longi temporis præscriptione, usucapione quidem in Italia, præscriptione longi temporis in provinciis? sic enim hoc accipiendum est jure antiquo. Et sic recte Fulgosius. Sic accipe *legem 2. tit. præcedent.* Tunc vero alteri socio in emptorem non competit vindicatio, sed tunc socio in socium, qui vendidit datur actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, *l. inter coheredes, §. si coheredes, D. famil. ercisc.* & in *l. 1. hoc tit.* quæ usucapionem, vel præscriptionem longi temporis vocat jus receptum. Certum autem est socium invito altero posse suam partem vendere, & quidem cuilibet: nam non cogitur socius in venditione aut alienatione suæ partis, quasi quodam jure *προτιμήσεως*, socium præferre extraneo, *l. 3. hoc tit.* Quam conjunge cum *l. 8. sup. de actionib. emp.* Vendere, inquam, potest cuilibet partem suam, antequam acceptum sit judicium communi dividundo, vel familiæ erciscundæ inter socios, *l. 3. hoc tit.* Quia accepto judicio communi dividundo inter socios, rei litigiosæ non valet alienatio facta ab uno ex soc. invito adversario, *l. 1. C. com. divid. l. 1. de jure fisci,* & in *tit. de litigios. D. & C.* non est etiam pignoris alienatio, neque etiam obligatio ulla existit, altero non consentiente socio, *l. 1. §. ult. D. quæ res pign. oblig. poss. vel non.* Id ita servatur in judicio familiæ erciscundæ, ne quis suam partem alienet post acceptum judicium familiæ erciscundæ, *l. alienationes, D. fam. ercisc.* Ubi male Accursius. Nunc excipiendus est fiscus: nam fiscus potest rem communem cum privato alienare socio invito, sed tamen pars pretii rei venditæ servatur socio, quam etiam potest petere actione ex vendito utili, quasi videatur ipse vendidisse, quod fiscus vendidit suo jure, *l. 1. inf. de vend. rerum fiscal. & l. 2. hoc ipso tit.* Hodie etiam ex *l. 2. de quadrien. præscript.* quod notarunt Græci in *l. 2. hujus tit.* Si fiscus rem alienam vendiderit, emptor securus erit, sed in fiscum est actio domino intra quadriennium, in emptorem nulla est actio. Verum si privatus alienam rem, vel communem vendiderit, emptor securus non erit, etiamsi pretium ad fiscum pervenerit, *l. 2. hoc tit.* Nam id privilegium tantum datur fisco vendenti, non si privatus vendiderit: hæc est sententia l. 2.



AD TITULUM LIII.

REM ALIENAM GERENTIBUS NON INTERDICI RERUM SUARUM ALIENATIONE.

In hoc tit. quæritur, an qui rem alienam administrat ut tutor, & curator possit res suas alienare? ratio dubitandi, quia sunt tacite pupillis, vel adolescentibus obligatæ. Lex ait, nihilominus eum res suas posse alienare cum sua causa, puta pignoris, cui nexæ sunt. Ergo, inquit, poterit etiam obligare eas, etiam post condemnationem, cum sua tamen causa, & suo onere: nam quod alienari potest, & obligari potest, *l. 9. §. 1. D. de pign.* Interdum tamen, qui jure prohibetur vendere, vel emere, non prohibetur pignori accipere, *l. in quorum, D. de pignor.* Ad quam non traditur exemplum, quod mihi videtur ponendum in officiali, quod male Accursius negavit. Officialis quo loco officium gerit, nihil potest emere, pecuniam tamen mutuam dare potest. *l. præsides, D. de rebus credit. si cert. pet.* Cur non etiam & ex ea causa pignus accipere potest? Ideo dicit in quorum finibus, id est, in qua regione prohibetur quis emere, velut officialis, potest tamen pignus accipere, quod verum esse confirmat *lex qui officii, de contr. empt.* quæ est ex eodem libro. *Lex qui officii* interdicit emptione. *L. in quorum*, permittit acceptionem pignoris. Adjicitur hic, si tutor, vel curator rem fisco obligaverit, vel privato, eam obligari cum sua causa, id est, cum causa pignoris, tacite cum pupillo contracti. Ex quo apparet, fiscum in hypothecis non præferri antiquioribus creditoribus, etiamsi tantum habeat hypothecam tacitam, non expressam. In personalibus actionibus habet privilegium, id est, præfertur fiscus creditoribus antiquioribus chirographariis.



AD TITULUM LIV.

DE PACTIS INTER EMPTOREM, ET VENDITOREM COMPOSITIS.

Lex 1. 3. & 4. sunt de lege commissoria, de qua diximus in *l. 4. sup. de pignerat. act.* Ea lex commissoria ita fit, si pretium ad diem solutum non erit, fundus inemptus esto. Cujus legis potestate, seu conventione legis commissoriæ, id est, ad diem pretio non soluto, etiamsi sit res tradita, dominium censetur esse venditoris, nec ab eo recessisse videtur, & ideo rei traditæ, & venditæ competit vindicatio, *l. ult. D. de l. commiss. l. 4. hoc tit.* Et ex eo non est colligendum, pacto dominium mutari, & transferri, quod numquam fit: nam non mutatur dominium, quod nec in emptorem translatum intelligitur: nam venditori vindicatio ita demum lege commissa competit, si rem tradiderit emptori precario, non emptionis jure, non voluntate dominii transferendi, *l. 3. hic.* Itaque dominium non videtur ad eum redire, sed ejus semper fuisse. At si venditor emptionis jure rem tradiderit emptori, hoc casu cessabit vindicatio, & competet actio ex vendito, resolvendæ venditionis causa, *l. si fundus, de leg. commiss.* Huic distinctioni est locus, si dixeris venditionem factam lege commissoria esse puram, quæ sententia obtinuit, *l. 1. D. de leg. commiss.* pura est venditio, sed resolvitur sub conditione: At si dixeris esse conditionalem ex *l. 2. §. Sabinus, pro empt.* secundum Sabini sententiam, etiam tradito fundo emptionis jure, & lege commissa, venditori vindicatio dabitur. At cum lex commissa est, & ideo actio ex vendito venditori competit rescindendæ venditionis causa, vel vindicatio, si malit venditor partem pretii petere, vel usuras pretii actione ex vendito, quam agere ad rescissionem, videtur renuntiasse legi commissoriæ, & non fiet resolutio emptionis, *l. de lege, in fi. & l. seq. D. de lege commiss. & l. 3. & 4. hoc tit.* Quod etiam nominatim, & disertis verbis adjiciebatur legi commissoriæ, si venditor fundum inemptum esse vellet. Ideo non utitur hac lege invitus, sive id adjectum sit, sive non, ut solitum esse adjici etiam indicat *lex ult. §. ult. D. de rescind. vendit.* Id etiam adjiciebatur pacto commissorio, ut pretio ad diem non soluto emptor arras perderet. *l. 1. hoc tit. l. de lege, in princip. l. ult. D. de leg. commiss.* Alio etiam modo componitur lex commissoria,

soria, puta, re tradita, & pretio soluto venditori, ut si A venditor pretium emptori restituerit intra certum diem, res inempta fiat: Quo casu pretio oblato, & obsignato intra diem, venditori competit actio ex vendito: sola oblatio non sufficit, debet etiam obsignare, quo jure etiam utimur, cum quid retrahitur vel pactionis hujus jure, vel προτιμήσεως: solam oblationem non sufficere ostendit *lex 7. hoc tit.* Post diem etiam facta oblatio, & obsignatio non sufficit, nec resolvit emptionem, etiamsi rescripto principis impetrarit venditor, ut post diem oblationem facere liceret: nam venditori agenti post diem, obstat exceptio peremptoria, quæ non potest adimi rescripto principis: dilatoria potest quidem, & ita respondendum *leg. 2. sup. de precibus Imperat. offer.* Pertinet etiam ad hoc genus legis commissoriæ *l. 2. hoc tit.* Appello legem commissoriam, seu convenerit, ut res fiat inempta B pretio ad diem non soluto ab emptore, vel pretio ad diem à venditore soluto: Utraque est lex commissoria, nam & à veteribus utraque dicebatur fiducia. Inde filium emancipare contracta fiducia, id est, ea lege, ut remancipetur à patre fiduciario, & patri naturali restituatur. Itaque fiducia, seu (†) lex commissoria dicitur, si res venierit ea lege, ut venditori restituatur, pretio intra certum tempus reddito; ex qua certe est actio ex vendito ad diem pretio oblato, & obsignato, vel soluto emptori ex *l. 2.* quæ ait esse actionem præscriptis verbis, & statim subjicit: *Vel ex vendito:* quibus verbis significat superfluam esse actionem præscriptis verbis, ut in *l. Labeo, de contrah. empt. & vendit.* ex priore etiam genere legis commissoriæ est etiam actio ex vendito, ex rescripto Severi, & Antonini, in *l. si fundus, D. de leg. commiss.* An- C te hæc rescripta tutius erat agere præscriptis verbis, quod videatur novum quoddam negotium geri diversum ab emptione, & venditione, his pactionibus interpositis, & agi videatur finita venditione, vel imperfecta: at rescripto submovetur omnis dubitatio, data actione ex vendito: aliis casibus, quibus nulla sunt rescripta ad venditionem distrahendam ex pactionibus, tutius erit agere præscriptis verbis actione, quia deficiunt rescripta, ut in specie *l. si vir, de præsc. verb. l. si convenit, D. de rescind. vendit.* Duobus superioribus casibus ex rescriptis agetur actione ex vendito: Itaque superflua est actio præscriptis verbis, aliis est necessaria. Nunc videndum, quid fiat de fructibus medio tempore perceptis ab emptore, antequam lex committeretur, & venditio: & quidem in priori specie legis commissoriæ omnes fructus veniunt D in actione ex vendito, *l. 4. & 5. D. de lege commiss.* Quod etiam plerumque nominatim exprimebatur: nam contrahentes in cautionibus solebant sibi omnino prospicere, ideo multa in cautionem deducebant, atque etiam ea, quæ ipso jure ita se habebant, & superflua: id indicat *lex 6. §. si fundus, D. de contrab. empt.* Excipitur unus casus, si emptor partem pretii solverit, & de reliqua parte composita sit pactio commissoria, puta, ut reliqua parte non soluta ad diem, inempta esset res: hoc casu legis commissoriæ, parte ad diem non soluta, fructus pro parte compensabuntur cum parte pretii venditori soluti, quam emptor amittit lege commissoria, *d. l. 4. hoc tit.* Ut & arras amittit emptor, quæ cedunt plerunque loco pretii, si in nummis consistant, *l. ult. de lege commiss.* ergo & si emptor arras dederit lege commissa, E fructus pro rata compensabuntur cum arris, quas emptor amittit: itaque arris datis, vel parte pretii, omnes fructus non veniunt in actionem ex vendito. In posteriori specie legis commissoriæ omnes fructus non veniunt, & emptor non restituit fructus nisi ex mora, *l. 2. hoc tit.* Emptor moram facit post pretii oblationem, nisi rem restituat, & quasi venditori revendat: sola sufficit oblatio hoc casu, & adversarium in mora constituit, *l. interdum, §. ult. D. de verbor. oblig.* Ex oblatione igitur, id est, ex mora, etiamsi pretium non sit depositum, emptor præstabit fructus ven-

Tom. V. Post.

A ditori, medii temporis fructus cum usuris pretii compensabuntur, & non præstabuntur. Notandum etiam ex hac *l. 2.* conditiones harum pactionum ab heredibus impleri posse, idque his pactionibus adjici solitum, quod tamen omissum pro adjecto habebitur: quia conditio est ejus generis ut ad heredes transeat, secundum ea, quæ tractantur in *l. 57. D. de verborum obligat. l. qui Romæ, §. Agerius, eod. tit.* Sicut ea, quæ diximus supra his pactionibus adjici solere de fructibus, & arris, quæ omissa etiam pro adjectis habentur: hæc sunt de pactis commissoriis. Nunc de aliis pactionibus, si res veneat ea lege, ut emptor præstet pretii rei venditæ usuras ex tempore venditionis, quæ non solent præstari, nisi ex mora, vel ex die venditionis, rata est conventio, *l. 5. hoc tit.* Idem est, si conveniat frumento vendito, quod admittit acces- B sionem usurarum, ut tardius traditi frumenti venditor usuras, seu accessionem præstet ex tempore venditionis: hæc etiam conventio rata est: quod indicat *l. 15. sup. de action. empt. & vend.* in illis verbis, *citra pactum:* & hæ usuræ petentur actione ex empto, vel vendito, de quibus ita convenit, quia pactiones formant ipsam actionem, *l. jurisgent. §. quinimo, D. de pact.* ipsam actionem, id est, actionem ex contractu, & ideo pactiones illæ dicuntur formæ, & leges contractuum. Igitur ut fiat quod convenit, agitur ex contractu, cui pactum inest, nisi pactio illa novum quoddam genus negotii statuere videatur, quo casu ex pacto tutius erit agere præscriptis verbis actione, nisi constitutiones dubitantes nos confirmaverint, quæ dederunt actionem ex contractu, ut in specie *leg. 2. hic.* Aliud genus pactionis proponitur in *l. 6.* C *hoc tit.* Vendidi prædium exiguo pretio, sub ea lege, ut me aleret qui emeret, eaque fuit conditio inter nos, ne staret venditio alimentis non præstitis: emptor legi non paret, id est, non præstat alimenta. *L. 6.* ostendit agi posse ex vendito resolvendæ venditionis causa, reddito emptori pretio. Dixi in *l. 1. sup. de condict. ob causam dat. causa non sec.* esse etiam ob rem dati condictionem, quod negavit Accurs. & nihil obstare *l. 14. sup. de rescindenda vendit.* Quoniam ponendum in specie *d. l. 6.* id agi, ut resolvatur venditio lege non impleta. Aliod genus pactionis proponitur in *l. ultim. hoc tit.* qua lege corrigitur *l. pen. D. de pact.* Vendidi locum ea lege, ne emptor in sacrum dedicaret, vel religiosum faceret, vel ne me invito, qui fundum vicinum mihi retinebam, eum alienaret: ex *l. penult. D. de pactis* non valet pactio, etiamsi contractui in- D hæreat, ex *l. ultim. hic*, quæ est ex 50. decisionibus Justin. & ideo correctoria: rata est conventio: & si emptor ei non pareat, id est, si locum dedicet, vel alienet invito vicino, venditori dabitur actio ex vendito in emptorem in id, quod interest. Nam plerunque venditoris interest, vel nullum vicinum habere, aut non probatum, & sibi cognitum: sunt vicinitatis multa commoda, & incommoda, *l. 1. §. alias, D. si quid in fraud. patr.* Ideo venditor ex vendito emptori tenetur, si in vendendo fundo vicinum celaverit, quem si scisset emptor, non emisset, *l. quod sæpe, §. ult. D. de contrab. empt.* Igitur ex omnibus pactionibus, quæ hic proponuntur, datur actio ex empto, vel ex vendito, quia insunt venditioni, & pars venditionis esse censentur, cum interponantur venditioni initio, & tempore venditionis: & generaliter in *l. 8.* E *hic* definitur idem esse in omnibus aliis pactionibus, justis scilicet, & legitimis, quæ inter emptorem, & venditorem componuntur tempore venditionis: ex eis dabitur actio ex vendito, vel in dubio præscriptis verbis; pactiones autem ex intervallo compositæ inter emptorem, & venditorem non formant ipsam actionem, nec pariunt actionem præscriptis verbis.

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 6.*



AD TITULUM LV.

SI SERVUS EXPORTANDUS VENEAT.

TRIBUS seq. titulis agitur de pactionibus, quæ adjiciuntur venditionibur mancipiorum, quæ in Pandectis proponuntur sub uno tit. de servis exportandis. Prima pactio est, si servus venierit ea lege, ut exportaretur, id est, ut ne eo loci moraretur, in quo venditur: quod venditor paciscitur plerunque securitatis suæ causa, vel vindictæ, *l. 1. & l. servus ea lege, D. de ser. export.* Et ob eam causam hac lege venditioni apposita plerunque venditor sibi excipit manus injectionem, id est, jus abducendi servi, nisi exportetur secundum venditionis conventionem: ideo hi tres tituli sunt etiam de manus injectione, περὶ χειρος ἐπιβολῆς. Ex hac lege non datur venditori vindicatio nisi manu injecta: manus injectio restituit dominium, non pactio nuda. Finge in l. 1. hujur tit. servus est ea lege venditus, ut Roma exportetur: secundum legem venditionis, Roma est exportatus, & manumissus ab emptore: manumissio valet, cum sit manumissus extra Romam. Sed si Romæ fuisset manumissus, non valeret manumissio, *l. 3. hoc tit.* sed manumissus est extra Romam. Itaque pervenit ad libertatem. Post manumissionem ipse Romam venit, venditori in emptorem nulla est actio, quia jure servum manumisit, neque etiam habet in liberum manus injectionem, quam sibi servavit. At ex constitutionibus, hic servus, qui non paret pactioni (nam hæ pactiones hærent personis servorum, nec indicuntur solis emptoribus) fiet fisci servus ipso jure l. t. servus inquam fiet sub eadem conditione, ne Romæ moretur, & si, posteaquam factus est fisci servus, Romæ maneat, erit venditori manus injectio in servum, si eam videlicet sibi exceperit, atque ita fiscus eum amittet, *l. pen. D. de serv. export.* Fit ergo fisci sub eadem lege, ne fiat fraus voluntati venditoris. At quid dicemus, si venditor non exceperit sibi manur injectionem, quam non habet, nisi reservavit, sed tantum vendidit servum ea lege, ut exportetur, & adjicit pœnalem stipulationem, si non exportaretur? Hoc casu, si servus non exportetur, datur in emptorem venditori actio ex stipulatu pœnæ nomine, servur autem fisco committetur, *l. 2. & 3. hic.* Vel igitur committitur venditori ex manus injectione ipsi reservata, vel fisco ipso jure, si legi non pareat. Quid si venditor non sit pœnam stipulatus, nec exceperit manus injectionem, & non exportetur, an dabitur actio ex vendito in id, quod interest, nulla distinctione addita? quam in re variavit Papinianus. Servus autem fiet fisci, & venditor aget ex vendito: excipitur hic casur, si non voluntate domini, id est, emptoris servus Romam venerit, quia fuit ei interdictum, *l. 2. hoc tit. l. pen. D. de serv. export.* Hoc casu non est in servum manus injectio, cui assensus non est dominus, & factum servi non tollit emptori dominium servi, non est actio ex stipulatu, nec ex vendito: fisco etiam locus non est. In l. pen. hæc species proponitur: Servi dominum vendiderunt facta conjuratione ea lege, ut exportaretur: post exportationem manumissus est ab emptore: itaque jure est manumissus, & accusat servos, vel furti facti, vel conjurationis in dominum. Lex ait, eos capite puniri, pendente autem accusatione habebitur pro liberto accusator, non pro ingenuo.

B

C

D

E

Ad L. ult. *Qui exportandur à domino de civitate sua venit, nec in urbe Roma morari debet: qui autem de provincia certa, nec in Italia. Si itaque contra legem constitutam factum probare potes: utere jure, quod propterea tibi competit.*

LEX ultima ait, servum, qui lege venditionis exportandus est aliqua civitate, nec in ea civitate morari posse, nec Romæ, etiamsi de Roma nihil dictum sit, cum sit civitas communis. Cui civitate mea interdico, & communi etiam civitate interdico, nec quærenda alia ratio, quam hæc, quia est civitas communis ex constitutione Antonini Imperatoris. Sic Callistratur in *l. 19. de interd. & releg.* quæ deest in Pandectis, & supplenda est ex lib. Basilic. relegatus, seu patria sua interdictur, Romæ etiam morari non debet, etiamsi id nominatim non sit adjectum, cum Roma sit communis patria, quod confirmat, *l. 7. §. si constitutum, eod. l. si cum dotem, §. si patri, sol. matrim.* Adjicit Callistratus eum, qui interdictum est patria, abstinere ea civitate debere, in qua princeps agit, vel per quam transit, quod ei soli liceat intueri Imperatorem, qui pater patriæ est, qui & Romam accedere potest. Atque etiam ita de iis, qui ignominiose mittuntur proditum est, nec Romæ, nec in sacro comitatu eos agere posse, *l. milites, §. missionum, de re milit.* Ergo, cui sua patria interdicitur, ei etiam Roma, & sacro comitatu interdicitur, & servus exportandur civitate domini, nec Romæ, nec in sacro comitatu versari potest. Ostenditur etiam in hac *l. ult. servum exportandum provincia aliqua*, nec Romæ, nec in Italia morari posse, vel si moretur, emptorem in legem venditionis incidere: sic etiam in pœnis, ut Suetonius scribit in Claudio, Claudius sanxit, ut quibus provinciæ interdicerentur à magistratibus, urbe quoque, & Italia submoverentur. At si servus sit exportandus Italia, lege venditionir, constat eum posse in provincia morari, nec cogi ire in hosticum, aut Barbaricum, *l. 2. de servir export.* Cujus argumento idem dicemus in relegato, & interdicto, ut cui interdictum est Italia, versari possit in provincia.



AD TITULUM LVI.

SI MANCIPIUM ITA VENIERIT, NE PROSTITUATUR.

ALTERA pactio est, ne ancilla prostituatur, quæ pactio venditionibus mancipiorum addi solet, eaque committitur, non tantum, si in taberna meritoria prostituatur ex professo, sed etiam, si in caupona specie ministerii, *l. ult. hoc tit.* Fraus fieri non potest huic pactioni, *l. palam, de ritu nupt. l. Athletæ, §. ait prætor, de his, qui notant. inf.* Prostituta ancilla contra legem venditionis, venditor habet manus injectionem, si eam sibi exceperit: ut servi est manumissio, ita & manus injectio: ut justa manumissio fit jussu magistratus, ita & manus injectio fit in urbe, auctoritate prætoris, & præfecti urbis, *l. 1. hoc tit.* Et in provinciis fiet auctoritate præsidis, qui semper exemplum urbis sequitur, & urbanorum magistratuum vicem sustinet. Igitur non omnis manus injectio fit auctoritate judicis: nam est sæpe lis de manus injectione, an fit manus injectio, nec ne, ut in superiore pactione tituli superioris, manus injectio venditori non est, etiamsi eam sibi exceperit, si legem, quam dixit, remiserit, & patiatur servum venditum loco prohibito morari, nec potest variare, *l. 1. D. de serv. export.* Et in eo genere pactionis, de quo hic est titulus, venditori etiam non est manus injectio ex constitutione Divi Adriani, *si legem quam dixit, remiserit*, id est, si patiatur ancillam prostitui, & cum potest eam abducere, manu injecta, non abduxerit, & productori non eripuerit: præcedentis tituli legem remittere licet, sicut & in contrarium pacisci, ne servus exportetur: hujus tituli legem non licet remittere, nec etiam in contrarium pacisci, ut prostituatur, quia pactio, & remissio turpis est, & venditor, qui legem remiserit, id est, passus sit ancillam prostitui, amittit manus injectionem, sicut etiam pater privatur patria potestate, creditor jure pignoris, dominus dominio. Igitur, si passus sit prostitui ancillam, amittit & ancillam, & partum ejus, si prægnans fuerit, & pepererit. Quid igitur fiet de ancilla? An retinebit eam productor? Minime. Sed fit libera ex constitutionibus Imperatorum Divi Severi, & Anto-

Antonini: Itemque Divi Adriani, *l. 1. hoc tit. l. 7. D. qui sine manumiss. ad lib.* qui sine manus injectione eam ancillam, etiam ejus partum retinere potest. Igitur, hac lege dicta, ne ancilla prostituatur, si secus fiat, vel venditori competit manus injectio, vel ancillæ libertas, non solum si emptor primus, cui lex primum dicta est, contra legem faciat, sed & si sequentes emptores, licet eis non sit repetita eadem lex. Hæret namque personæ servi, etiamsi currat per plures emptores, *l. 1. hoc tit. l. si quis sub hoc, D. de contrah. empt. & vendit.* Quod etiam servatur in l. superioris tituli, ut scilicet, eadem lex maneat, si servus cucurrerit per plures emptores. Interdum venditor non excipit sibi manus injectionem, igitur eam non habet, sed eadem lege dicta ne prostituatur ancilla, adjicit, ut si prostituatur, libera existat: Quo casu conditione impleta, id est, ancilla prostituta, statim fit libera ipso jure, *αὐτομάτως*, sive ipsa pactio tabulis emptionis sit inserta, seu non, *l. 2. hoc tit.* Id est, si per nuntium, vel epistolam, ita sunt pacti emptor, & venditor, nec pactum sit insertum instrumento emptionis: puto etiam pactionem factam ex intervallo proficere ad libertatem. Est ea lex 2. scripta ad præfectum urbi, non ad præfectum prætorio, ut in vulgaribus: & lex significat, emptorem, qui ea lege ancillam emit, cogendum esse manu militari, id est, per urbanitianos, sic appellantur apparitores præfecti urbi, ut ancillam, quam prostituit, exhibeat apud tribunal præfecti urbi, ad cujus officium pertinet ex constitutione Severi, nec non ex rescripto Antonini, & Divi Adriani, ut mancipia tueatur, ne prostituantur contra leges venditionis, *l. 1. §. hoc quoque, D. de offic. præf. urb.* Exhibita ancilla præfecto urbi si dubitatur de lege venditionis, & libertate ex ea competente, præfectus urbi causam remittet ad prætorem, qui solet de liberali causa cognoscere, nec ipse cognoscet, *l. 1. hoc tit.* ut contra prætor quandoque remittit puniendos ad præfectum urbi: quia non habet merum imperium, *l. 1. §. ult. D. de suspect. tutorib.* Igitur hoc interest inter speciem legis 1. & 2. quod dicta lege ne prostituatur in l. 1. venditor sibi excepit manus injectionem, quam si remittat, ancilla fit libera ex constitutione Divi Adriani. In specie *leg. 2.* eandem legem dixit, & adjecit ut prostituta ancilla libera fieret, nec sibi excepit manus injectionem, ut in specie *leg. 1.* Adrianus est auctor libertatis, est etiam verisimile in specie *leg. 2.* auctorem eundem fuisse ejusdem libertatis. Laudatur tamen Vespasianus in *l. Divus, D. de jure patron.* Videndum est an sit error in nomine, ut in *l. 2. de ædificiis privatis*, ostendimus pro Adriano, laudari Vespasianum. Male enim accipiunt Accursius, & alii eam *legem Divus*. Nam ea ita accipitur, ut si ancilla venierit ea lege ne prostituatur, & ut, si prostituatur, fiat libera, ut competat ei libertas, si vel emptor alii eam vendiderit, sine hac conditione, etiamsi secundus emptor eam non prostituerit, quod est iniquum. Rectius Græci 49. Basilicon *tit. 1.* adjiciunt, *καὶ πορνευθῇ*, id est, & prostituatur à secundo emptore, hoc necessarium, ut fiat libera, & ex hac quidem causa facta libera venditorem patronum habet. Ex ea causa *leg. 1.* si fiat libera, est sine patrono, *l. sed si hac lege, §. 1. D. de in jus vocando.*



AD TITULUM LVII.

SI MANCIPIUM FUERIT ALIENATUM UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

HOC titulo est alia pactio, quæ addi solet mancipiorum venditioni, puta ut manumittantur, vel simpliciter, vel intra diem certum: cui legi si emptor non pareat, id est, si non manumittat, ipso jure servus liber fit ex constitutione Divi Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, qui fuit urbi præfectus, ut docet Capitol. & bis consul. Indicat quoque lex 3. eam constitutionem fuisse scriptam in Semestribus. Sunt etiam multæ in libris nostris constitutiones, quæ dicuntur scriptæ in Semestribus, & omnes sunt Divi Marci: Semestria igitur appellati sunt libri constitutionum Marci. Ea constitutio representat factum emptoris manumissoris, id est, quod facere debet emptor, & conditionis potestatem: & ideo pœnalis stipulatio non committitur, si qua legi sit subdita, *l. ult. hic:* ut si venierit ea lege, ut manumittatur, & si non manumitteretur, venditor pactus sit sibi pœnæ nomine centum dari: superflua est stipulatio pœnalis, quandoquidem factum emptoris representat constitutio, *l. ult. hic:* quæ constitutio proprie pertinet ad servos venditos ea lege, ut manumittantur, non ad donatos, *l. qui Romæ, §. Flavius, D. de verb. obligat.* Non pertinebat etiam ea constitutio ad negotium do ut facias, id est, do rem, vel pecuniam, ut servum tuum manumittas. Diximus in fine *tit. de condictione ob causam dati*, porrectam esse etiam eam constitutionem ad servos donatos, *l. 1. hoc tit. l. pen. qui sine manumiss. ad libert. perven.* Igitur constitutioni locus est in venditore, & donatore: non tamen in donatore marito, quia hæc donatio dominium non mutat cum sit contra jus civile: & ideo maritus, qui servum uxori dat ea lege, ut manumittat, sibi legem dicit, non uxori. Ideo cessat constitutio, cui tantum locus est, cum lex alteri dicitur, & ab eo, cui lex dicta est, negligitur, nec impletur, *l. quod autem, §. uxori, de donat. inter virum, & uxor.* Porrecta est etiam ea constitutio ad negotium datæ pecuniæ, quasi pro pretio, ut servus manumittatur, *l. 4. hoc tit. l. Paul. respondit, §. 1. de liber. caus.* Non tamen est porrecta ad servum legatum ea lege, ut manumittatur, *l. si fundum sub conditione, §. Stichum, de legat. 1.* Rursus huic constitutioni locus est, seu venditor ita dixerit in personam, ut ab emptore manumittatur, seu in rem, ut libera fiat cum erit annorum viginti, *l. 3. hoc tit.* seu contulerit libertatem in tempus mortis emptoris, *l. ult. de serv. export.* Huic constitutioni locus non est, si ante diem libertati præscriptum venditor mutaverit voluntatem, post pœnitentiam cessat constitutio: qui auctor est libertatis, ea locum nondum habente voluntatem mutare potest, & tum deficit constitutio *l. 1. & ult. hoc tit.* si venditor, vel donator mutarit voluntatem, *l. 3. D. de serv. export.* Non obstat *lex quæsitum, D. eod.* Breviter sic responden: Post pœnitentiam venditoris non competit libertas ex constitutione ipso jure, competit tamen ex facto emptoris si forte velit manumittere; pœnitentia obstat libertati, quæ fit ipso jore, id est, ex constitutionibus supradictis, non liberalitati emptoris. Non obstat *lex 1. qui sine manumiss.* quæ lex ait in fine, competere libertatem, etiamsi venditor mutaverit voluntatem. Sed id est intelligendum secundum legis initium, post pœnitentiam competere libertatem, si deinde emptor, & venditor decesserint sine herede: competit libertas ipso jure, quia nullius interest. Proponitur etiam in *l. pen. hoc tit.* contraria pactio ne manumittatur, quæ pactio efficit, ne servo manumisso ab emptore libertas competat, quia omnes pactiones, quæ his titulis proponuntur hærent servi personæ. Ideo non exstinguuntur etiamsi servus currat per plures emptores. Ita in primo genere pactionis, quod supra exposuimus, servus manumissus post exportationem, si in locum prohibitum venerit, fit servus fiscalis: quia hæ omnes pactiones hærent servi personæ. Igitur si conveniat, ut servus non perducatur ad libertatem, & subjiciatur pœnalis stipulatio, & deinde manumittatur ab emptore servus, an dicemus committi pœnam? Minime, ut declarat *l. ult.* quia ad libertatem non pervenit, cum obstet pactio, & maxime si emptor non dixerit in personam, ut ne manumittatur ab emptore, sed in rem, ut ne ad libertatem perducatur, quod *lex ult.* ait, quoniam ita evenerat. Sed idem erit si id dictum sit in personam, ut ne ab emptore manumittatur, & emptor manumiserit, quia non committetur pœna, & manumissio effectum non habet. In *l. ult.* repre-

hen-

henditur venditor duplici de causa, primum, quod agebat de pœna, quæ non intelligitur cummissa, deinde quod apud procuratorem Cæsaris agebat, qui non habet jurisdictionem inter privatos, qui non potest se privatorum contractibus immiscere: procurator Cæsaris jurisdictionem habet inter fiscum, & privatos, *l. ex consensu, ff. de appellat. l.1. sup. de jurif. omn. judic. l. 5. sup. ubi causæ fiscal. & tit. si advers. fisc.* nisi scilicet procurator Cæsaris vicem præsidis sustineat: tunc enim inter privatos cognoscit, *d. l. ex consensu, l.3. sup. ubi causæ fiscal. l.2. inf. de pœn. l. non valet, sup. ad leg. Fal. l. 1. de pedan. jud.* igitur errabat venditor, qui agebat de pœna, & procuratorem Cæsaris Judicem eligebat.



AD TITULUM LVIII.

DE ÆDILITIIS ACTIONIBUS.

ÆDILITIÆ actiones dantur emptori: & sunt duæ, redhibitoria, & æstimatoria. Redhibitoria rescindit venditionem in totum, æstimaturia in partem. In actione redhibitoria quæritur an sit redhibitionis causa: redhibitio fit officio judicis, omnia utraque ex parte restituuntur in integrum: nam res redditur, & restituitur pretium, *l.43. §. penul. l. 60. D. de Ædil. edict.* In actione æstimaturia quæritur quanto minoris res valeat, & ex ea fit pretii restitutio in partem: utraque autem actio competit duplici ex causa, ex reticentia venditoris, & ex dicto vel promisso: ex reticentia, ut si venditor morbum, aut vitium rei venditæ, quod latebat quodque emptor nesciebat, reticuerit: Ex dicto, vel promisso illæ actiones competunt, ut si venditor dixit illum servum furem non esse, vel non fore, & fur sit, aut fiat: vel si dixerit literatum, vel artificem, & nec literatus, nec artifex sit: quæ actio dicitur in libris nostris adversus dictum promissumve, sive contra dictum promissumve, *l. quod venditor, ff. de dolo, l. 17. in fin. l.38. §. non tantum, l. 47. & l. pen. ff. de ædil. edict.* Est autem electio emptoris utra experiatur, redhibitoria, an æstimatoria, *l.18. & 31. §. si plures, eod. tit.* Et redhibitoria quidem est agendum intra sex menses utiles, æstimatoria intra annum utilem, exceptis duobus casibus, *l.2. hoc tit.* Et si emptor tempore sit exclusus actione redhibitoria, superest ei æstimatoria, *l. si tamen, §. non nocebit, eod. tit.* At si alia ratione emptor exclusus sit actione redhibitoria, vel si egerit ea, & non obtinuerit, postea non aget æstimatoria: sic accipe *l. si his, qui heres, §.1. de except. rei judic.* Datur etiam actio redhibitoria nonnunquam ex conventione, ut si fundus veneat eo pacto, ut si displicuerit, inemptus fiat, si displicuerit, agetur redhibitoria ex hoc edicto, *l. 4. hoc tit.* Quæ cum hanc venditionem dicit esse sub conditione, recte addit Accursius resolutivs, nam venditio est pura, sed sub conditione resolvitur, *l. 3. ff. de contrab. empt. & vendit.* Adiicit lex 4. eadem actione agi ex reticentia ob vitium fundi, ut si fundus fuerit pestilens, id est, pestibulas, vel herbam lætiferam habens, sic habent constanter omnes libri scripti. Pestibulas videtur vocare serpentes pestiferos, vel herbas: nam serpentes, vel herbæ fundum pestiferum reddunt, *l. etiam, D. de ædilit. edict.* Notandum est, quibus ex causis agi potest redhibitoria, ex empto etiam agi posse. Id ostendit *lex ex empto, §. redhibitionem, de act. empt.* veluti ob morbum, aut vitium agetur ex empto: & ideo non tantum competit redhibitoria ex edicto Ædilium, sed etiam redhibitoria ex jure civili, id est, ex empto ob morbum, & vitium latens, aut dictum. Item ob conventionem, *l. si convenit, ff. de rescind. vendit.* Potest etiam actio ex empto esse æstimatoria, *l. Julianus, D. de act. empti.* Et generaliter, qui potest conveniri redhibitoria, vel æstimatoria ex edicto Ædilium curulium, ex eadem causa potest conveniri ex empto, *l. sciendum, §.1. D. de ædil. edict.* Ex eo quæ-

A ritur, quorsum sint introductæ ædilitiæ actiones, cum sufficiat actio ex empto: male ab interpretibus hoc explicatur: qui habet civilem actionem, frustra desiderat honorariam, *l. 1. de Publicana in rem act.* melior est civilis, quam honoraria *l.1. D. de Pub. in rem act. l. creditori, ff. de legat. 1.* Actio ex empto est civilis, *l.33. D. de ædil. edict.* Ædilitiæ actiones sunt honorariæ, & hæ quidem ædilitiæ actiones dicuntur esse ex contractu, *l.23. §. si servus, de ædil. edict.* Sicut actio ex empto est ex contractu; nusquam tamen ædilitiæ actiones appellantur ex empto, sed in factum, ut quæ dicitur actio redhibitoria in *l. 4. hoc tit.* In eadem specie dicitur actio in factum, *l.31. §. si quid ita, de ædil. edict.* Et actio ædilitia, quæ competit emptori ex edicto ædilium ad pretium repetendum post redhibitionem rei factam agno-

B scenti, & volenti venditori sine judice, ea actio, quæ est redhibitoria, in factum appellatur, *d. l. 31. §. in factum, hoc tit.* Datur etiam venditori hæc actio ad recipiendum quod venditioni rei accessit, ut si res sit redhibita, non accessio rei, *d. l. 31. §. non restitui, d. l. 23. §.1.* qua ex causa, constat, venditori etiam dari actionem ex vendito, *d. l. 23. in princ.* Ergo emptori etiam ex eadem causa non tantum dabitur actio in factum, sed etiam actio ex empto. Similiter, si venditor non præstet cautionem ædilitiam, ex hoc edicto est actio redhibitoria, vel quanti interest, *l.28. eod.* est etiam eo nomine actio ex empto, *l.14. sup. de act. emp.* Quid igitur opus fuit ædilitiis actionibus, aut quid distent ab actionibus empti? nam aut superflue sunt, aut distent necesse est. Præcipua differentia inter eas actio-

C nes est, quod ædilitiæ videntur esse pœnales, *d. l. 23. §. si servus, hoc tit.* Quia nisi pareatur arbitrio judicis (sunt enim arbitrariæ) crescunt in duplum, *l. 45. eodem tit.* & ita pœnam continent, & ob id sunt temporales actiones: empti vero actiones sunt perpetuæ, id est, 30. annor. *l. empti, inf. de evict.* Non est probanda differentia Accursii inter actionem æstimatoriam civilem, id est, ex empto, & æstimatoriam ædilitiam, quasi scilicet civilis sit quanto minoris emisset, ædilitia quanto minoris valuisset. Nam seu dixeris *emisset*, seu *valuisset*, idem dixeris, ut nostri auctores loquuntur promiscue, ut indicat *l. Julianus, §. si ven. & §. seq. de act. emp.* Nunc illud notandum est, his omnib. actionib. locum esse ob vitia, quæ præcesserunt emptionem, non ob sequentia: ut si servus venditus ab emptore fugerit apud venditorem ex

D vetere vitio: nam ex recenti vitio venditor non tenetur, nisi nominatim promiserit servum fugitivum non fore, *l.3. hic, l. actioni, D. eod.* Igitur si servus emptus redierit ad venditorem, videndum est utrum veteri fugæ vitio, an recenti redierit: nam si veteri vitio, competit actio æstimatoria, vel redhibitoria: si recenti, nulla competit, actio, nisi adversus dictum promissumve: emptori autem, qui agit ædilitiis actionibus, de fuga, sanitate, furto, incumbit probatio prioris vitii, *l. 4. D. de probat.* Sic vulgo accipitur *l. ult. hic*, ut exhibere in ea te significet probare, & docere. Quod approbarem si in alio loco verbum id ita sumi mihi constaret: malo exhibere accipere proprie pro præstare, & restituere, ut & Græci accipiunt: nam certum est, emptorem, qui agit redhibitoria ad pretium recipiendum, servum reddere debere,

E & exhibere, vel cavere de eo exhibendo, *§. ult. l. 21. de ædil. edict.* ut omnia in integrum restituantur si id agat, non æstimatoria: male etiam in *d. l. ult.* Accursius, dum lex ait, agentem de fuga, exhibere servum debere, & hoc jure esse cautum tam in provincialibus, quam in Barbaris servis, qui venditi sunt cælato vitio fugæ. Barbaros dicit (barbari sunt barbaræ gentis homines à nobis empti, non Romani) servos nostros ab hostibus captos, *l. 2. sup. de Eunuchis, & l. ult. de excusat. tut. Cod. Theo.* Postremo illud sciendum est, multum interesse utrum sciens venditor, aut scire debens, an ignorans vendiderit fugitivum: nam si sciens vendiderit, non tantum reddit pretium, sed & omne damnum præstat, ut si quid servus emptori per fugam abstulit,

ftulit, vel alios fervos emptoris corrupit, *l. quaero, in princ. de ædil. edict. Paulus 2. Sententiarum, tit.* 17. Si ignorans fugitivum vendiderit, vel fi fimpliciter, id eft, bona fide, non ideo quidem non tenetur redhibitoria ob ignorantiam, *l.* 1. *§. caufa, D. eod.* Sed non præftabit omne damnum, & pretium reddet tantum. Argumentum eft optimum, ab actionibus empti ad ædilitias actiones, id eft, à civili jure ad edictum, *l.* 33. *de ædil. edict.* in actionibus empti illa diftinctio adhibetur, *l. Julianus de act. emp.* Ergo etiam adhibenda in ædilitiis actionibus. Male Accurfius *legem* 1. *hoc tit.* accipit de civilibus actionibus, cum ædilitiæ actiones patiantur eandem diftinctionem, & titulus id arguit, qui non eft de actionibus empti. Ait lex, iifque fugitivus abeft, id eft, fi fervus fugit emptori: nam ut agat de fuga neceffe eft ut fugerit. Verum emptor eum reddere debet, & cavere de eo perfequendo.



AD TITULUM LIX.

DE MONOPOLIIS, ET CONVENTU, &c.

Senatufconfultis jam pridem interdicta Monopolia fuere. Plinius *lib.* 8. *cap.* 37. Suet. in Vitellio *cap.* 30. Utimur voce Græca, quia deeft Latina, ut idem Suetonius in Tiberio *cap.* 71. fcribit. Tiberium monopolium nominaturum poftulaffe veniam, quod fibi verbo peregrino utendum effet. Monopolium autem eft, fi quis undique collecto & coempto frumento in patria id folus vendat, ut de quodam Joanne Zibo refert Procopius *lib.* 2. *de bello Perfic.* Item fi quis quamlibet fpeciem aliam, aut materiam collegerit omnem, eamque vendat folus, vel fi à principe obtinuit, ut fibi foli liceret certæ cujufdam rei negotiationem exercere: utile quidem videtur effe civitatibus, ut liceat eis monopolium exercere, ne pecunia egeant. *Arift.* 1. *Polit. cap.* 7. At privatis hoc interdicitur hac conftitutione: & nominatim exprimitur, ne exerceant monopolium veftis cujufquam, vel pifcia, vel pectinum. Græci interpretantur hoc loco *κτενὸς ἢ ἐχῖνος*. Echini funt herinacei, quorum cute expoliuntur veftes. Plinius fupra dicto loco, qui valde ad hanc legem pertinet, *at*, inquit, *fraus ibi lucrum monopolio invenit magnum*. Additur etiam in hac quæftione, ne negotiatores inter fe conjurent, & pacifcantur, ne minoris merces, quam inter fe ftatuerint diftrahant, propofitis fummis pœnis. Adjicit etiam de artificibus, & ergolabis, id eft, operum redemptoribus, & de balneatoribus, ne etiam inter fe conjurent, & pacifcantur, ut quod opus unus incipit, alius non abfolvat. Improbantur etiam hæ pactiones utpote omnibus incommodæ, quod etiam Zeno repetit in conftitutione Græca *de ædificiis privatis*.



AD TITULUM LX.

DE NUNDINIS, ET MERCATIBUS.

De Nundinis hoc tantum notandum, nundinas Græcos vocare *ἀγορὰς*, id eft, vocationes, fiue nos galliferias. Et fane antiquitus nundinarum dies, erant dies feriati, ut ruftici poffent convenire vendendi, & mercandi caufa; erant dies nefafti, ut fcribit Feftus, quibus non licebat agere apud prætorem, ne perturbarentur nundinatores. Id fublatum eft poftea lege Hortenfia, ut fcribit Macrobius, *lib.* 1. *Saturnalium, cap.* 16. Conftitutione hujus tituli reftituitur jus antiquum, ut fcilicet non agatur cum eis, qui veniunt nundinandi caufa, item ut ne quid ab eis exigatur pro locis, in quibus difponunt merces ob venditionem proponendam: quam ob rem olim exigebantur malo more filiquæ quædam, Caffiodorus 4. *variarum*, fed tolluntur hac conftitut. Igitur, quod lex 1. *inf. de veter. lib.* 12. dat veteranis ne quid in nundinis præftent, hoc omnibus dat hæc conftitutio. Et generaliter Imp. hic ait ne quid ex mercibus, aut venalitiis nundinatorum decerpatur, vel eorum quæftu. Habent *venalibus* omnes manufcripti, non venalitiis: quanquam utrumque idem eft. Separat merces à venalibus, quia venales funt fervi, fervi autem non funt in merce: & venalitii etiam dicuntur mangones proprie, non mercatores, *l. mercis, ff. de verb. fignific. l.* 1. *§.* 1. *ff. de tribut. act.* & ideo recte feparat merces à venalibus: non eft omittendum venalitios interdum dici mangones ipfos, *l. ult. de ædil. edic.* ex venalitio, inquit, Græci recte *παρὰ σωματεμπόρου*. Marcus Tullius pro Cornelio: multi venalitii mercatorefque fuperarunt. Sic Suetonius de claris Rhetoribus: *venalitii, quum Brundufii gregem venalium è navi educerent*.



AD TITULUM LXI.

DE VECTIGALIB. ET COMMISS.

In hoc titulo vectigalia accipiuntur proprie ea, quæ mercatores, & venalitii, feu mangones fifco, aut Reipublicæ præftant pro fubvectione mercium, aut venalium, *l.* 6. *&* 7. *hoc tit. l.* 23. *C. Theod. de navicul.* veluti portoria, & quæ à Juftiniano appellantur *ἐξαγωγικά*, in edicto de alexandrinis. Unde Strabo lib. 17. duo facit genera vectigalium, *εἰσαγωγικὰ* mercium, quæ importantur, & *ἐξαγωγικὰ* mercium, quæ exportantur: fifcus tamen immunis eft ab his vectigalibus, etiamfi merces vehat, & generaliter omnes res, quæ ad fifcum deferuntur non penfitant in itinere vectigal, *l.* 5. *hoc tit. l. locatio, §. pen. D. de public.* Pro rebus etiam non promercalibus, quas quis dicit ufus fui caufa, vectigalia non præftantur. Hoc onus eft mercatorum, & negotiatorum, *l.* 5. *hoc tit.* & in veteri infcriptione urbis Romæ ita legitur. *Quidquid ufuarium invehitur, anfarium non debet*: anfarium, & fovencularium funt appellationes vectigalium urbis Romæ, ut in alia infcriptione urbis Romæ antiqua, *fovencularii, & anfarii promercalium*. Ac huic fententiæ obftat *l. ult. §. quotiens, & §. divus, de public.* Quæ lex oftendit vectigal etiam præftari pro fervis ufus fui caufa ductis. Nam ait eum incidere in pœnam commiffi, qui invecta mancipia profeffus non fuerit apud publicanum, five fuit promercalia, feu ufuaria, fi tamen novitia fint, non veterana: nam pro veteranis ufus fui caufa ductis, vectigal non præftari lex fignificat: ut novitiorum vectigal præftari fignificat. Obftat ea lex fuperioribus, nifi dicamus pro novitiis fervis, qui ufus caufa ducuntur, vectigal præftari, non pro veteranis, aut pro cæteris rebus. Addendum etiam fuperioribus, navicularios, qui fibi negotiantur, id eft, qui non vehunt alienas merces, fed fuas, vectigalia non præftare. Quod privilegium eorum corpori tuendo eft datum, *l.* 6. *in fine, hoc tit.* quæ l. fumpta eft ex duobus locis. Cujus duo poftremi verfus funt ex *l.* 24. *C. Theod. de navic.* Reliqua verba funt ex *l.* 3. *de immu. conceff. Cod. Theod.* Cæteri omnes promercalium rerum, five venalium vectigal præftant, & non valent refcripta immunitatem certis perfonis concedentia. Dico, cæteri omnes, feu fint, milites, feu pagani, qui fibi negotiantur, *l.* 7. *hoc tit.* Quæ lex etiam hoc oftendit fimul, & *l.* 8. vectigal promercalium fuiffe octavam partem invectorum: quod diximus in *l.* 2. *fup. de eunuchis*. Legati etiam exterarum gentium miffi ad Imperatorem Romanum vectigal præftant rerum, quas important, non etiam rerum, quas exportant ex conftitutione Juftiniani, *l.* 8. *hoc tit.* Vectigalia autem hæc plerunque fifco inferuntur, *l.* 6. *hoc tit.* feu quod idem eft, largitionalibus titulis, *l. pen. hoc ipfo tit.* id eft, thefauris facris, feu ærario facro, qui fifcus proprie dicitur. Ideo autem multæ hic funt fcriptæ conftitutiones ad Comitem facrarum largitionum, quia fifco

fisco hæc vectigalia deferebantur, quædam tamen vectigalia pertinebant ad rem privatam Principis, *l. ult. hoc tit.* Quædam vectigalia quibusdam civitatibus, & earum curiis ad onera sustinenda, & munera obeunda erant concessa, *l. 3. de compens. l. 10. hoc tit.* Quin etiam ex *l. ult. hic*, omnia vectigalia, exceptis illis, quæ ad rem propriam, privatamque principis pertinent, communicantur inter fiscum, & civitates, municipia, & curias, ita scilicet ut fiscus habeat duas partes, civitates tertiam partem. Itaque in locationibus vectigalium, fiscus locabit publicanis pro duabus partibus, civitas pro tertia parte separatim locationem faciet, ut etiam cavetur in ea l. ult. ejusmodi locationes fiebant olim à Censoribus: Inde lex Censoria, id est, lex locationis, quam Censor dixit locando publica, *l. in lege, D. de verb. significat.* Marcus Tullius de Provinciis consularibus, *an qui publico fungi non potuit?* & cæt. Sic Plinius *lib. 33. cap. 4.* Et ex *d. l. in lege*, puto in *leg. Cæsar, D. de public.* quæ est ejusdem auctoris Alpheni pro Cæsar fuisse scriptum Censor. Hodie hujusmodi locationes fiunt à procuratoribus fisci, vel ex *l. 10.* ab administratoribus rerum ad civitatem pertinentium, pro portionibus cuilibet competentibus, & sub hasta, & addicuntur ei, qui plus obtulerit, *l. 4. hoc ipso tit. l. locatio, in princ. D. de public.* Olim fiebant in quinquennium: nam & censura erat quinquennalis: quod ostendit *Varro 4. de lingua latina, l. 3. §. cum quinquennium, D. de jure fisci.* Hodie hæ locationes fiunt in triennium ex *d. l. 4.* post triennium revocentur, & rursus fit licitatio, & mutantur publicani. Conductores vectigalium appellantur publicani, & telonæ, à publico, *l. fideicommiss. §. interdum, de legat. 3. l. 1. §. 1. l. 12. in fine, de publican.* Nam vectigalia sæpissime simpliciter dicuntur publica, & τέλη, quod sint perfectiones Imperiorum, & rerum publicarum, Zonaras in Can. 20. Clement. Τελῶναι sunt, inquit, qui publicorum vectigalium exactiones redimunt. Nam (ut & hoc tractemus) dicuntur illi publicani etiam redemptores, seu emptores, ut ait lex *veteres, D. de action. emp.* (quæ l. pertinet ad *titulum de publicanis*, ut inscriptio indicat) Veteres usi sunt promiscue appellationibus emptionis, & venditionis, non quod acciperent venditionem pro emptione, vel contra, vel venditorem pro emptore, sed quod his appellationibus uterentur in locatione, & conductione. Igitur utebantur promiscue, & in contractu emptionis, & in contractu locationis. Et hoc est quod dicit lex sequens *l. veteres*, quæ etiam pertinet ad *titulum de publican.* ut ostendit *l. 2. de publican.* in qua est eadem inscriptio, idem est, inquit lex, in locatione & conductione, quæ l. est interpretatio legis præcedentis. Id omnino confirmat Festus Pompejus; *venditiones*, inquit, *olim dicebantur Censorum locationes, quod veluti fructus public. locorum venibant:* idem etiam explicat in verbo redemptores Hyginus 2. *de limit. constit. Mancipibus ementibus, id est, conducentibus in annos centenos:* nam publicani dicuntur etiam mancipes, ut *l. 11. hoc tit.* Quod, ut Festus ait, manu sublata liciteotur, & demonstrent se esse auctores redemptionis. In *l. 5. hoc tit.* Stationarios Græci enim interpretantur Τελώνας, Eandem interpretationem adhibeot in *l. 6. inf. de dignit.* Verius tamen est, stationarios non esse publicanos, sed apparitores seu milites dispositos certis portis; quorum interventu à mercatoribus exiguntur vectigalia; nam habebant publicani ejusmodi homines, quorum manu exigebant vectigalia. Illud sciendum est, mercatores debere profiteri merces apud publicanos, id est, explicare mercium qualitatem, & edicere palam quales merces invehant, & pro eis vectigal solvere, id est, octavam mercium partem. Quod si professionem prætermiserint, & prætervecti fuerint omissa professione, vectigalia non solverint, non sunt conquirendi, sed ipsi se debent offerre mancipibus, & profiteri merces, & patietur eos manceps impune prætervehi. Igitur si professionem omiserint, merces fisco committuntur vel mancipibus, vel reipublicæ; necessaria est mercium professio, nec sufficit præstatio vectigalium; quia pleræque merces sunt illicitæ, ut satis diximus *sup. tit. quæ res venire possunt:* ut sales: nam salium monopolium fiscus exercet, *l. 11. hoc tit.* Quia igitur multæ sunt merces illicitæ, eas oportet profiteri, & publicanus eas scrutari potest an sint licitæ necne: merces illicitæ fisco committuntur, merces licitæ improfessæ etiam fisco committuntur. Varro 2. *de re rustica, cap. 1. ad publicanum profitentur, &c.* Significat etiam pecora inscripta fisco committi .i. quæ immittuntur in pascua publica, non scripta, nec professa; merces autem licitæ professæ fisco non committuntur, etiamsi vectigal earum nondum sit solutum, sed vectigal exigitur, *l. ult. §. si quis profess. D. de public.* Ob vectigal non solutum commissum non fit, sive κλεπτοτελωνηθέν, quod scilicet commissum fiat sæpe ob suppressas merces evitandi vectigalis causa, vel quod subripiatur publicanis, ut *l. 8. §. ult. de publican.* A pœna commissi milites excipiuntur: nam ii ob professionem omissam non incidunt in commissum, si modo postea vectigal solvant, *l. 3. hoc ipso tit.* Idem datur pupillis, si modo vectigal solvant intra diem tricesimum, & errorem agnoscant, *l. Imperatores, §. ult. de public.* Subvenitur etiam ex causa minoribus, *l. si ex causa, §. pen. D. de minor.* Interdum etiam majores commisso liberantur, ob errorem justissimum, *l. ult. §. cum quidam, D. de public.* Notandum etiam hoc est, hanc quæstionem commissi finiri quinquennio, *l. 2. hoc tit.* Commissas merces ob omissam professionem fiscus post quinquennium non recte vindicat, interdum etiam ante quinquennium fiscus utiliter de commissio non agit, si res commissa non extat, nec dolo malo supprimatur, *d. l. 2.* ut si servus commissus fisco bona fide sit manumissus ante litem commissi motam, *l. 1. hoc tit.* non revocabitur libertas, nec quæretur causa commissi re extincta: manumissio morti comparatur; ita est conjungenda l. 1. cum l. 2. Non est omittenda lex 9. in qua multa sunt corrupta: ea lex loquitur de vectigali Arabarchiæ, per Ægyptum, atque Augustaneam, lege *Augustanicam*, seu *Augustam vicum*. In eo nomine est etiam error in inscriptione *legis 34. Codic. Theodos. de decurionibus*, ubi est legendum, *ad præsidem Augustanicæ*. Diœcesis Ægypti habet sex provincias, ut docet Marianus in notitia: prima est Lybia superior, secunda inferior Lybia, tertia Thebais, quarta Arcadia, & duæ aliæ, quæ ponuntur in hac l. 9. Ægyptus, & Augustanica. Legendum etiam in l. 9. Alabarchiæ, non Arabarchiæ, Idem error est in 2. ad Atticum. Et in Satyra 1. Juvenalis, legendum Alabarches ut in Justiniani edicto 11. προεστῶτες ἀλαβαρχίων. Sic etiam Josephus *lib. 18.* meminit Alexandri cujusdam Alabarchæ, & libro 20. Hic igitur legendum, *Alabarchiæ*. Legendum etiam in l. 9. quo loco est *prohibitio nec sine præbitione*. Lex ait, ne animalia transducantur sine præbitione solita, id est, sine vectigalis soliti solutione, id est, sine vectigali Alabarchiæ, ne quid ex eo vectigali usurpetur. Ex quo apparet vectigal Alabarchiæ esse id, quod præstatur pro transductione pecorum, vel cæterarum rerum. Alaba est scriptura, seu atramentum, quo scribimus, ut ait Favorinus. Sic latine dicitur vectigalium scriptura, Græce ἀλάβα, & qui præest vectigali, magister scripturæ, seu Alabarches. Qua ratione Marcus Tullius, Antonium Alabarchem vocat in loco supradicto; quod multa vectigalia in Ægypto exegisset, essetque quasi præpositus vectigalium, non quod Arabiæ partem obtinuisset, ut vulgo existimatur.



AD TITULUM LXII.

VESTIGALIA NOVA INSTITUI NON POSSE.

LEGE Julia de ambitu tenentur qui nova vectigalia instituunt, *l. uni. D. ad leg. Jul. de amb.* lege Julia de vi publica tenentur qui nova vectigalia exigunt, *l. ult. D. ad leg. Jul.*

de vi

de vi publ. Nova vectigalia decreto Decurionum exigi non possunt, *l. 2. hoc tit.* nec præsidis auctoritate, vel procuratoris Cæsaris potestate, *l. vectigalia, D. de publican.* Solus princeps nova vectigalia imponere potest, *l. 1. & 3. hoc tit.* Quod exactum est illicite nomine vectigalis, id restituitur in duplum ex edicto de publicanis, cum qua actione concurrit actio furti, vel vi bonorum raptorum si per vim id fecerit publicanus, vel Aquiliæ, quæ actiones sunt strictæ, actio in factum ex edicto de calumniatoribus est arbitraria, quia non crescit in duplum, nisi cum non paretur arbitrio judicis, exacta restitui jubentis, quæ actio hoc etiam habet proprium, ut ob factum servorum in dominos detur, detracta noxæ deditione, si servi non exhibeantur, *l. 1. §. ult. D. de public.* Quod in aliis actionibus locum non habet: nam aliæ actiones sunt noxales in dominos, factum servorum in dominos. Amplius etiam publicani, qui novum vectigal exegerunt, aut quid superexegerunt, in perpetuum damnantur exilium, *l. ult. hoc tit.* Et ut ait, alii in eorum locum substituuntur, facta licitatione sub conspectu præfecti prætorio, & addictione facta vectigalium, quæ *lex ultima* scripta est ad præfectum prætorio, nisi inscriptio mendosa est, in quo subsillo, cum lex dicat gravitati tuæ, quo modo loqui solent Imp. præsidibus, vel procuratoribus suis, non præfectis prætorio. Et sufficere videtur præsidia præsentia in hac licitatione. Et sic Græci hanc l. accipiont de præside, non de præfecto prætorio, *ἐπὶ ὄψεσι τῶ ἄρχοντος*, non *τῶ ἐπάρχου ἄρχοντας* semper vocant præsides. Ad hanc legem addenda est *lex 8. D. de public.* Lex ait, commissi persecutionem in heredem mercatoris transire, & transmitti, ut si vivo mercatori merces sint commissæ, eo defuncto fiscus ab ejus herede merces commissas repetet, & eas persequetur rei vindicatione, quasi jam commissas, quod ostendit *lex 14. eod.* Subjicit postea *l. 8.* si unus ex pluribus heredibus mercatoris rem communem causa vectigalis surripuerit, cæteros non teneri, cæteris portionem non auferri: & eum solum, qui subripuerit fisco teneri: quærunt quid sit causa vectigalis subripere. Male: nam illa verba causa vectigalis aptanda sunt verbo præcedenti, non sequenti: præcedens verbum corruptum est: nam pro *rem communem*, legendum, *rem munem*, ut Floren. Pand. recte habent, ut rem immunem dicimus, ita & munem .i. vectigalibus obnoxiam, fisco commissam. Festus Pompejus: munis, id est, officiosus, unde è contrario immunis, id est, inofficiosus. Itaque sententia legis est: si rem munem, & fisco jam commissam causa vectigalis, unus ex heredibus subripuerit, cum illo solo fiscus ager, cæteri exonerabuntur. Græci corrupte etiam illo loco legunt, rem communem *τὸ κοινὸν κλεπτοτελωνηθὲν πρᾶγμα*: nam res non dicitur subripi, dum vectigal subripitur, sed vectigal ipsum, *κλεπτοτελώνημα*.



AD TITULUM LXIII.

DE COMMERCIIS, ET MERCATORIBUS.

LEX prima hujus tituli est accipienda de lustralis auri collatione, ut indicat *l. 5. Cod. Theod. de lustralis auri collatione*, quæ collatio 4. quoque anno præstatur, id est, singulo lustro, & est onus negotiatorum, & mercatorum, & ob id dicitur aurum negotiat. & mercatorum, & à Lampridio in Alex. dicitur etiam *χρυσάργυρον aurum argenteum*. Ita appellatur ab Evagrio, & Zonara in Anastasio, qui etiam narrat Anastasium sustulisse *χρυσάργυρον*: Anastasii duæ leges desiderantur lib. 11. Cod. tit. 1. qui est *de lustralis auri collatione*. Secundus titulus est *de navicul.* constituitur etiam in hac l. 1. ut negotiatores, qui pertinent ad domum principis, veluti conductores divinarum ædium, & hominum potentiorum, ut etiam hanc functionem aurariam agnoscant. Pertinebat etiam ad hanc collationem *l. 1. sup. de Episcop. audient.* Sed ea lex à Triboniano ita est composita, & concinnata, ut non possit nunc referri ad aurariam negotiatorum functionem, & hoc tantum dicat simpliciter, Christianos, scilicet, Episcopos, curare debere, & cavere, ne negotiatores in mercando modum excedant, etiamsi illi negotiatores pertineant ad domum principis, veluti si sint conductores ædium divinarum, & sacrarum. Quidam male accipit hanc legem de certis quibusdam negotiatoribus præpositis à principe, veluti sali vendendo, cum ea lex generaliter loquatur de quibusdam. Et quod ait, *si ad domum principis pertineat*, auget, id est, etsi, ut hac *l. 1.* ostenditur. Si rebus quibusdam principis præsit, ad eum hoc casu id pertinet.

Ad L. II. Non solum Barbaris *aurum minime præbeatur, sed (etiam) si apud eos inventum fuerit, subtili auferatur ingenio. Sed si ulterius aurum pro mancipiis, vel quibuscunque speciebus ad Barbaricum fuerit translatum à mercatoribus, non jam damnis, sed suppliciis subjugentur. Et si judex repertum non vindicat: tegere ut conscius criminosa festinat.*

LEX secunda constituit, ne à negotiatoribus, qui à barbaris, id est, hostibus, & exteris, veluti Persis emunt mancipia, vel alias species, aurum Barbaris præbeatur: ut pretia rerum solvant in argento, vel in ære, non in auro, ne transferatur aurum ad solum Barbaricum, ne etiam equi militares, de equis est *l. officium, §. 1. inf. de re militari.*

Ad L. III. Nobiliores natalibus, *& honorum luce conspicuos, & patrimonio ditiores, perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebejos, & negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.*

HÆC lex tertia constituit, nobiliores natalibus, & honoratos, & ditiores patrimonio, id est, possessionibus, & prædiis non posse negotiationem exercere, non quod omnino mercatura res omnino vilis sit, maxime si copiosa, sed quod plebi non tam facile sit cum ditioribus commercium, quam cum tenuioribus, & solitis negotiatoribus. Id igitur constituitur in plebis gratiam, ut sint faciliora commercia. Itaque distinguendi sunt negotiatores ab his, qui patrimonio ditiores, vel honoribus clariores sunt: itemque à militibus: nam negotiatores dignitatem, vel militiam consequi non possunt, exceptis argentariis, *l. 1. inf. negotiat. ne milit.* Sidonius Apollin. epistol. 1. dum ostendit rerum omnium vices perturbari, inquit, *negotiatores militant, milites negotiantur*. Eadem lex 1. adjicit ut milites, qui negotiantur, militia priventur. Ex constitutione Francisci primi regis milites negotiantes, militiæ privilegium amittunt: beneficio tamen principis militare licet, & negotiari, *l. 1. sup. in quib. caus. milites fori præscript. uti non poss.* si modo in ea legatur, *mercandi, & militandi.*

Ad L. IV. Mercatores tam imperio nostro, *quam Persarum regi subjectos, ultra ea loca, in quibus fœderis tempore cum memorata natione nobis convenit, nundinas exercere minime oportet, ne alieni regni (quod non convenit) scrutentur arcana. Nullus igitur post hac imperio nostro subjectus, ultra Nisibin, Callinicum, & Artaxatan emendi, seu vendendi species causa proficisci audeat. Nec præter memoratas civitates cum Persa merces existimet commutandas, &c.*

LEX quarta præscribit Romanis, & Barbaris .i. Persis, cum quibus eo tempore res erat Romanis, certos fines, & certas civitates, ultra quas eis non liceat invicem emere quid, aut vendere, alioqui merces, & earum pretium fisco committuntur: ut de sale constitutum est in *l. 11. sup. de vectig.* Et Romani negotiatores, qui hos fines sunt transgressi in perpetuum exilium damnantur,

l. 4. *boc tit.* & *l. ult. bis*. In qua l. quod additur de comite commerciorum expoſuimus *ſup. in tit. quæ res venire non poſſunt*. Excipiuntur autem l. 4. legati Perſarum, & eorum comites, quibus licet negotiari ultra hos fines, ita tamen ut pro rebus, quas comparant, vectigal præſtetur, *l. 4 legatis, ſup. de vectigalib.* nominat lex 4. tres urbes, Niſibin, quam conſtat Jovianum teddidiſſe Perſis, Callinicum, de qua Procopius in ſecunda parte de ædificiis Juſtiniani, & Artaxatam civitatem Armeniæ, ut Stephanus dicit, & narrat in illis civitatibus, à Theodoſio Imp. ictum fuiſſe fœdus cum Perſis. Scripta eſt conſtitutio ad Anthemium præfectum prætorio, qui etiam eo tempore cunctam rempubl. adminiſtrabat, ut ſcribit *Socrat. lib. 7. in principio*.

Ad L. pen. Ceſſante omni ambitione, *omni licentia 563. collegiatorum numerus mancat, nullique hic addendi, mutandive, vel in defuncti locum ſubſtituendi pateat copia, ita ut judicio tuæ ſedis, ſub ipſorum præſentia corporatorum, in eorum locum, quos humani ſubtraxerint caſus, ex eodem, quo illi fuerant, corpore ſubrogentur, nulli alii corporatorum præter dictum numerum per patrocinia immunitate conceſſa.*

Conjunge legem penultimam cum *l. 4. ſup. de ſacroſanct. Eccleſ.* cujus inſcriptio ex hac l. reſtituenda eſt: l. illa 4. definit numerum decanorum in urbe Conſtantinopolitana, ut ſint 950. Decani deputati Eccleſiæ majori Conſtantinopoleos, qui dicuntur etiam lecticarii, & copiatæ, & veſpillones, *Novella 43. & 59. l. ſi qua, ſup. de Epiſc. & cleric. l. 15. Cod. Theodoſ. eod. tit. l. 1. C. Theod. de luſtralis auri colla*. Ita definiuntur ab Epiphanio in fine libri tertii adverſus hæreſes, αἱ τὰ σώματα στελλοντων τῶν κοιμωμένων: id eſt, *qui dormientium corpora humant*. Humabant enim ex conſtitutione Conſtantini, ex qua hi veſpillones ſumebantur ex diverſis negotiatorum corporibus. Eis etiam deputatæ erant certæ officinæ, & Eccleſiæ, cui erant deputati: & illæ officinæ erant immunes ab omnibus aliis oneribus, itemque ipſi decani officinatores. Poſtea earum tabernarum numerum auxit Anaſtaſius, ut eſſent 1100. numero, quarum vectigal tantum ad Eccleſiam veniret, & impenderetur exequiis defunctorum, *ex Nov. 43. & ex Novella Leonis 12.* Id etiam hodie manet Conſtantinopoli. Hæc autem lex penultima præſcribit numerum collegiatorum, qui etiam dicuntur ἐνεργματικοί. Collegiati ſunt hoc loco, ut eſt ſcriptum in antiqua deſcriptione Conſtantinopoleos, qui ex diverſis corporibus conſtituti ſolerent incendiorum caſibus ſubvenire. Ideo in epiſtola Symmachi ad Valentinianum hos puto ſignificari, dum per illos fortuita arcentur incendia. Hi ſumebantur, ut diximus, ex diverſis corporibus, id eſt, ex diverſis partibus provinciarum, ut indicat lex pen. quæ præſcribit, ut ſint quingenti ſexaginta ſex. Et ut in defunctorum locum alii ſubſtituantur, qui ſint ex eodem corpore, quo defuncti fuerunt: id etiam ſignificat *lex 1. inf. de colleg.* dum ait, eos eligi debere privatim judicio cujuſque corporis: nam hi etiam erant immunes ob operam, quam Reipublicæ præſtabant ad arcenda incendia, & erant ex negotiatorum corporibus, ut lex pen. indicat, immunes tamen intra eum numerum, ut indicat græca interpretatio. Aliaa etiam operas præſtabant reipublicæ pro ratione imminentis neceſſitatis, ut Novella Majoriani *de curialibus*, oſtendit collegiatos aliarum civitatum pro curialium diſpoſitione alternis vicibus operas præſtare, & ſibi invicem ſuccedere mutuis operis.



AD TITULUM LXIV.

DE RERUM PERMUTATIONE, ET PRÆSCRIPTIS VERBIS ACTIONE.

POST tractatum *de empt. & vendit.* datur hic titulus *de rerum permutatione*, quæ vicina eſt emptioni, & venditioni, *l. 2. hoc tit.* Deinde datur titulus *de locato, & conducto*, qui

A etiam affinis emptioni venditioni, *l. 2. D. de loc.* Ad extremum datur titulus *de emphyteuſi*, quæ eſt etiam proxima locationi conductioni, vel emptioni venditioni, *§. adeo, Inſtitut. loc.* Hic titulus eſt etiam de actione præſcriptis verbis, non tamen de omni actione præſcriptis verbis, ſed de ea tantum, quæ ex permutatione competit, non de æſtimatoria, vel actione præſcriptis verbis, quæ datur ex negotio do ut facias, vel facio ut facias, de quibus tractatur *D. tit. de præſcript. verb.* Hic igitur titulus eſt tantum de actione præſcriptis verbis, quæ datur ex permutatione. Differentia autem inter permutationem, & emptionem hæc eſt, quod emptio ſit pretio, permutatio rebus, *l. pen. hoc tit.* quæ ait emptionem rebus non fieri pridem placuit. Nam olim hac de re fuit inter Proculianos, & Sabinia-
B nos diſputatio. Sed obtinuit ſententia Proculianorum ſeparantium permutationem ab emptione, *l. 1. D. de contrah. empt. & vend.* Item emptio ex nudo conſenſu initium obligationi præbet, quia hic contractus ſuo proprio, & legitimo ſignatus eſt nomine, & ideo ex nudo conſenſu parit actionem ex empto, & vendito. Permutatio autem non ex nudo conſenſu, ſed ex re tradita initium obligationi præbet, quia hujus contractus nomen legitimum non eſt, *l. 1. §. item empt. D. de rer. permut. l. 3. hoc tit.* Permutatio igitur eſt contractus innominatus, & idem prorſus quod ſpecies, quæ dicitur do ut des, quod confirmat aperte *l. naturalis, §. 1. D. de præſc. verb.* Nam tractans Juriſconſultus de articulo do ut des, & dicens emptionem non eſſe, ait, quia non placet rerum permutationem eſſe emptionem. Ita-
C que male Accurſ. putat, eo differre permutationem à do ut des, quo ſpeciem à genere: & articulum do ut des, multo plura continere: hoc eſt falſum, quia omnes ſpecies hujus tituli ſunt permutationum ſpecies, ut titulus indicio eſt. Hoc ſi verum eſt, falſa eſt Accurſii traditio: nam variæ ſpecies dantur, ut frumenti cum oleo permutatio, vel fundi cum fundo, vel fundi cum præſtatione annua, vel menſtrua, quam poſtremam ſpeciem negat Accurſ. eſſe permutationem: titulus arguit eſſe permutationem: igitur cum utrioque intervenit datio, permutatio eſt. Igitur ſi convenerit inter nos nudo pacto, ut veſtes invicem permutemus, nuda pactio eſt, ex qua obligatio non naſcitur, vel actio. Si pacto ſubdatur ſtipulatio, tunc naſcitur actio ex ſtipulatu: ſi ſequatur traditio, ut ſi ve-
D ſtem meam tradidero, etiamſi nondum tuam, tradideris, tunc eſt contractus permutationis, quia res non conſtitit ſine pacti nudi, ſed ego jam cœpi dare, ex co contractu eſt actio præſcriptis verbis, ſive in factum. Competit etiam condictio ob rem dati. Præſcriptis verbis actio datur in id, quod intereſt viciſſim mihi dari, quod convenit ab eo, qui jam à me accepit rem meam, *l. 4. 6. & ult. hoc tit.* Condictio autem ob rem dati mihi datur ſi maluero rem, quam dedi, repetere, nec velim repoſcere quod viciſſim mihi debetur, *l. 5. & pen. h. t.* In lege quinta eſt legendum, ut Haloander, *conditionis ratione*: non *conditionis ratione*: nam & condictio à Græcis dicitur λόγος κονδικτικίου, ſic dicimus exceptionis ratione, id eſt, jure, in *l. hereditas, D. de pet. hered.* ut ſcriptum eſt in Pandect. Florent. hoc modo, *ratione doli exceptione*, legendum, *doli ex-*
E *ceptionis ratione*, ut in *l. unum ex familia, §. ſed ſi uno, & l. peto, §. ult. D. de l. 2.* Ergo duplex eſt actio: ego, qui cœpi dare, eligam qua uti malim, nimirum condictione ob rem dati re non ſecuta, vel præſcriptis verbis actione, ut ſi ego dedi, tu non dederis, idem eſt ſi ex utraque parte impleta ſit permutatio, ut ſi ego tibi rem meam dedi, tu mihi tuam, & mihi evincatur res, quam dediſti, hoc caſu agam de evictione actione præſcriptis verbis, vel condicam rem, quam dedi, prout elegero, *l. 1. & 1. l. 1. §. unde videtur, D. eod. l. ſi permutationis, inf. de evict.* Interdum competit tantum actio præſcriptis verbis ex permutatione, non condictio ob rem dati, re non ſecuta, ut in hac ſpecie propoſita in *l. 1. hoc tit.* Si cum venalem

nalem fundum haberem, de certo pretio inter nos non sit constitutum, sed tu pretii nomine, licet incerti, alium fundum mihi dederis, non est emptio, quia non est certum pretium, nec intervenerunt nummi, aut conventio de certo pretio, sed est permutatio, ex qua competit actio præscriptis verbis, vel ut ait lex 1. actio ad exemplum & instar actionis ex empto, id est, actio in factum præscriptis verbis: Nam omnes actiones præscriptis verbis sunt ad exemplum civilium actionum vel ex empto, vel locato, vel mandato, vel ex alus hujusmodi. Igitur ex ea est actio præscriptis verbis in id, quod interest, si fundus mihi datus evincatur. Condictio ob rem dati re non secuta in hac specie non competit, quia hoc negotium est similius emptioni, quam ullum aliud genus permutationis, quia rem venalem habui, & aliam rem pretii licet incerti nomine accepi. Ideo id videtur actum, ut non repetatur res, ut non resolvatur quasi venditio hæc ob evictionem, ut non condicatur datum, quia hoc non solet fieri in emptione & venditione, sed id agi videtur, ut agatur tantum de evictione. Itaque evicto mihi fundo dato, est de evictione actio præscriptis verbis, non condictio ob rem dati re non secuta. Interdum etiam est condictio tantum ob rem dati, non præscriptis verbis, quoties scilicet imperfecta est permutatio, ut si cum convenisset inter nos, ut res nostras invicem permutaremus, ego rem dedi alienam, quæ videbatur mea, tu nil dum tradidisti: imperfecta est permutatio, perinde, ac si nihil dedissem, quia rem alienam dedi. Et hoc est, quod Pedius dicebat, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem: si nulla est permutatio re aliena data, nulla etiam erit actio præscriptis verbis ex permutatione, sed tantum erit condictio ob rem dati .i. datæ possessionis rei alienæ, atque ita proponitur in *l. 1. §. ult. ff. de rer. permut.* Negat esse præscriptis verbis actionem. Et Accursius male accipit non, pro non tantum, quia cum dixerit nullam esse permutationem re aliena data, consequens est etiam nullam esse actionem præscriptis verbis, sed est condictio dati, quia hæc condictio non est ex contractu, sed ex bono & æquo, *l. in summa, D. de condict. indeb.* Est autem æquum & bonum, ut rei alienæ possessionem, quam tibi dedi, mihi reddas re non secuta. Sic in specie *l.ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sec.* est tantum condictio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, cujus hæc est species: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: non emptio, quia in emptione res debet tradi, non dari, *l.ex empto, D. de act. empt. l. 1. D. de rer. permut.* Non est etiam permutatio, quia permutatio fit sine pretio. Igitur si Stichum non das, & dederim pecuniam, nec mihi competit actio ex empto, nec præscriptis verbis. Sed quia æquum est, ut pecunia mea, quæ ad te sine causa pervenit, mihi reddatur, condictio datæ pecuniæ ob rem, re noo secuta, competit. Et hæc quidem sola ex æquo & bono, & nulla alia, ut ait *l.ult.* oblig. constituitur, quam hæc ex bono & æquo. In aliis omnibus permutatio est similis emptioni, utraque est bonæ fidei, *l.2. hoc tit.* In utraque locus est ædilitiis actionibus, de sanitate, de fuga, de furtis, *l. 2. D. de rer. permut. l. sciendum, §. pen. D. de ædilit. edict.* In utraque præstatur evictio, diversis tamen actionibus: & ut veteres promiscue utebantur emptionis, & venditionis verbo, etiam in locatione, & conductione: nam conductorem vocabant emptorem, locatorem venditorem, mancipem emptorem: ita in permutationem utebantur verbis emendi, & vendendi, *l.1. D. de rer. permut.* ut Homerus *ὠν᾽ατο*, id est, *emebat*. Plinius *lib.33. cap.1. Alios*, inquit, *coriis bovum, alios ferro, captivisque rebus emptitasse*. Veteres libri habent *mutasse*: veteres capiebant emere pro accipere, & sumere, ut Festus ait.

AD TITULUM LXV.

DE LOCATO, ET CONDUCTO.

QUOD primum hoc tit. proponitur est de locatione horreorum. Locator horreorum custodiam omnimodo præstat, rerum scilicet in horreis depositarum: Nam rebus furto ablatis, locator conductori, sive horreario tenetur: levissimam enim culpam præstat, *l.qui mercedem, D. eod. tit.* Horreis autem effractis, & expilatis, locator custodiam non præstat, neque tenetur horreario, id est, conductori horreorum, nisi specialiter custodiam repromiserit, ac receperit. De servis tamen custodiæ horreorum præpositis quæstio haberi potest propter notitiam ædificiorum: Itaque dominus eos debet exhibere torquendos, sive puniendos, *l.dominus, D. eod. l.4. hoc tit.* Nam effractis ædibus, vel horreis interdum custodes puniuntur. Effractores quidem puniuntur in urbe à præfecto vigilum, *l.3. §.effracturæ, de offic.præf. vigil.* Verum cum res exigit majorem animadversionem, à præfecto vigilum veniunt ad præfectum urbi, & ita in eo §. scribitur Antoninum rescripsisse Erutio Claro, qui fuit præfectus urbi. Gellius *lib.13. c.16.* Nam præfectus vigilum merum imperium non habuit, *d.l.3. §. 1. & l. ult. eod.* Sic in provinciis eum res exigebat majorem animadversionem, noxii remittebatur à præside provinciæ ad præfectum Prætorio, *l.4.* Ex qua colligitur præsidem provinciæ majorem animadversionem non habuisse, nec in omnibus casibus animadvertendi, aut coercendi jus illi fuisse. Sicuti ex *l.si quid erit, de officio Procons.* dum dicitur de re exigente majorem animadversionem, legatum Proconsulis remittere ad Proconsulem, ex eo colligitur, legatum non habere majorem animadversionem, sive merum imperium, vel non in omnes. Eodem pertinet *lex 2. de officio rect. provin.* Verum locator horreorum damnum effracturæ non præstat, nisi custodiam nominatim receperit, diligentissima custodia effracturam cavere potuit. Vim etiam majorem, & divinam, sive iram divinam, quæ ex cœlo venit, multo minus præstat, etsi custodiam repromiserit, quia adversus illam custodia nihil potuit, *l. si ea res, D.de act. empt.* nisi nominatim casum fortuitum repromiserit. Fortuitus casus est, cui non potest resisti, qui præcaveri non potest, ut incendium, procella, impressio hostium, tempestas: furtum non est casus fortuitus, item neque effractura horreorum: similiter io vino acor, mucor non sunt casus fortuiti. Idem servatur in deposito interveniente mercede: Nam hoc negotium cum quis res alienas suscepit custodiendas, alias est locatio, & conductio: Depositum est si non merces intervenerit, sed honor duntaxat, & officium sine remuneratione. Locatio est, & conductio, si interveniat merces annua pro custodia: hujus mercedis variæ sunt appellationes: Nam interdum merces dicitur, aliquando pretium, reditus, redactus, canon, pensio, vectigal, emphyteuma, *μίσθωμα, ἐνοίκιον*, in Novell. Sive autem sit depositum, sive locatio, locator, vel depositarius periculum custodiæ præstat, sed non omne: Nam effracturam non præstat, nisi convenerit, quia ea proxime accedit ad casum majorem, *l.cum in plures, §.ult. D.hoc tit.* Cujus §. species hæc est: Horrearius, sive conductor horrea alii locavit, quod est ablocare, idque licet, nisi aliud convenerit, *l.6. hoc tit.* Igitur conductor horreorum horrea alii ablocavit, & custodiam recepit. Hanc ipse præstabit conductori suo, non locator horreario: & ideo effractis horreis, horrearius conductori suo tenebitur, qui locus est singularis: primus locator, nisi ex conventione non tenetur, nec effracturam etiam præstat. Secundo hoc titulo proponitur, locationem, conductionem esse contractum bonæ fidei, & ideo in actio-

actionem ex conducto venire mercedem, & usuras ex mora, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, *l.a. hoc tit.* Adde & in actionem ex locato venire usuras ex mora: Nam merces petitur alias ex locato actione, alias actione ex conducto, & è diverso, res, sive usus rei alias petitur actione ex locato, alias ex conducto: & in eam venit id, quod interest, non usura: At in eam actionem, qua merces petitur, sive sit ex locato, sive ex conducto usuræ veniunt ex mora: actione ex conducto petitur merces, si faber domum exstruendam acceperit: conductor enim appellatur, actione ex locato petitur merces, si quis domum suam habitandam locaverit, tunc enim qui mercedem accepit locator appellatur: ergo ob mercedem non solutam usuræ currunt ex mora. Quæritur autem si hoc malit locator, ob non solutam mercedem ædium conductarum, ædium conductorem an possit expellere? & lex 3. significat posse expellere, & ejicere. Id comprobat *l. 10. §. ultim. D. de publican.* exspectandum est biennium, ut possit expelli conductor, *l. quæro, §. inter, l. cum domini, ff. eod. §. inter* species hæc est. Convenit inter locatorem, & conductorem, ne conductor ejiceretur intra tempora locationis: hæc conventio ita accipienda est, si modo solvat pensiones: quod si biennio cessaverit, non obstante conditione poterit expelli: illa definitio biennii est vulgaris, lege quadam introducta: & ideo sive illa pactio intervenit, sive non, conductoris ejectio non est ante biennium, post biennii cessationem ejicitur conductor. Quinimo, ut ait *dict. lex cum domini*, res ejus, & vasa omnia describi possunt à publicis personis, locatore id desiderante. In ejusmodi igitur re semper biennii tempus exspectari debet. Emphyteuticarius exspectatur triennium antequam commisso sit locus, *l. 2. tit. seq.* quia est quasi dominus. Imo in causa fisci, id est fundo fiscali dato in emphyteusim commisso non est locus, *l. 4. inf. de fund. patr. l. 2. de fun. rei priv.* Moribus nostris non aufertur res in emphyteusim locata, etiam postquam triennio annuum canonem non intulit, nisi ex condemnatione, & sententia judicis. Conductor etiam ob alias causas exigi potest, quamvis pensionibus pareat, veluti si locator ædium, idemque dominus probaverit domum suam propriis usibus esse necessariam, ac se hospitio carere, quo jure utimur *d. l. 3.* Tunc debet conductor domino locum cedere. Item si velit dominus domum corrigere, *ἐπισκευάσαι*, id est, *instaurare*, aut *reficere*: verum facta refectione, rursus conductori habitare licebit: attamen interea debet cedere: Nam si inquilinus dominum ædes reficere volentem prohibeat, domino competet interdictum uti possidetis adversus inquilinum, quia videtur ita inquilinus domino possessionis suæ controversiam facere, cumque sua possessione intervertere, *l. si duo, §. cum inquilinus, D. uti possidet.* Præterea expelli potest conductor, si male utatur re conducta, si fundum non colat uti oportet, *dict. l. 3. & d. §. inter.* Qua de re est etiam epistola Symmachi 69. *lib. 4.* Ex qua apparet verum esse quod tradit Accursius, non tantum inquilinum, qui re locata abutitur repelli, sed etiam damni ratione eum teneri ex locato. Idem Accurs. ad quæstionem quo tempore pensionem solvi oporteat, recte respondet, inspiciendum esse quod actum est: vel si id non appareat, morem regionis. Olim Calendæ Juliæ erant solemnes pendendo ædium locatarum reditu, *l. qui balneum, D. qui pot. in pig. hab.* vel Martiæ, *l. defuncta, ff. de usufr.* Macrob. *l. 1. c. 12.* Proxima quæstio est, an emptor ejicere conductorem possit? & constat posse; nec enim cogitur stare locationi ab alio factæ. Verum conductori tenetur venditor in id, quod interest, sicut si locator conductorem ejiceret sine causa esset actio ex conducto, vel ex stipulatu pœnæ nomine, *l. 15. hoc tit.* hoc ita nisi venditor, idemque locator habitationem excepit. Quo casu est actio ex vendito secundum legem pacti, ut emptor sinat inquilinum habitare, & non repellat, *l. 9. hoc tit. l. si merces, §. 1. & l. qui fundum, D. eod. l. Julianus, §. ult. de action. emp.* Alia exceptio est: nisi fiscus vendiderit domum suam, quam locaverat: Nam emptor stabit locationi, & percipiet pensiones. Id favore fisci nove introductum est, *l. ult. de jure fisci: nove*, ait lex, ut exoneretur fiscus, ne teneatur conductori. Quod dixi de emptore, locum etiam habet in legatario: nam hic potest expellere conductorem, conductor vero habet regressum adversus heredem, *l. nihil proponi, in fine, de leg. 1.* Idem servatur in fructuario, cui cessus est ususfructus fundi, *l. arbores, §. 1. de usufr.* Hi possunt expellere conductorem jure dominii, quia ipsi non locaverunt, nec auctoribus locationis stare coguntur. At emphyteuticarium expellere non possunt, quia quasi dominus est, & rei vindicationem habet. Ita recte Accursius in *l. 9.* sed neque conductorem habentem jus specialis hypothecæ, id est, cui domus conducta obligata est pignori specialiter nomine condictionis. Ita recte Bartolus in *d. l. 9.* & hoc jure utimur, quia hic etiam vindicationem habet jure hypothecæ, sicut alter jure emphyteuseos: at conductor, qui non habet jus hypothecæ expelletur. Conductor autem expulsus ab emptore non habet interdictum unde vi, cum non possideat: sicut nec si expellatur à domino, vel ex causa, vel sine causa. Eadem ratione etiam interdictum unde vi non habet, sed actionem ex conducto in id, quod interest: quinimo ipse conductor tenetur interdicto unde vi, puta, si emptorem jubente domino euntem in possessionem fundi empti vi repellat, qoia videtur ipsum locatorem possessione pellere, & eam sibi vindicare, quam non habebat: nam conductio neque jus dominii, neque jus possessionis tribuit, *l. colonus, D. de vi, & vi armata.*

Ad L. V. Certi juris est, *ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini. Nam ea quoque pignoris jure tenentur.*

Et ad LL. VI. VII. VIII. IX. XIII. & XIV.

PRoponitur differentia inter inquilinum, & colonum. Inquilinus est conductor prædii urbani, colonus conductor prædii rustici: invecta, & illata ab inquilino tacite sunt pignori obligata pro pensione. Olim ea nominatim solebant obligari, hodie id habetur pro expresso. Est igitur tacitum pignus. Invecta autem à colono in fundum conductum non sunt tacite obligata, sed ibi nata tantum, id est, fructus fundi: Quoniam hæc duntaxat solebant olim obligari pro pensione, & ideo in eis constitit tacitum pignus, non in vasis, *l. si servus, §. locavi, D. de furtis.* Non potest autem locator pignoris taciti obligationem exequi, nisi post biennii cessationem, sicut nec conductorem ejicere: quod proponitur aperte in *l. cum domini, ff. eod.* & significat Martialis *l. 12.* Ait pensione pro bima, quia non est pignorum retentio, nisi ex biennii cessatione: post biennium locator retinere potest vasa omnia, sarcinas, frivola, mancipia, & præcludere ædes, ne quid deportetur, *l. pen. D. in quib. caus. pig. tac. contr.* Usuræ tamen statim currunt ex prima cessatione, non observato biennio, *l. 2. & 17. h. t.* Illam autem differentiam inter colonum, & inquilinum probat *l. 3. & ult. inf. in quibus causis pign. vel hyp. tac. contr. & l. 4. 6. & 7. D. eod. tit. l. 4. in princip. D. de pact. l. 5. & 6. hoc ipso tit.* Nam in ea *l. 5.* voluntas, & scientia est accipienda pro conventione, ut in *l. 5. in quibus caus. pign. vel hyp. tacite contrah.* Ait igitur *lex 5.* invecta à colono in fundum conductum, tacite non esse pignori obligata, oisi invecta sint voluntate domini, ea scilicet pactione, ot pignori essent pro mercede. Non sunt ergo pignori, nisi ex conventione expressa, *§. interdict. de interdict. Instit. l. 5. C. in quibus caus. pign. vel hyp. tac. cont.* At invecta ab inquilino in ædes conductas sunt pignori, etiam sine voluntate domini, id est, tacito jure: & non tantum invecta ab inquilino, sed etiam invecta ab eis, quibus inquilinus postea cænacula domus ablocavit, *l. solutum, §. solutam, de pig. act.* Non

tamen

tamen invecta ab eis, quibus inquilinus gratuitam habitationem præstitit, *l.5. D.in quibus cauf. pig. vel hyp. tac. contr. in §.solutam*, vilia vasa inquilinorum vocat frivola, ut Sidonius Apollinaris v1 t. ep. ea retinentur pro mercede ædium locatarum. His addenda est alia differentia inter colonum, & inquilinum. Primum statuendum est, quod quemadmodum locator non potest jure expellere conductorem sine causa, ita conductor non potest temere discedere intra tempus conductionis, post tempus conductionis invitus non retinetur, *l.2. hoc tit. l.locato, §.1. de publican.* Verum solent publicani retineri post tempus conductionis, licet hic mos inhumanus sit, si maximos fructus ex conductione vectigalium perceperint, & finito tempore tantundem locari non possint, ea prioribus pensionibus coguntur suscipere, *l.cotem, §.ult. eod.* & ita in specie *l.7. hoc tit.* publicanus, qui conduxerat octavarii vectigal in quinquennium, hodie conducitur in triennium, *l. 4. de vectigal. & commiss.* post quinquennium retentus est: Verum qui pro eo prioris quinquennii nomine fidejusserunt, sequentis temporis non tenentur, ipse cogitur reconducere, fidejussores sequentis temporis nomine non tenentur, *l.16. hoc tit. & l.3. §.cum quinquennium, D.de jure fisci*. Impleto etiam tempore conductionis cujuslibet, si conductor sua sponte in eadem locatione permaneat, locatore non abnuente, aut non contradicente, id est, si uterque taceat, tacite videtur renovata locatio, tacite videtur reconduxisse eisdem pensionibus, & pignoribus, *l.16. hoc tit. l.item quæritur, §.qui impleto, & l.seq. D.eod.* sed non eisdem fidejussoribus: & fidejussores igitur temporis quidem præteriti nomine tenebuntur, at sequentis temporis nomine non tenebuntur. Itaque non videtur rem conduxisse eisdem fidejussoribus: non videtur etiam reconduxisse in idem tempus, ut si prius conduxerit in quinquennium, sed in annum tantum, & si post annum rursus taceant locator, & conductor, in alium annum videtur reconduxisse, & sic deinceps. Quod servatur in rusticis prædiis tantum, quorum fructus annui sunt: Aliud est in ædibus, nam ex taciturnitate illa non videtur reconduxisse in annum, sed prout habitaverit, ita etiam obligabitur, *l.item quæritur, §.ultim.* Et hæc est alia differentia inter colonum, & inquilinum, & sic etiam ab initio, si fiat locatio prædii rustici non adjecto tempore, facta esse videtur in annum. At locatio prædii urbani facta sine tempore, facta videtur prout habitaverit inquilinus. Addenda est hæc quæstio, an vis major cœli pertineat ad onus conductoris, quæ tractatur in *l.8.* ut si quæ calamitas sive grando disperdat fructus omnes, an ejus anni pensiones debeat colonus? Placet non teneri *l.si merces, §.vis major, D.loca.* Ait lex, vis major, quam θεοῦ βίαν vocant, non esse in damno coloni, id est, exonerari præstatione pensionis ejus anni, si plusquam tolerabile est læsi sint fructus: nam & modicum damnum ferre debet, cum & magnus ei fructuum proventus non auferatur. Et ita appellatur in *l.fluminum, §.servus, de dam. infec.* Gellius *lib.9. cap.11.* Libri Βασιλικῶν habent θεομηνίαν. Hujus præter vim cœli multa sunt exempla, veluti fluminum, graculorum, sturnorum, *l.ex conducto, §.t. eod.* item *locustarum, l.t8. hoc tit.* Quam perniciem locustarum etiam iram Deorum *lib.1t. cap. 29.* Plinius vocat. Item hostium, vel latronum impetus. Hanc etiam vim colono præstat, si latrones fundum totum vastarint, quia debet locator remittere pensionem ejus anni. Quod si latrones res coloni proprias eripuerint, id damnum non præstabit colono, *l.t3. hoc tit.* sicut non præstat damnum seminis, *l.ex conducto, §.penult. D.eod.* Remittit tantum pensionem ob vastatos fructus. Item si labes facta sit, locator damnum agnoscit, *dict.l.ex conducto, §.sed & si labes*, Græci ὄλισθον, interpretantur, videlicet si paululum resederit terra: labes à lapsu, *l.ult. eod.* Idem non est labes quod χάσμα. Separatur in ea l. nam cum ait lex: *sed etsi ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit*, his verbis signi-

A ficatur χάσμα. Plautus vocat hostium Acherontis, Græce Plutonium, & Charonium, utrumque agnoscit locator. Item urendo, quæ dicitur, ἐρυσίβη, aut solis fervor insolitus, aut incendium segetis, damnum est locatoris, quia mercedem non accipiet: verum modicum damnum pertinet ad conductorem, si non omnes fructus læsi sint. Item vini acor, & mucor, item si raucis, aut herbis segetes sint corruptæ, damnum est conductoris; debuit herbas exstirpare: Ita est Florentiæ scriptum, raucis, Græci vocant: rectius in *l.si servus, §.inquit, ad leg.Aquil.* avenam interpretantur αἰγίλωπα: Raucæ non sunt herbæ, sed vermes, ut recte Budæus ex Plinio explicat. Conclusio: vim majorem locator agnoscit, id est, ejus anni mercedem non exigit actione ex locato, quo vis major fundo nocuit: sicut nec ejus anni fructus exigun-

B tur ex conducto, quoties omnes fructus locator percepit contra fidem locationis *l.t8.* Hoc ita, nisi aliud convenerit, *l.9. §.Julianus, D.eod.* Item, nisi sequentium, vel præcedentium annorum ubertas compenset sterilitatem ejus anni, *dict.leg.ex cond. §.Papinianus, & l.8.hoc tit.* nisi mos regionis id postulet, ut vim majorem ferat, *dict. l.8.* quæ eo loco est corrupta. Ait, si tamen expressum non est conventione, ut mos regionis postulabat. Harmenopulus recte in 3. epitom. *Aut mos regionis postulabat*, id est, si conventione non fuerit expressum, ut vim tempestatis agnosceret conductor, vel si mos regionis id postulat: alioqui *lex 8.* probaret ea, quæ sunt moris non venire in judicium bonæ fidei, quod falsum est, *l.quod si nolit, §.quia assidua, de ædil.ed.* Nam ut vulgo est scriptum, hæc est sententia, calamitatem debet

C agnoscere locator, si aliter non convenerit, ut mos regionis postulabat. Ergo satis non est, hunc morem fuisse regionis, nisi ita convenerit, quod est falsum. Atque ita pactio, & consuetudo regionis separatur in *l.19. hoc tit.* Et hactenus de colono. Videamus de inquilino: constat ad inquilinum etiam non pertinere vim majorem, ut si domus exusta sit, *l.si quis domum, §.1. D.loc.* Hoc damnum est domini, quia ei res sua perit; non tamen tenetur conductori ex conducto quidquam præstare domo exstincta, nisi forte merces data sit in antecessum. Et generaliter in actionem locati conducti venit dolus & culpa, non casus fortuitus, *leg. 8. hoc tit.* Vulgo negant his actionibus levissimam culpam venire. Ostendi tractans de locatione horreorum, etiam levissimam culpam venire: hoc significat verbum custodiæ

D in *l. 28.* dum ait venire dolum, & custodiam: plus dicit, quam si dolum, & culpam, *l.t. §. sed & custodiam, D. de peric. & comm. rei vend.* Idem significat *l. si merces, §. servo, D. loc.* Inde quæritur quid locator conductori præstare debeat, si rem alienam locaverit, & ea evicta sit à domino? Si sciens locaverit, constat, doli nomine eum teneri actione ex conducto, in omne id, quod interest, ita ut habeatur ratio & damni dati, & lucri intercepti, atque ita æstimetur quod interest. Idemque est, si dolo, vel culpa ejus res evicta sit: atque ita, ut ex contractu emptionis, ita ex contractu locationis de evictione est actio. Sed si sine dolo, & culpa ejus evicta sit, & bona fide eam locaverit, non tenetur, nisi ut mercedem datam in antecessum reddat, vel ut non prorogatam remittat, atque ita liberet conductorem, *l. si*

E *fundus, cum duabus seq. D. loc.* cui opponitur *lex si quis domum, cod.* quæ ait in ea specie, locatorem teneri ex conducto, ut præstet frui licere, ergo tenetur in id, quod interest. Accursius ait, eandem speciem non esse: Nam in ea specie locasse scientem: male, cum lex dicat, bona fide. Bona fide inquam rem emisse, deinde locasse, denique ab eo rem evictam sine dolo ejus, & culpa; Respondendum potius his verbis, *ut præstet frui licere*. non semper significari ut præstet id, quod interest, sed ut præstet mercedis exonerationem pro rata temporis, quo fruitus conductor non sit: vel ut reddat mercedem prorogatam: Ita eadem verba accipiuntur in *l. ex conducto, §. ubicunque, de loc.& cond.* Atque hæc de inquilino. Repetendum est, nos supra esse locutos de colono,

qui

qui scilicet nummis colit, sicut de inquilino, qui nummis habitat. Alii (†) sunt coloni partiarii in *l. si merces*, *§. vis major*, *eod. tit.* Hi non videntur proprie esse conductores; qui nummis colit est conductor. Partiarii non videntur esse conductores, id est, qui partem fructuum conferunt domino, & nihil præterea, aliam partem pro cultura sibi reservant. Hoc genere societas contrahitur potius, quam locatio, *l. cum in duobus*, *§. si in credenda*, *D. pro soc.* & ideo damnum, & lucrum est commune inter dominum, & colonum partiarium: modicum damnum non pertinet ad colonum in solidum: vis major non pertinet ad dominum in solidum: ut grando, procella, & quævis alia vis cœli major. Et hæc sunt locationis propria. Plinius in *epistolis lib. 9. Medendi*, inquit, *una ratio*, *si non nummo*, *sed partibus locem*. Et sane locationem esse dicendum est, si animus contrahendæ locationis fuit, & ideo esse actionem ex locato, & conducto, licet lucra, & damna communicentur: nam locatio non tantum contrahitur certo pecuniæ numero, sed & earum rerum, quæ mensura, vel pondere constant. Idque probat *lex 21. hic*, duobus modis. Primum, quia locationem vocat, *si cui*, inquit, *certa olei ponderatione*, *fructus fundi locasti*, id est, si fundum locasti ea pactione, ut quotannis inferatur tibi certum pondus olei pro pensione, deinde eum contractum dicit esse bonæ fidei. Ergo est vere locatio, non contractus similis locationi, nam contractus similis locationi, velut do: ut facias, *l. naturalis*, *§. at cum do*, *de præscript. verb.* non est bonæ fidei. Cum igitur ea lex dicat, esse contractum bonæ fidei, vere est locatio. Ait lex 21. locationem factam sub certo olei pondere quotannis inferendo, non ideo rescindi, quod alter plus offerat. Qua ex causa etiam constat, non rescindi venditionem, si alius majus pretium offerat, etiamsi emptor non sit paratus adjicere, quod alter adjicit, nisi addictio facta sit in diem, ut in *tit. de in diem addict.* At non similiter pretium emptionis in aliis rebus, quam in nummis consistere potest. Id nusquam proditum est: nam si detur oleum pro fundo, permutatio est, non emptio, si oleum detur quotannis pro usu fundi, vel domus, locatio est, contractus est bonæ fidei. Galenus 2. περὶ διαφορᾶς σφυγμῶν, nummum σύμβολον vocat emptionis & vend. & Plato 2. de repub. ait, esse σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς. Alii sunt coloni conditionales, ex quibus alii servi sunt, qui dicuntur capite censiti, quod debeant capitationem, Gallice *mort taillable*, & adscriptitii. Alii liberi, de quibus *titul. de agricolis*, *censitis*, *& colonis*. Proponuntur duo genera agricolarum. Censiti: hi sunt servi, & coloni: hi sunt liberi, licet coloni nomen generaliter accipiatur: Hi sive liberi, sive servi, dominis suis, sive dominis prædiorum præstant pensiones certas in nummis, vel in speciebus, plerumque in speciebus, *l. litibus*, *infra de agricol. censit.* id est, in fructibus, qui ut ait *l. domini*, *eodem*, coloni isti non audent optare pecuniam, εὔχεσθαι, precari à Deo, & propterea sunt partiarii. Unde in consuetudinibus Campaniæ *champart* dicitur jus quoddam dominorum. De his Just. in legibus Georgicis titulo περὶ μορτῆς, id est, de partitione. Non est Justinianus noster, sed novissimus quidam nomine Justinianus. Hi coloni conductores non sunt, sed huic conditioni, id est, agriculturæ obligati sunt cum sua sobole. Sola conductio ejusmodi colonos non facit, nec solum instrumentum conductionale, *l. cum scimus*, *inf. de agri. & censit.* Vulgo male legitur, conditionale, Græci conductionale. Æquum autem esse videtur, ut his colonis vis major damno non sit, licet aliud observetur: nam & emphyteuticarius excusatur à præstatione pensionis, *l. ex conducto*, *§. Papin. loc.* Quo loco agitur de agro vectigali, id est, emphyteutic. Rursus ex colonis, vel inquilinis alii sunt conductores perpetuarii, diversi ab emphyteuticariis, alii sunt temporarii l. 10. hic: & hos omnes etiam vis major excusabit: utrumque autem genus locationis ostendit in he-

(†) *Vide Merillium varian. ex Cujac. lib. 1. cap. 24.*

redem transire, *§. ult. de loc.* nisi ita sit facta locatio, quoad voluerit locator: hæc finietur morte locatoris *l. 4. D. eod.* Opponitur *lex si domina*, *D. de usufr.* Ea lex non negat, locationem in heredem transire, sed ait, à domino facta locatione ususfructus, usumfructum morte conductoris non exstingui: Idem prorsus, quod *l. si socrus*, *in fine*, *de jure dot.* in qua lege, *nam*, accipitur, παραπληρωματικῶς, pro *sed*. Igitur conductor ususfructus non est fructuarius, quia conductio nullum jus tribuit dominii, possessionis, servitutis, ususfructus, licet tribuat facultatem percipiendi fructus: cum conductor non sit fructuarius, morte ejus non finietur ususfructus, sed vel intra tempora locationis transibit ad heredem, vel recurret ad fructuarium, vel proprietarium, qui locavit. Notandum etiam locationem interdum fieri pluribus pro partibus, veluti per cœnacula, & tunc constat singulos teneri locatori pro partibus, non alium pro alio: fit interdum locatio pluribus in solidum, tunc plures sunt rei debendi. Locatione constituuntur plures rei debendi, sicuti ex omni genere contractuum, *l. eandem*, *de duob. reis*, *l. item quæritur*, *§. duo*, *loc.* Et ideo locatione facta in solidum pluribus, ex eis conveniet, quem volet in solidum actione ex locato: Sed cogetur reo actiones cedere adversus alios pro parte, *l. 13. hoc tit. l. cum apparebit*, *eod.* At ex Justiniani Novella 99. non poterit alium convenire, & in solidum convenire, quod ex ea Novella detur beneficium divisionis, videlicet, si omnes solvendo sint. In *l. 54.* idem proponitur, quod in *l. ex conducto*, *§. item cum quidam*, *loc.* videlicet eum, qui redimit, id est, qui conduxit frumentum vehendum annonæ publicæ populi Romani, accepta pecunia, videlicet in antecessum, sive promutuo. Quo loco me alias decepit Harmen. lib. 2. ubi vertit promutuo ἐν προχειρείᾳ, cum sit legendum ἐν προχρείᾳ: nam προχρεία est promutuum, *quand on avance*, quod dicitur simpliciter mutuum in *l. 2. de frumento urbis Constant.* ubi Græci recte, ἐπὶ προχρείᾳ: igitur (†) si vector ille conduxerit annonam vehendam accepta mercede pro mutuo, & fidem fallat, tenetur ex locato, *l. 13. & d. §. cum quidam*, ut vel mercedem reddat, vel quod interest, si dolus intervenerit. His, quæ diximus ad *l. si domina*, velim addi hoc, ut ejus species congruat cum specie *legis si socrus*: Videtur legendum ususfructus locatus proprietario, morte proprietarii, id est, conductoris, non finietur, sed revertetur ad fructuarium: ita aperte in *l. si domina*.

Ad L.XIX. Circa locationes, *atque conductiones maxime fides contractus servanda est*, *si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alii remiserint contra legem contractus*, *atque regionis consuetudinem pensiones: hoc aliis præjudicium afferre non potest.*

NOtandum, quod ait initio hujus legis 19. in locatione maxime fidem contractus esse servandam. Fides contractus consistit in eo, quod actum est, vel quod ex more regionis actum intelligitur inter contrahentes silentio, & nudo consensu: nisi specialiter quid exprimatur contra morem regionis: nam moribus regionis pacto derogari potest. Servandus est igitur mos regionis sub ea exceptione, nisi aliud convenerit, & servanda conventio. Finge: conventio, vel mos hic est, ut vis major colonum non excuset, plures colono eundem fundum locaverunt: unus ex eis ob vim majorem colono remisit pensionem contra conventionem, vel morem regionis: hoc aliis non præjudicat, nec obstat, quod sint plures rei credendi: nam unius ex reis credendi remissio aliis non nocet, *l. si unus*, *de pact.* De conventione servanda est etiam lex 22. in locatione operarum certi temporis, valere locationem factam etiam sine scriptis, & heredes conductoris teneri, non uxorem, *l. 24. & 29.* Et si conductor satisfecerit pensionibus, exstingui obligationem ex locato, & res conductoris ei esse restituendas, *l. 26. h. tit.*

Ad

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 26.*

Ad L. XX. Qui rem propriam *conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.*

EX hac lege apparet, rei suæ conductionem non valere, & eum, qui errans rem propriam conducit, dominio suo non præjudicare; si sciens conducat potest præjudicare dominio suo, si animum alienandæ rei habuerit, *l. quædam mul. D. de rei vin.* ut, quod fit quotidie, sive vendidero, vel donavero rem meam, & nondum tradidero, transferam dominium ejus rei, si eam conducam ab emptore, vel donatario: sic facio eum dominum, hæc conductio pro traditione est, sicuti traditio ususfructus, *d. l. quædam mulier*. Alias hæc probatio dominii non est idonea, vel etiam hæc ratio repellendi adversarii, qui se rei dominum dicit, non est idonea, si quis probet, se ei locasse: potest enim locasse erranti, vel non habenti animum alienandi rem suam, *l. 23. hoc tit.* Potest igitur conductor de dominio contendere, & vincet, si dominii probationes attulerit, nec repelletur locationis argumento, quod non est idoneum. At in possessionis causa vincetur, quia rem pro alieno possidet titulo conductionis: eam possessionem ipse solus sibi mutare non potest secundum regulam juris, *l. non solum. §. quod vulgo, de usurpat. & usucap.* Sic accipiendus finis *legis 23. hoc tit.* Sed si conductor vicerit in causa dominii, tum incipiet eam rem pro suo possidere: nam nova accedente causa possessio mutatur, non sola destinatione possessoris: sed si velit locator prius sibi possessionem restitui, quam de proprietate litiget conductor, hoc facile obtinebit, *l. 22. hoc tit.* Cui opponitur male *lex litibus, de agricolis, & censitis*. Nam ea lex non loquitur de conductore, sed de colono conditionali, qui si litiget de fundi proprietate, interim fruitur fundo præstita cautione. Nam ea est ejus coloni conditio, ut sit perpetuarius: nam jus colonarium est perpetuarium. Ut autem locatori restituatur possessio, id consequetur actione locati: cui non obstabit quæstio dominii in re dubia, sed reformata possessione, separatim quæretur de rei dominio. Si conductor rem restituere detrectat, cum æquum est eam restitui, & in ea perstat usque ad sententiam definitivam, habetur pro prædone, & condemnatur in duplum, id est, in rem, & æstimationem, *l. pen. hoc tit. l. pen. inf. unde vi*, quæ est conjungenda *legi pen. hoc tit.*

Ad L. XXVII. Si tibi quæ pro colonis *conducti prædii prorogasti, dominus fundi stipulanti dare spopondit: competens judex reddi tibi jubebit. Nam si conventio placiti fine stetit: ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.*

NOtandum est in hac *l. 27.* colonos non esse accipiendos pro conductoribus, aut pro colonis conducti prædii, conducti scilicet ab alio, alioqui dixisset pro colonis simpliciter: sed pro agricolis conditionalibus. Sed antequam ponatur species, sciendum est, quod sicut in eodem fundo potest esse emphyteuticarius, & nihilominus sunt in eo coloni conditionales, *l. 1. inf. de mancip. & colon. patrimon.* Ita etiam plerunque fundi dominus, est conductor fundi: sunt & coloni fundo adscripti. Nunc finge: conductor fundi aliquid prorogavit pro colonis extra rem domini, id est, dedit aliquid in antecessum, ut deinde fructus aliquos ab eis perciperet. Græci dicunt in ea *l. πρόχρεαν*, id est, promutuum. Igitur hic conductor dedit aliquid promutuo colonis: Deinde pactus est id sibi à locat. reddi, non in ipso contractu locationis: nam formaret actionem, sed extra contractum, cum conductor aliquid pro agricolis multo post prorogasset, & expendisset. Lex ait, ex eo pacto actionem non nasci, videlicet, si conventio placiti fine stetit, id est, si usque ad pactum stetit, *l. divisionem, sup. fam. ercisc.* id est, si non sit nisi pactum: Quod si accesserit stipulatio, contractus est, ex quo erit actio in locatorem. Addatur, quod si constituendi animus fuerit, id est, si voluerit dominus constituere se pro colono soluturum, erit actio de pecunia constituta: at ex pacto solo non erit actio. Græci interpretes, sic redigunt sententiam hujus legis: *Ἐὰν ὁ τοῦ ἀγροῦ δεσπότης τὴν δοθεῖσαν πρόχρεαν τοῖς γεωργοῖς αὐτὸς ἐπερωτηθῇ δοῦναι τῷ μισθωσαμένῳ τὸν ἀγρὸν κατέχεται. Si dominus fundi datum colonis promutuum, stipulanti conductori dare spoponderit, tenetur.*

Ad L. XXX. Curialis neque procurator, *neque conductor alienarum rerum, nec fidejussor, aut mandator conductoris exsistas, alioquin nullam obligationem neque locatori, neque conductori ex hujusmodi contractu competere sancimus.*

OStenditur in hac *l. 30.* decurionem procurationem non posse suscipere rerum alienarum. Item earum fieri non posse conductorem: conductio est species procurationis, item fidejussorem, vel mandatorem eum esse non posse ex iis causis pro aliis. Sic etiam clericus, qui prohibetur procurare aliena negotia, prohibetur etiam ex eis causis fidejubere, *Nov. 123.* Et ita vulgo accipitur canon *Clementis* 20. De decurione est *l. 25. inf. de administrat. rer. ad civit. pertinent. & l. Spurii, §. decurio, D. de decurion. l. 97. C. Theod. de decur. l. 1. inf. quibus ad conduct. prædi. fiscal. acced. non licet, l. 1. t. Cod.* In illis locis ostenditur, non posse curialem prædia publica, aut vectigalia conducere. Quod Adrianum constituisse scribit Xiphilinus. Generaliter etiam constitutum est, ne alienas res possit procurare, *l. si quis procurat. erit, inf. de decurionib.* Et ex hac lege 30. cui conjungenda *lex non dubium, sup. de legib.* utraque est sumpta ex *Novella Theodos. ne curia. alien. fund. conduct.* Primum curiali interdicta fuit procuratio rerum alienarum, non conductio, *d. l. si quis procurationem*. In fraudem ejus legis curiales titulo conductionis alienas procurabant res: ob id postea *Novella Theodos.* interdicta est conductio, & censet eam esse nullam ipso jure: & generaliter definit, quod fit lege prohibente, esse ipso jure nullum, etiamsi id lege non sit comprehensum; igitur ea conductio non valebit, nec stipulatio ei subjecta; non admittetur etiam jusjurandum de hoc adactum, *d. l. non dubium*. Idem vero, & de militibus constituitur *l. 31.* ne scilicet procurent, & conducant res alienas, ut non avocentur à suis signis, ut diximus *sup. l. 5. de condict. ob caus. dat.* Idem cautum est de fabricensibus, qui sunt quasi milites, *l. ult. inf. de fabricensibus*, est autem *l. 31.* conjungenda *l. milites, infra, de re militari*, quæ eandem inscriptionem, & subscriptionem habet. Ad idem pertinet *lex ult. hujus tituli*, quæ declarat militum appellatione in hac parte contineri non tantum milites, qui subsunt magistris militum, sed etiam scholares, qui sunt sub magistris officiorum, & ut ait *l. 1.* qui in undecim scholis taxati sunt. Marianus in notitia Romani Imperii, recenset 10. scholas fuisse sub magistro officiorum, scutariorum primam, secundam & tertiam agentium in rebus, armaturam seniorum, armaturam juniorum, gentilium seniorum, gentilium juniorum, scutariorum sagittariorum, scutariorum clibanariorum: undecima est fabricensium. Additur in *l. ult.* militum appellatione hic significari etiam fœderatos, quales erant illa ætate Saraceni, qui erant sub Philarchis, *Novell. 20.* in qua Juliani locus est singularis, qui ducem Saracen. vertit Philarchum, recte, ut confirmat Procopius, lib. de bello Vandalico: fœderati erant sub optionibus. Optiones autem sunt auxilia fœderatorum: ut numeri sunt militum, scholæ scholarium. Sholares erant supernumerarii milites. Suidas in verbo *ὑπεράριθμοι*, hi omnes milites hac constitutione comprehenduntur, & ea vetantur ne alienas res procurent, dum militiam exercent, ut hoc crimen sit militare, & hi militia mulctantur, & infamia; qui secus fecerint, & jure suo privantur rescriptis principum, atque adeo ipso jure. Postremo, cavetur finito tempore locationis, locatorem posse alteri libere locare domum, aut fundum suum, id est, cum non cogi priorem conductorem præferre alteri,

etiamsi

etiamsi tantundem offerat. Igitur, ut in emptione est sublatum jus ***προτιμήσεως*****, sic etiam in locatione sublatum est.** Recte Accursius excipit locationem prædiorum fiscalium, *l. penult. & ul. C. de loc. prædio. fiscal.* Nam veteres conductores, qui prædia fiscalia conduxerunt, præferuntur novis, si tantundem offerant, excipitur nisi aliud convenerit. Notandum ante legem ult. h. t. desiderari constitutionem Græcam, quod intelligimus ex lib. qui inscribitur *μερικὸν κατὰ στοιχεῖον*, cujus sententia est, ut intra annum locatori, vel conductori liceret solvere locationem impune tam in Italia, quam in omnibus provinciis, nisi aliud initio contractus convenerit. v. Observ. lib. XI t. c. XXXVIII.



AD TITULUM LXVI.

DE JURE EMPHYTEUTICO.

De eodem jure emphyteutico est titulus in fine libri quinti, *D. si ager vectig.* id est, *emphyteuticarius petatur*. Notanda est ea interpretatio: nam sic Florentiæ recte, & est titulis interpretatio in *l. penul. §. penul. qui satisd. rog.* Et ita etiam in *l. qui scit, §. pen. de usu.* Et ubique semper agrum vectigalem Græci interpretantur *ἐμφυτευτικὸν*. Ager igitur, sive fundus vectigalis, & emphyteuticarius idem est. Posset opponi *lex etiam, inf. de prædiis minor.* quæ prædium vectigale, patrimoniale, & emphyteuticum diversa facit. Puto hanc esse differentiam, quod vectigale sit civitatum, patrimoniale, seu emphyteuticum fisci. Et rursus patrimoniale ab emphyteutico ita distinguitur, ut genus à specie. Nam emphyteuticum prædium, est etiam patrimoniale, *l. 12. de fundo patrimon. & emphyteut.* Quod item non datur in emphyteusim, sed donatur, aut venditur jure privato salvo canone, patrimoniale etiam est, *l. 9. & 10. inf. eod. & l. 9. de omni agro deserto.* Item quod locatur in perpetuum est patrimoniale. Atque ita fundi fiscales, alii suscipiuntur jure privato, quo genere suscipiens possessor, & dominus constituitur. Alii suscipiuntur jure emphyteutico, quo genere suscipens possessor, vel dominus non fit, licet dominus simpliciter appelletur, *d. l. 12.* Sed habetur pro domino, vel possessore, & fundorum servos manumittere potest: Alii suscipiuntur perpetuæ conductionis jure: nam & locatio fieri potest in perpetuum, *l. 10. sup. de loc. & cond.* Hoc genere suscipiens nec fit dominus, nec quasi dominus, & servos dominorum manumittere non potest, *l. 2. inf. de mancip. & colon. fund. patrimon.* Et ita oportet separare perpetuarios conductores ab emphyteuticariis: & ob id in *l. 2. sup. de officio comit. rerum privat.* quidam codices rectius habent *perpetuarii, vel emphyteuticarii,* non; *hoc est emphyteutic.* perverse etiam ad eam legem appositus est tit. de offic. comit. sac. pal. Sic etiam Nov. Valent. *de præscript. 30. ann.* jus perpetuum separat ab emphyteut. Vectigales autem fundi etiam sunt emphyteut. sed quamvis prædia quoque privatorum hodie dentur in emphyteusin, tamen in toto jure nostro vectigales fundi tantum appellantur soli municipiorum, sive civitatum fundi dati in emph. quod prædia tantum civitatum eo jure addici solerent. Sed quæ de illis dicuntur, hodie trahi possunt ad prædia privatorum, vel templorum: nam civitates etiam privatorum loco habentur, *l. cum, qui, de verb. sign.* Quod vero diximus agros vectig. dici tantum agros emphyteuticarios, probat *l. 1. si ager vectig. l. si domus, §. ult. de legat. 1.* Idem etiam probat *l. si finita, §. si de vectig. ff. de damn. inf.* cujus sententiam exponam, quod infeliciter eam tractarit Alciat. Sciendum est, vicino non cavente damni infecti, vicinum, qui sibi caveri desiderat, primo decreto à Prætore mitti in possessionem: Secundo juberi possidere. Primo decreto non fit possessor, sed it in possessionem. Secundo decreto non fit dominus, sed possessor, sed dominium sibi deinde adquirit usucapione. Nunc finge: Domus vicina, cujus nomine mihi caveri desidero damni infecti, est vectig. Sic distinguendum, aut emphyteutic. eam tenet, aut civi-

A tas. Si emphyteuticarius teneat, nec caveat damni infecti, prætor secundo decreto me non faciet possessorem, ita ut possim dominium ædium usucapione adquirere. Sed faciet me possessorem tantum emphyteumatos, nec inde earum ædium dominium adquiram usucapione, quia prædia, quæ tenentur, ut vectigalia usucapi non possunt, *l. cum sponsus, §. in vectig. de Public. in rem act.* sicut & tributaria, & stipendiaria, qualia etiam fuere omnia provincialia, usucapi non possunt à possessore, & de eis accipe hæc verba in eo §. Et in aliis prædiis puta tributariis, vel stipendiariis. Si emphyteutic. eam domum non teneat, sed civitas, puta, quod ad eam sit devoluta commissi jure, vel finito tempore emphyteuseos, & ea civitas mihi non caveat damni infecti, prætor secundo decreto me faciet possessorem, tum deinde dominium adquiram usucapione.

B Non potest quidem prædium civitatis usucapi, *l. usucap. de usucap. & usurpat.* At hoc prædium, quod prætor me jussit possidere ob cessationem cautionis damni infecti, quodammodo desiit esse civitatis, & in me jure prætorio est translatum, atque adeo procedente tempore meum etiam fiet civili jure. Hæc est prima Accursii interpretatio, reliquæ rejiciendæ, Alciati exsibilanda est. Diximus supra differentiam esse inter perpetuarios conductores, & emphyteuticarios: Atqui nulla esse videtur. Nam & agri vectigales, qui sunt emphyteutici in perpetuum locantur sub præstatione vectigalis, *d. l. 1. Si ager vectig. vel emphyteutic. l. eotem, §. 1. D. de publican.* Eodemque modo differentia esse non videtur inter conductionem temporariam, & emphyteusin temporariam: nam & hæc ad tempus fieri potest, *l. 3. si ager vectigal. &c.* Imo ea est
C differentia: quod emphyteusis quasi dominium tribuat, conductio non item: emphyteusis est alienatio, *l. ult. de reb. alien. non alien.* conductio non est alienatio: & Emphyteusis maxime hac fini contrahitur, ut res melior reddatur ab emphyteutic. & ut ab eo possideatur quasi dominii jure sub præstatione vectigalis, sive canonis. Hæc est certa definitio emphyteuseos. Nota est ratio nominis, quia solent fundi deserti, inculti, & squalidi hoc jure in alium conferri, ut ab eo colantur, inferantur, implantentur, ideo hoc negotium diximus emphyteusin .i. insitionem, & plantationem, à parte demonstratur omne meliorationis genus: nam & ædes hoc jure conferuntur, ut meliores, & utiliores ab eo reddantur, & dicitur emphyteusis, licet insitioni nullus sit locus. Est etiam alia differentia inter conductionem temporariam, & emphyteusin
D temporariam: Quod emphyteusis fiat in plures annos, conductio non excedat lustrum: Quæ excedit lustrum est potius emphyteusis. Eadem est differentia inter jus superficiarium, & condictionem, *l. 1. §. quod autem, D. de superficieb.* Illud etiam jus superficiarium, vel est temporarium, vel perpetuarium, & jus tribuit in re, quod locatio, & conductio non tribuit, & quantum existimo dicitur, *ἐμβατευτικὸν*, in *l. 3. §. si jus, D. de reb. eor. qui sub tut. sunt, vel cura. non alien.* à Græcis *ἐμβατικὸν*, quod eo jure quis aliena superficie fruatur, quod est *ἐμβατεύειν*. Verum hoc jus hoc distat ab emphyt. quod superficiarius habeat tantum jus in superficie, emphyteut. in universo prædio: Ideo superficiarius imponet tantum servitutem superficiei, non solo. Emphyt. etiam in solo. Item differunt, quod superficiarius hoc jus sibi adquirat respectu superficiei positæ in alieno fundo
E suis sumptib. emphyteut. vero respectu meliorationum. Sic differunt conductor superficiarius, & emphyteutic. seu sint temporarii, seu perpetuarii: sed hi in hoc omnes sunt similes, quod quotannis aliquid domino præstent, conductor mercedem, emphyteutic. canonem vect. & *ἐμφύτευμα*: superficiarius mercedem soli, quæ dicitur solarium, *l. 2. D. ne quid in loco publ. vel priv. fiat. l. etiam, qui potior. in pign. habeant. l. 17. de servit. prædior. urban.* Ea merces consistit vel in pecunia, vel in fructibus, non tantum in emphyteusi, sed etiam in locatione, & conductione, *l. 2. §. locatio, ff. de loc. & cond. l. 21. sup. eod.* Nunc quæritur an emphyteusis genus censeatur esse locationis, & conductionis? Potest defendi, atque ita videtur sensisse maxima pars veterum JC. genus quoddam proprium esse lo-

locationis, & conductionis, quo dominium transferatur in accipientem: ut in specie legis *in navem, D. loc.* est locatio, licet dominium mutetur. Quidam tamen venditionem esse existimabant, quasi prædium datum in emphyteusim, videatur emi ab emphyteuticario lege dicta vectigalis pro pretio. Primur Zeno sensit separandam emphyteusin à locatione, & venditione, & specialem contractum fecit, proprio jore, propriisque pactignibur munitum. Itaque non male Græci ad *l. ex hoc jure, De justit. & ju.* dum lex ait obligationes quasdam, & actiones introductas esse jure civili: ponunt exemplum in actione ex stipulatione Aquiliana: debuit poni in omni actione ex stipulatione generaliter, & in actione emphyteuseos. Nec nos movere debet quod quidam afferunt ex Aristotile Bizantios jam olim prædia fertilia vendidisse ad tempus, sterilia perpetuo: Nam etsi hoc genere negotii usi sunt veteres, id tamen non pro contractu proprio, & speciali habuerunt, sed pro venditione aut locatione proprium contractum Zeno fecit, l. 1. hic ut Just. donationem propter nuptias. Id etiam hac lege 1. exprimitur ut contracta emphyteusi quicquid inter se convenerint contrahentes de vi majore, aut casibus fortuitir, id ratum habeatur, quod & in locatione servatur, *l. 8. de loc. & cond.* Sed si de hoc nihil inter dominum, & emphyteuticarium convenerit, eadem cavetur, ut prædii absumpti periculum pertineat ad dominum, ut si fundus chasmate, vel domus incendio perierit; sed si portio dumtaxat perierit chasmate, vel alio modo, vel aliud damnum contingerit salva rei substantia, lex constituit ut hoc damnum pertineat ad emphyteuticarium. Igitur vis divina, aut grando, procella, calamitas, inundatio fluminis, & hostilis devastatio, pertinent ad onus emphyteuticarii. Id non ita procedit in locatore, nisi ita convenerit, dixi in *d. l. 8.* videtur tamen ante hanc constitutionem Zenonis idem obtinuisse in emphyteuticario, *l. ex conducto, §. Papinianus, D. loc.* Dico vim majorem pertinere ad onus emphyteuticarii, id est, non ideo ei canonem sive *ἐμφύτευμα* à domino remitti. Alia est causa tributorum, quæ debentur fisco; nam fiscus tributis prædia relevat, per censitorem, aut per æquatorem frequenter ob sterilitatem anni, vel ob portionir agri interitum, *l. forma, §. de censibus, l. 2. inf. de alluvionib.* Duplex est prædiorum onur: canon, qui præstatur domino, hic non remittitur ob vim majorem vel sterilitatem: tributum, quod præstatur fisco, *l. 2. inf. de prædiis tamiacis*. Hoc tributum sæpe à fisco remittitur ob vim majorem. Hoc etiam vulgo colligunt ex hac lege prima, in emphyteusi esse necessarism scripturam. Sed melius Accursius: Non prohibetur sine scriptis fieri empyteusis, licet fieri dicatur in scriptir, quod hoc argumento probator: amissio instrumenti emphyteuci nihil noxet, *l. ult. §. conductio, hoc tit.* Ergo nec omissio secundum regulam à nobir traditam *titulo de fide instrumentorum*. Unde etiamsi sit amissum instrumentum, non est necesse probare amissionem, sed contractum tantum emphyteuseos probare sufficit. Nunc videamus quid distet jus emphyteuticum à contractu libellario. Interpres vetus dicit, hoc genere contractus res in alium transfertur jure venditionis, certa summa pecuniæ initio data pretii nomine: & hoc ampliur constituta certa mercede quotannir. Id etiam agitur ut renovetur contractus certo tempore, ut tricesimo quoque anno dato certo pretio: & ita certir statisque temporibus idem prædium reemitur quodammodo, & singulir annis nihilominus pensio debetur. Et si forte de renovatione actum sit, non de pretio, id est, si pretium non sit definitum, quod per tempora inferri debet, judex pretium statuet secundum qualitatem rei in libellum datæ. Atque ita revenditur quodammodo res sæpiur etiam incerto precio. Hoc genere contractur suscipiens agrum dominus, & possessor constituitur, quia certo pretio emit, & reemit, & perpetuo rem tenet, quia cogitur auctor renovare contractum, & in revenditionem non est necessarium certum pretium, ut in prima venditione, & videtur appellari *διακατοχὴ*, *l. 1. Cod. Theodos. de indul. deb. l. 7. infra, de omni agro deserto*. Tunc fundus addicitur ad vicem *διακατοχῆς*, cum addicitur possessionis titulo, & jure, ut quis eum retineat jure privato, jure dominii, *l. 11. eodem titulo, l. duodecima, de fund. patrimonial. & emphyteut. infra.* Id etiam jus appellari videtur *παροικικὸν* in *Novell. 7.* ut ibi vetus interpres Novellæ exposuit, & apud Harmenopulum *libro quinto in Novella quadam Athanasii, εἰς παροικίαν* habere, & in Novella quadam Porphyrogeneti Constantioi *παροικικῷ λόγῳ*. Erat videlicet necessaria scriptura, & inde nomen: & eosdem chartularios dici opinor in Nov. Tiberii de divis. domin. De hoc contractu nominatim agitur *l. 1. Feudorum, titulo 5. & in l. 22. de homicid. lib. homin. in legib. Longobardorum, & apud Cassiodorum in quinto variarum*, prædia libellario titulo concessisse. *Gregorius 2. epist. cap. 1.* libellario nomine terram ad libram unius semissis concede. *Sic l. 8. cap. 61.* voluerat terram sub specie libellorum tenere. Pretium autem illud, quod datur renovandi contractus, renovandæve possessionis causa, proprio nomine appellatur *εἰσδεκτικὸν in Novella Leonis decimatertia*, quasi scilicet datum admittendi, & suscipiendi possessoris causa. Et ostendit Leo in ea Novella, perpetuas emphyteuses rerum Ecclesiasticarum eodem modo renovari per certa tempora, de quibus convenerit, & vetat *εἰσδεκτικὸν* excedere duplum emphyteuseos: sane videtur in ea Novella proponi nova forma emphyteuseos, & libellarius potiur contractus, quam emphyteuticus: nam alibi non legitur renovandæ emphyteuseos nomine *εἰσδεκτικὸν* dari, non mutato possessore, nam datur mutato aliar emphyteuticario, *l. ult. hoc tit.* Ut in censuali contractu, mutato domino suscipiente datur *εἰσδεκτικὸν*. Sic oportet appellare quod dicimus gallice, *lods, & ventes*, quia dantur admittendi novi possessoris causa. Addendum, ideo plerosque non male libellarium contractum dixisse emphyteuticarium. Est igitur libellarius contractus nova forma emphyteuseos. Nunc videndum quid distet à precaria emphyteusi. Precaria contrahitur ab œconomis Ecclesiarum: nam sæpe œconomi ita contrahunt: quin etiam hæc nova genera contractuum excogitata sunt: nam cum alienare vetarentur, excogitarunt novam rationem quodammodo alienandi, salva mente alienationis. Hoc modo œconomus dat alicoi rem Ecclesiæ, ut quir ea utatur, fruatur quoad vixerit, vel ad certum tempus, & ut utatur gratuito, vel constituta certa mercede, ea lege ut is vicissim aliam rem suam ejusdem pretii det Ecclesiæ, retento usufructu quoad ipse vixerit, vel ad certum illud tempus: finito usufructu utriusque rei proprietas plena transit ad Ecclesiam, & interim Ecclesia alienat rei suæ usumfructum. Sed id maxime fit in rem Ecclesiæ: nam adquirit aliam rem ejusdem pretii, licet ea statim non fruatur. In eo contractu meliorationis nulla fit promissio, ut in emphytensi: dominium, vel quasi dominium non transfertur in accipientem, sed ususfructus tantum, pensio annua non præstatur semper: nam gratuito sæpe datur prædium ususfructus jure. Et hoc distat negotium ab aliis, renovatur tamen contractus plerunque ex pacto, idque fere quinto quoque anno, ut est scriptum in concilio Belvacensi. De eo contractu sæpe agitur in conciliir, & legibus Longobardorum, *l. 4. de urbanis prædiis, & rust.* Videtur appellari datio in usumfructum in *l. jubemus, §. sane non omnis, sup. de sacrosanct. Eccles. Novella 7. & 120.* Igitur ex iis, de quibus tractamus, alii debent pensionem annuam, & reditum, alii parem fundum, ut precarii possessores. Rursus ex hir, qui pensionem debent annuam, alii sunt domini, ut libellarii, alii quasi domini, ut emphyteuticarii, & superficiarii, alii non domini, ut conductores perpetuarii. Item adscriptitii, & coloni conditionales, qui debent pensionem annuam, nec sunt domini, vel quasi domini, adscriptitii pensionem debent suo domino, nam sunt servi. Coloni debent domino terræ

pensionem certam, nam sunt liberi. De quibus *tit. de agricol.* A *& censitis*. Moribus Galliæ coloni debent capitationem certis casibus domino, quam jure nostro soli adscriptitii debent, & fisco, non domino. Alii sunt domini fundorum, qui debent pensionem certam annuam, quæ vulgo dicitur census. Hoc genus contractus censualis hoc habet proprium, ut qui eo jure fundum accepit, non possit eum in alium transferre sine investitura principalis domini, id est, senioris, ut vulgo loquuntur, quæ investitura fit traditione scipionis, vel fustis, ut est scriptum in consuetudinibus Gallorum, quod & ex veterum more traxerunt: nam & in emptionibus ita traditio fieri solebat. Est vetus exemplum venditionis, in quo ita scribitur: Tu venditor fuste illum investito, tu fustem illum manucapito. Helmodius in Chronica Slavorum *cap.* 70. ut dominus meus accipiat virgulam, & det in manum vestram pro B signo investituræ. Eadem investitura fit in feudo, *tit. 2. lib. 2. feudorum*. Alii sunt, qui non debent pensionem annuam, nec fundum parem, nec pecuniarum quicquam: sed debent tantum fidem, & hominium, id est, ut profiteantur se fideles seniori fore, & se ejus homines esse. Hominium idem Helmodius dixit sæpe, quod nos homagium. Addendum plerunque ex pacto deberi etiam pensiones ab eo, qui prædium tenet jure feudi: & ita ex pacto feudum naturam suam excedit, quod admittitur & in mandato, deposito, & locato, & cæteris contractibus, qui possunt suam naturam pactis excedere, *l. Lucius, l. 6. D. depos. l. naturalis, §. sed si facio, D. de præscr. ver.* Nam feudi natura est, ut debeatur tantum fides, & hominium ab eo, qui feudum tenet, qui ideo sæpe in libris feudorum dicitur fidelis, vel homo vel homo fidei, C & vassus, seu vasallus vocatur, voce Longobarda. In libris nostris hominum appellatione continentur procuratores possessionum, actores, custodes, conductores, emphyteuticarii, libellarii, qui dicuntur etiam chartularii, *l. 4. de dignitat. inf.* sic *l. 1. inf. de cond. procurat. præd. fiscal. l. 2. sup. de episcop. & cler. l. 1. sup. de commer.* Continentur etiam vasalli: nam hoc jus feudi est antiquissimum, ut refertur initio libri Feud. & omnia genera redituum, & pensionum, & onerum, quoquo modo duxerunt originem ex jure civili Populi Romani, nihilque est scriptum in consuetudinibus, quod non possit ad id jus referri vel bene, vel male explicatum. Sic igitur dicimus, nihil feudo esse antiquius, sed olim potuit revocari quandocunque pro dantis arbitrio, ut præcarium, & ob id tam feudum, quam precarium beneficium appellatur. D Vasalli igitur erant olim homines nostri, id est, actores possessionum, vel procuratores, & quasi precarii possessores, quo titulo etiam hodie si specialiter, & nominatim detur prædium feudi jure, potest revocari pro dantis arbitrio, & hoc modo datum feudum dicitur gardiæ, & gastaldiæ, id est, custodiæ, & actus: nam recte semper Accursius interpretatur actorem gastaldum, Ammerb. in annotat. in constitutiones Caroli magni explicavit originem verbi. Ex iis vero apparet liquido qualis fuerit origo feudorum. Actores possessionum cœperunt jure perpetuo possidere, fidei, & hominii gratia, quod quasi precario possidebant: actores sunt homines nostri, mansit nomen hominum, res & conditio tenendi possessiones mutata est. Igitur, quod in libris nostris est scriptum de hominibus, potest referri ad vasallos. Quod de E clientibus non ita. Quod de militibus limitaneis, quibus agri sunt deputati, de quibus est *lex ult. de fundis limitor.* corrupte Galli dicunt *limitrophes*. Hoc, inquam, quod est de iis scriptum, non est ad vasallos referendum, quia ii tenebant eos agros optimo jure, non jure feudi. Præterea feuda tenentur tam à paganis, quam à militibus. Igitur vasallus est is proprie, quem olim dicebant hominem, sed meminerimus conditionem ejus tenendæ possessionis gratia mutatam. Illud sciendum est, ut mutato emphyteuticario, vel censuali possessore debentur *εἰσδεκτικὰ*, scilicet admittendi novi possessoris causa, sic mutato vasallo, non venditione, sed successione, vel permutatione sine nummis debentur *εἰσδεκτικὰ*, quæ vulgo

A dicuntur restaurationes, relevationes, & redemptiones feudi. Et si mutetur vasallus venditione fundi, tunc à venditore debetur auctori feudi quinta pars pretii, fere omnium gentium moribus. Et si inter emptorem, & venditorem actum sit, ut onus *εἰσδεκτικῶν* pertineat ad emptorem: tunc ab emptore auctori feudi debetur quinta pars pretii, & hujus quintæ alia quinta, quod dicitur, *quint, & requint*, ut si fundus centum venierit, emptor debet 24. si mille, debentur bis centum 40. Liberi autem vasalli, plerunque non debent restaurationem feudi, vel quintas, sed tantum osculum, & manus porrectionem, quæ sunt symbola hominii, & in quibusdam locis debent aureum nummum, quod dicitur *droit de chambelaige*. Requiritur etiam in feudo investimentum domini mutato vasallo, vel aliquid pro investimento. De eo agitur *2. feud. t. 35.* B Ex his vasalli aliis debent fidem, & hominium tantum, alii etiam servitium, alii pacem, ut procurent pacem domino servari .i. ut pacatos reddent omnes, quicunque se extulerint contra dominum, alii pluvium .i. ut domino ab hostibus capto pro eo fiant obsides. Et ita Rege Galliæ ab Anglis capto, Barones quidam homines regia inviti dati sunt obsides pro Rege. Auctor Summæ ruralis, qui liber est pernecessarius in foro versari cupientibus. Præterea ex vasallis alii sunt ligii, sic dicuntur in legibus Longobard. & Saxon. & gentium cæterarum. Alii non ligii, sive plani, & ligiorum gravior est conditio, & arctius fidei vinculum, quam cæterarum: nam & ampliora *εἰσδεκτικὰ* pensitant, & nullo excepto, quacunq; ex causa dominum tueri, & defendere contra omnes coguntur. Inde illa contentio inter Ducem Brit. & Carol. VII. regem Galliæ: Rex Du- C cem sibi esse ligium contendebat. Dux se planum vasallum, non ligium: Sunt vasallorum vasalli *lib. 2. feud. t. 55.* dicuntur *arrierevassaux*, & *arrierefiefs*, quæ quis tenet feudi jure, ab eo, qui idem tenet feudi jure. A vasallis diversi sunt, qui dicuntur suscepti: ii sunt, qui se, & sua omnia tuenda potentioribus addicunt, quod jure nostro est prohibitum in futurum, non in præteritum, *l. 1. inf. ut nemo ad suum patrocinium suscipiat, & in Nov. 17. & in tit. de patrociniis Cod. Theodos.* Ex in dicta *Nov. Tiberii de divinis domibus.* Itaque remanserunt suscepti quidam, vel potius contrarius mos abrogavit eas constitutiones: plerosque ejusmodi habuit olim Ecclesia: hac specie susceptionis vindicabant sibi bona susceptorum, sive clientium, vel etiam ea eis relinquebant sub patrocinii certa mercede, ita ut aliquid pensitarent pro patrocinio, *l. 2. inf. ne quis ad suum patroci-* D *nium, &c.* Græca est constitutio. Sententia est: ne quis vicarius patrocinium polliceatur, ne agricolas in clientelam suscipiat, redituum, vel alterius lucri promissione facta pro patrocinio. De his Salvianus Episc. *lib. 5. de providentia. Servius 6. Æneid. Palæmon in glossis.* Assecula. i. cliens, seu susceptus: his sunt similes, qui dicuntur Casati in constitutione Caroli magni, & Casarii *l. 7. inf. de bonis proscriptorum.* Sic habent veteres, sic codex Theodos. Vulgo male censuarii. Id ad extremum sciendum est, alia esse prædia optimo jure, optima conditione, quæ nihil ulli pensitant, quæ nec fidem, nec hominium, nec investituram, nec *εἰσδεκτικὰ* debent, & vulgo dicuntur alodia .i. *franc alen.* Inveni proprie allodii nomine significari proprium cujusque patrimonium. Ita *2. feud. tit. 48.* dum ait: Si datum sit ad proprium, vel ad libellum: dum ait ad proprium, E intelligit alodium: dum ad libellum, dationem libellariam, seu chartulariam, *ut t. 26.* & sic in veteribus formulis Francorum collectis à Marculpho. Alode semper opponitur comparato, ex quibus unam proponam. Lex est Francorum, seu lex Salica. Francos enim Salios appellari scribit *Amm. Marcell. lib. 17.* ut de terra Salica nulla portio hereditatis ad mulierem perveniat, quæ lex extat *lib. II. Salicarum, tit. de alodio.* Eadem fuit olim lex Anglorum, & Turingiorum, in qua id ita exprimitur, ne hereditas transeat à lancea in fusum, & olim in Armenia, ut constat ex Nov. XXI. At eam l. Francis displicuisse id exprimitur hac formula, ut sorores cum fratribus succedant in alode. Formula est: Gajæ dulcissimæ filiæ salutem. Diuturna, sed impia consuetudo inter nos tenetur, ut de

terra

terra paterna, cum fratribus sorores portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, quod sicut à Deo æqualiter mihi dati estis filii, ita & à me similiter estis diligendi, & post mortem meam æqualiter vos frui meis possessionibus æquissimum sit. Ideo te dulcissima filia cum germanis tuis Lucio, & Ophilio, æqualem, & legitimam heredem esse constituo in tota mea hereditate, ut tam paternis, quam maternis, sive quodcunque morientes reliquerimus, tibi æqualiter cum germanis tuis, filiis meis, uti frui liceat, eorumque partem obtineas. Alode opponitur comparato. Est igitur proprium patrimonium, & quod tenetur proprio jure, nec pendet ex alio.

Ad L. II. In emphyteuticariis contractibus *sancimus, si quidem aliquæ pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptæ: easdem & in omnibus aliis capitalibus observari, & de rejectione ejus, qui emphyteusin suscepit, si solidam pensionem, vel publicarum functionum apochas non præstiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei, licere eum è prædiis emphyteuticariis repellere: nulla ei in posterum allegatione meliorationis, vel eorum, quæ emponemata dicuntur, vel pœna apponenda: sed omnimodo eo si dominus voluerit, repellendo, neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus: cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre, & debitum spontaneæ voluntate persolvere, secundum quod & anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere, & reditum minime velle suscipere, ut ex hujusmodi machinatione triennio elapso, suo jure is, qui emphyteusin suscepit, cadat: licentiam ei concedimus, attestatione præmissa, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum.*

Sicut lex prima hujus tituli ostendit, pactiones esse servandas inter dominum, & emphyteuticarium factas super omnibus, & specialiter super casibus fortuitis: & si nullæ iotervenerint, utri eos casus adscribi oporteat: qua in re inter emphyteusim, & locationem interest. Ita hæc lex secunda ostendit, pactiones esse servandas inter dominum, & emphyteuticarium in omnibus, & specialiter in eo, quod convenerit de rejectione emphyteuticarii, de quo si nihil convenerit, alia differentia ostenditur inter locationem, & emphyteusim. Emphyteuticarius duplici ex causa de fundo rejicitur, quod domino pensionem annuam non solvat, & quod apochas fiscales domino non reddat, prædium debet canonem domino, tributum fisco, tributum autem fiscus exigit vel à conductore, vel à domino pro consuetudine regionis, *l. si sine herede, §. Lucius, D. de administrat. tut.* Si etiam tributum exigit fiscus ab emphyteuticario, vel à domino. Ut igitur dominus sit securus adversus fiscum, emphyteuticarius domino debet seddere fiscales apochas, quibus probare possit fisco soluta esse tributa: debet igitur emphyteuticarius & canonem solvere, id est, pensionem annuam domino, & fiscales apochas reddere, quod si non faciat, expelletur fundo emphyteuticarius. Rursus etiam emphyteuticarius rejicitur ob cessationem anni, biennii, vel triennii, vel quinquennii, prout convenerit, *l. lex, D. de pignorib.* vel etiam ob cessationem, & moram ejusmodi non rejicitur, si nominatim convenerit ne ob moram pensionum annuarum rejiciatur. Nam si simpliciter convenerit ne rejiciatur invitus, vel si nihil convenerit: ex hac lege invitus repelletur ob cessationem triennii, id est, si per triennium, neque canonem solverit, neque apochas publicas reddiderit: & hac in re distat emphyteuticarius à conductore, in quo sufficit cessatio biennii, *l. 3. sup. locati*. Item in emphyteuticario Ecclesiastico sufficit cessatio biennii, *Novella* 120. at in paganico, ut loquitur Eustathius *lib. de temporibus*, exigitur cessatio triennii. Idem dici potest de civitatum emphyteuticario: nam & hic excidit jure emphyteutico ob canonem non solutum, *l. 5. D. si ager vect. l. 5. inf. de administrat. rer. ad civit. pertin. lib.* 11. Videtur ergo idem tempus & in eo servandum. Diversum est in emphyteuticario prædii fiscalis: nam hic ob canonem non solutum non incidit in commissum, *l. 4. inf. de fund. patrim. l. 2. inf. de fund. rei priv. lib.* 11. Licet ob tributum tamen non solutum possessor incidat in commissum, *l. 1. infra de susceptoribus*, & ita videtur accipienda *l. 2. inf. de fundis patrimon.* scilicet de tributis, non de canone. Alioqui pugnaret cum quæstione legis 4. Hæc est collectio: ob tributa non soluta fundus minoris fisco non committitur: hoc datur ætati: ergo idem non datur majoribus: ergo ob tributum non solutum fisco majores incidunt in commissum. At ob canonem non solutum idem minoribus, & majoribus datur, ne fundus fisco committatur. Itaque Accursius *l. si tutoris, inf. de administrat. tutor.* male accipit de fundo fisci, cum sit de fundo privatorum, vel civitatum emphyteutico, qui dominis, vel municipibus committitur ob canonem non solutum, etiamsi jus emphyteuticum fuerit minoris 25. annis, quod tamen pertinet ad periculum tutoris, qui rem committi passus est: sed exigitur cessatio triennii priusquam commisso locus fiat: & ita è contrario si dominus per triennium moram faciat in accipiendo canone emphyteutico, hoc cedit lucro emphyteuticarii. Anni aut biennii mora domino non nocet, & in hanc sem Eustathius citat *leg. 32. de Episcop. audient. supra*, in quo titulo ea lex, & pleræque aliæ græcæ desiderantur. Itaque si dominus postquam triennio moratus est in accipiendo canone, deinde eum petat, repelletur. Et putem solam oblationem emphyteuticarii sufficere, id est, eum liberare præstatione temporis præteriti, sicut sola oblatio liberat à canone fisco debito, *l. 4. de col. fund. patrim.* & à tributis in præteritum, non in futurum, *l. 1. infra de susceptor.* At à dejectionis periculo non liberabitur nisi etiam eam pecuniam deposuerit, & obsignaverit. Sola oblatio non liberat à pœna commissi, à præstatione præteritio triennii liberat: quæ omnia sunt singularia postquam cœpit hic contractus haberi pro speciali: Nam regulariter, sola oblatio liberat à pœna nondum commissa, *l. Cels. §. ult. D. de recept. qui arbitr. receperunt*, & sola oblatio non liberat à sorte jam debita, vel ab usuris ex stipulatione debitis, *l. acceptam, sup. de usur.* vel ratione fructuum perceptionis, *l. 4. sup. de usur.* Sola tamen oblatio liberat ab usuris debitis ex sola mora, quia sola oblatio purgat moram. *l. qui Romæ, §. Seja, D. de verb. obligat.* Id etiam ex hac lege notandum, moram contrahi in rem ab emphyteut. ex solo triennii lapsu sine interpellatione, idque ex definitione *leg. magnam, inf. de contrahenda stipulat.* quam Justinianus intelligit, dum ait, anteriori lege: nam ambæ leges editæ sunt eodem anno: sed lex *magnam* mense Aprili, hæc Septembri: hujus legis est subscriptio *datum* 15. *Calend. Octobr.* Chalcedone Decio viro clariss. Consule. A qua *l. magnam* non sunt excipiendæ operæ officiales, quæ in diem non debentur, sed tunc incipiunt deberi, cum peti cœperint. Definitio est de debitis in diem, quæ etiam fuit secunda Accursii animadversio. Postremo ex hac l. notandum, emphyteuticarium, qui ob cessationem triennii cecidit suo jure, nullam habere retentionem, aut petitionem nomine meliorationum, vel eorum, quæ *ἐμπονήματα* vocantur. Videtur lex differentiam facere inter meliorationem, & *ἐμπονήματα*, nisi dicas, vel esse *ἐμφυτευτικόν*, quod verum est, ut confirmat lex ult. Hic dicuntur, & à Græcis *ἐμπονήματα*, & *βελτιώσεις*. Præterea non habet petitionem pœnæ, ut si sit pœnam stipulatus, si expelleretur, & expellatur ob cessationem trienni, non aget ex stipulatu de pœna: nam hic casus semper exceptus intelligitur in hac stipulatione, nisi cessaverit in solvendo, *l. quæro, §. inter, ff. loc.* Hæc est sententia hujus legis secundæ, Nunc transeamus ad quæstiones inter-

Pretum. Quærunt an emphyteuticarius expelli poſſit, A ſi in fundo emphyteutico male verſetur, qua ex cauſa conſtat conductorem expelli poſſe, *l. 3. ſup. loc.* Et emphyteuticarium Eccleſiaſticum, *Novella* 120. Et vulgo admittitur in emphyteuticario paganico, ut expellatur non tantum ob ceſſationem triennii, ſed etiam quod abutatur prædio. Recte: nam per emphyteuſim res utenda, & melioranda datur, non abutenda & deterioranda. Secunda quæſtio eſt, an emphyteuticarius, qui per errorem ceſſavit triennio ſolvere canonem, jus emphyteuticum amittat, an etiam excuſet ignorantia, ut ſi heres ceſſaverit, qui juſtam habere ſolet ignorantiæ cauſam? & placet non eſſe diſtinguendum inter ſcientem & ignorantem: nam hæc mora committitur reipſa, ergo perſonæ ſcientia non exigitur. Verum Accurſius ait heredi ſubveniri, & reſtitui poſſe in integrum ex clauB ſula generali, ſi qua juſta cauſa eſſe videbitur, ſed in ea errat ſemper Accurſius, nam ad abſentes tantum pertinet, *l. nec non, ff. ex quib. cauſ. major*, non ad ignorantes. Prætor tamen ſolet etiam ignorantibus opem ferre, ex magna & juſta erroris cauſa, *l. 2. de reſtit. in integ. §. ſi quis agens, Inſtitut. de actio.* Heredi igitur etiam ex cauſa ſubvenietur ob juſtum errorem, non vi illius clauſulæ. Tertia quæſtio eſt, an valeat pactio facta inter dominum & emphyteuticarium, ne emphyteuticarius ob ceſſationem penſionum invitus expellatur. Jam dixi, pactionem valere hac *l. ſecunda*, quæ ait valere pactiones de rejectione emphyteuticarii, ut ſecundum id, quod convenerit, expellatur, vel non. Huic tamen ſententiæ opponit Accurſius *leg. in hoc, §. ſi conveniat, ff. comm. divid.* Lex ait, non valere pactionem factam inC ter ſocios, ne omnino fiat inter eos diviſio rei rommunis: ergo etiam non debet valrre pactio, de qua quæritur. Reſpondendum eſt, diverſam eſſe rationem illius, & hujus pactionis. Illa pactio eſt ſeverior de individuo vinculo communionis, cum publice magis interſit ne quis perpetue communioni aſtringatur, propter diſcordias, quas excitare ſolet communio, *l. cum pater, §. dulciſſim. de leg. 2. l. in re communi, D. de ſervit. urb. prædior.* Hæc autem pactio, de qua quæritur, eſt benigna, quæ pœna commiſſi emphyteuticarium liberat. Deinde opponit *l. cum precario, D. de precar.* Si quid precario rogavero in Idus Januarias, nulla eſt conventio. Et hæc etiam conventio eſt diverſa ab ea, de qua quærimus, nec ſani hominis collationes ſunt tam diſſidentium inter ſe conventionum. Sumas quamlibet etiam pactioD nem, non minor erit ejus, quam iſtius rum noſtra conferendæ ratio. Si ſocietatem tecum hac lege cojero, ut inæquales partes inter nos fiant damni, & lucri, niſi opera ſuppleat inæqualitatem, nulla eſt conventio, quia natura ſocietatis non admittit hanc pactionem inæqualitatis: nam vel non eſt ſocietas, vel æquale eſſe debet lucrum, & damnum: contra naturam ſocietatis facta pactio nulla eſt, *§. de illa, Inſtitut. de ſociet.* Erit quidem ſocietas, ſed illa pactio cirrumſcribetur. Sic contra naturam precarii hæc pactio eſt, ut qui rem meam precario rogavit, eam teneat me invito, verbi gratia, in Idus Januarias, quia natura precarii eſt, ut rem, quam ex me habes precario, repetere poſſim quandocunque libuerit; ideoque detracta illa conventione precarium valebit. Pactio poteſt excedere naturam contractus, non E poteſt contraria naturæ contractus eſſe: ut ſi in depoſito ronveniat ſimilem rem reddi, non eandem, eſt exceſſus, qui non admittitur, *l. Lucius, D. de depoſ.* Si conveniat rem depoſitam reddi Idibus, non ante Idus, hæc conventio eſt contraria depoſito. Nam ut precarii, ita depoſiti natura eſt, ut revocetur dantis arbitrio, quandocunque libuerit. Itaque repeti poterit depoſitum etiam ante Idus, neglecta pactione, *l. 1. §. pen. de depoſ.* At pactio, de qua tractamus, ne ſcilicet liceat expellere emphyteutam, etiam ſi diu ceſſarit in ſolvendo canone, non eſt contra naturam emphyteuſeos, cum omiſſa commiſſi pœna, canon alio modo domino ſalvus eſſe poſſit, & cum ſalva maneat emphyteuſeos natura.

Nam hæc non ſunt pugnantia, eſſe emphyteuſim, & commiſſo locum non eſſe, ut nec ſunt contraria eſſe emptionem, & evictioni locum non eſſe: at ſunt pugnantia eſſe emptionem, & de pretio non conveniſſe, eſſe precarium, vel depoſitum, nec poſſe quandoque revocari, eſſe ſocietatem, nec tamen communionem eſſe damni, & lucri. Quarta quæſtio eſt, an ob ceſſationem triennii dominus poſſit expellere emphyteuticarium ſua auctoritate? Reſpondendum eſt non poſſe, judicis auctoritas exigitur, *l. lex, D. de pign.* Sicut in locatione. Idemque reſpondetur de conductore, *l. pen. ſup. de loc. & conduc.* Nec obſtat *l. devotum*, quam citat Accurſius, *inf. de metatis*. Species eſt: Si domus mea non debeat metatum, id eſt, non cogatur ſuſcipere hoſpitem, & metator in eam veniat præparandi hoſpitii cauſa, militibus forte tranſeuntibus, eum expellam mea auctoritate, ſi exſecutorem expellam mea auctoritate, ſi rem meam injuria occupet obtentu officii, *l. 5. de jure fiſci, l. pen. de exſecut. & exact.* Cæterum hoc modo rem meam tueor, & defendo contra injuriam metatoris, quod jure naturali permiſſum eſt. At cum expello emphyteuticarium mea auctoritate, rem meam, quam habet, nec reddit, ſine judice mihi vindico, quod nullo jure permiſſum eſt. Quinta quæſtio eſt, ſi poſt triennii ceſſationem dominus accipiat oblatas triennii penſiones, an dominus poſſit uti jure commiſſi. Hæc definitur *Novella* 120. quæ oſtendit dominum poſſe uti jure commiſſi expulſo emphyteuticario, ſimul & præteritas penſiones exigere; & licet ea Novella loquatur de Eccleſiaſtico emphyteuticario, eadem tamen eſt ratio in paganico, & inter Eccleſiaſticum, & paganicum una tantum eſt differentia in ceſſatione, nempe in temporis definitione, de qua conſtat. Igitur ſolutio penſionum, & acceptio non liberat emphyteuticarium à pœna commiſſi jam commiſſa: at ſi nolit uti dominus jure commiſſi, & velit jus emphyteuticum perſeverare, tunc tantum penſiones exiget. Et e contrario, ut heri oſtendimus, ſi ipſe dominus per triennium fuerit in mora accipiendi oblatam penſionem non depoſitam, & obſignatam, nihilo tamen minus utetur jure commiſſi, non tamen exiget penſiones. Sunt hi duo caſus excipiendi à priori definitione, alioquin utrumque conſequetur & penſiones, & fundum. Non obſtat *lex poſt diem, D. de lege commiſſor.* qua etiam motus Accurſ. aliter reſpondit. Species legis eſt: res vendita lege commiſſoria eſt, ut ſcilicet fiat inempta pretio non ſoluto Calend. proximis: poſt Calendas, & ita l. commiſſa, ſeu venditione, venditor petit pretium actione ex vendito: An poterit variare? & poſtea uti lege commiſſoria, & fundum venditum vindicare? L. ait non poſſe, quia ipſe ſecum pugnat, nam dum agit pretii nomine ex vendito ratam venditionem facit; dum utitur l. commiſſoria, irritam facit. At in ſpecie propoſita non pugnat ſecum dominus, qui emphyteuſim diſſolvit, & præteriti temporis penſiones exigit. Opponitur etiam *l. ult. D. de eo, quod certo loco, l. 2. D. ſi quis caution.* & *l. vectigalia, §. ult. D. de publ.* Sed his medendum eſt eodem collyrio, ut recte reſpondet Fulgoſius. Sexta quæſtio eſt, ſi ſit contentio inter dominum & emphyteuticarium de ſolutione penſionum, & emphyteuticarius dicat ſe ſolviſſe, dominus neget, cui incumbat onus probandi? Nihil eſt apertius. Qui allegat ſolutionem, eam probare debet, *l. quingenta, D. de probat. l. ult. inf. de ſolut. l. aſſeveratio, ſup. de probat.* Probatur ſolutio teſtibus tantum, vel apochis, & teſtibus quinque, *l. teſtium, ſup. de teſtib.* & apochis munitis tribus teſtib. *l. 12. ſup. de teſtib.* ſecundum diſtinctionem *legis ult. ſup. ſi cert. pet. de reb. cred.* Nam quandoque ſola apocha ſufficit. Adjicit Arcurſius emphyteuticarium, qui probat ſe tribus proximis annis ſolviſſe, præſumi etiam ſolviſſe ſuperioribus, nec de ſolutione ſuperiorum ab eo probationem exigi, ſed de non ſolutione à domino, argumento *l. 3. inf. de apochis publicis*, quæ loquitur de tributis fiſco debitis, non de canone dominico. Sed idem etiam

trahitur ad canonem in burboniis consuetudinibus, *tit.*28. A Septima quæstio est: si dominus sit stipulatus pœnam de emphyteuticario, ni suis temporibus pensiones intulerit, an videatur renuntiare juri commissi? Rectè Accursius dicit, non videri: Nam sicut stipulatio pœnalis non tollit sortis obligationem, nisi id actum sit: ita non tollit jus commissi: at si eligat dominus pœnam, non utetur jure commissi, ni aliud sit actum, ut utroque uteretur, jure commissi, & stipulationis pœna: illa sæpius potest exigi, nisi id actum sit. Ultima quæstio est: an si emphyteuticarius jus suum in alium transtulerit, contra eum dominus possit uti jure commissi? Respondetur, posse, cum successerit in locum prioris, sub eodem onere eademque causa, licet cum eo non sit emphyteusis contracta: itaque si cessarit in solutione pensionis per triennium, expelletur à domino. B Ultimò loco hanc quæstionem Accursius adiicit, si quis alienum prædium 40. annis possederit, sub præstatione canonis, & canonem solverit quasi emphyteuticarius, cum non esset, an re cognita possit dejici? Respond. Accurs. non posse dejici, sed præsumi celebratum esse contractum emphyteuticum. Sententia est, eum non posse dejici, quasi non sit emphyteuticarius, sed pro emphyteuticario haberi: vetustatem corrigere vitium possessionis, quæ fuit sine titulo: & ita qui fundum tenuit 30. annis, ut vasallus, & fidem atque hominium domino exhibuit, licet ab initio non sit investitus, pro vasallo habetur, *lib.* 2. *Feud. tit.* 25. Putem & in specie proposita ab Accursio 30. annos sufficere, imo & 20. si bona fide prædium alienum possederit. In *l. ult. inf. de fundo patrimon.* agitur de fundis fiscalibus, vel templorum, & in C eis exigit 40. annos, non de fundis privatorum. At quid dicemus è contrario in emphyteuticario, si 30. annis fundum possederit optimo jure, sine illatione pensionum? & constat hunc non posse dominium adquirere, cum possideat alieno nomine, non suo, & idem esse in conductore: nam conductores, & emphyteuticarii per longissimum tempus possessionem, & dominium non adquirunt, *l. cum notissimi*, *§. penult. inf. de præscript.* 30. *annorum*. At adversus jus commissi, vel petitiones ἐπιδοσιλοιπῶν, sive reliquorum, *les arrerages*, poterit se tueri præscriptione 30. annorum, & in causa fisci 40. In futurum tamen non erit à pensionibus immunis, *l. comperit*, *inf. de præscript.* 30. *annor.* quia possessionis causa non mutatur, sed idem fundus manet emphyteuticus: & ita etiam vasallus non se liberat hominis D conditione præscriptione 30., vel 40. annorum. Notandum in feudo non esse locum commisso, locus est commisso in locatione, in emphyteusi, in contractu libellario, vel censuali: & generaliter in omnibus annuis redditibus: at in feudo, cujus ratione nullus annuus reditus debetur, ob fidem, & professionem hominii domino non præstitam, non est locus commisso, id est, feudum non amittitur: & sunt tantum certæ ingratitudinis causæ, ex quibus domino feudum committitur, ut si dominum abnegaverit, si violentas manus ei intulerit, si uxorem, aut filiam vitiaverit. De his lib. 1. *Feud. t.* 5. *&* 21.

Ad L.III. Cum dubitabatur utrũ emphyteuta *debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐμποιήματα dicuntur alienare, vel jus emphyteuticum in alium* E *transferre, an ejus exspectare consensum: sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari. Sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est: minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre, sed ne hac occasione accepta, domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quæ invenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutæ depereat: disponimus attestationem domino transmitti, & prædicere quantum pretium ab alio (revera) accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantum præstare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest: ipsum dominum omnimodo hæc comparare. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum, & dominus hoc facere noluerit: licentia emphyteutæ detur, ubi voluerit, & sine consensu domini meliorationes suas vendere, his tamen personis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venire emptionem. Necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum præfatum modum vendita sit, accipere emphyteutam; vel si jus emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas, & idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta malverit: non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem, vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per literas suas, vel (si hoc non potuerint, vel noluerint) per depositionem, in hac quidem civitate apud virum clarissimum Magistrum censuum, vel præsentibus tabellariis per attestationem, in provinciis autem per præsides, vel per defensores celebrandam. Et ne avaritia tanti domini, magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent (quod usque ad præsens tempus perpetrari cognovimus) non amplius eis liceat pro subscriptione sua, vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere. Si autem novum emphyteutam, vel emptorem meliorationes suscipere minime dominus maluerit, & attestatione facta, intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutæ, etiam non consentientibus dominis, ad alios suum jus, vel emphyteumata transferre. Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, jure emphyteutico cadat.*

HÆc lex tertia est, de alienatione juris emphyteutici, & emponematum, seu meliorationum: & ut lex 1. de casibus fortuitis, lex 2. de rejectione emphyteuticarii: ita hæc lex de alienatione juris emphyteutici servari oportere ait, quod convenerit inter dominum & emphyteuticarium. Sed si nihil convenerit, vel si pactionum instrumentum perierit, lex statuit, ut jus suum, & meliorationes suas emphyteuticarius vendere non possit sine consensu principalis domini. Græci principalem dominum πρωτεύοντα vocant, quem Doctores directum. Igitur non potest vendere jus suum inconsulto domino, nam debet denuntiare domino se velle jus suum, quod habet in prædio, alteri vendere, & an ipse velit emere. At quæritur an possit emphyteuticarius donare jus suum domino inconsulto: Constat emphyteuticarium fisci donare posse jus suum sine consensu procuratoris Cæsaris salvo canone, *l.* 2. *de fund. patrim.* Accursius idem putat dicendum in privato emphyteuticario. Rectè: nam eadem est ratio, & si aliter respondetis, in totum interdices donatione emphyteuticario, cum ei in totum non interdicatur venditione, sed sub hac conditione tantum, si dominus, cui denuntiatum est esse venalem emphyteuticarium fundum, nolit emere eodem pretio. Donationem si prohibeas, sub eadem conditione, in totum prohibeas, quia dominus semper volet sibi potius prædium donari, quam alteri. Et ita liberalitati, & munificentiæ emphyteuticarii in amicum de se bene meritum collatæ, dominus erit impedimento semper. Igitur licebit emphyteuticario donare, domino non antestato, & inconsulto, non item vendere. Poterit & permutare sine consensu domini, quia non est in potestate domini eandem rem offerre, pro qua emphyteuticarius jus suum cum altero commutat. At idem pretium offerre, est in ejus potestate. Ideo est denuntiandum domino, cum possit idem pretium præstare. Igitur in hac lege tertia alienare accipitur strictè pro vendere, ut in *l.* 1. *hoc tit.* Alienationis, id est, venditionis, *§. adeo de loc. Instit.* refertur sententia legis primæ, & pro eo quod est in l. prima, alienationis, in eo est venditionis: Potest etiam emphyteuticarius prædium emphyteuticum pignori obligare salvo canone, *l. tutori*, *§. ult. D. de pignerat. act.* Potest etiam usumfructum, & servitutem ei imponere,

re, *l. 1. §. 1. D. quibus modis ususfruct. amitt.* Sed soluta emphyteusi (solvitur autem tempore, vel commisso) solvetur pignus, & servitus. At emphyteuticarius non potest vendere sine domini consensu. Et idem dicendum in fisci emphyteuticario, licet negaverit Accursius, *l. 1. de fund. patrimon.* Debet autem emphyteuticarius, qui juris sui emptorem invenit, & meliorationum, domino principali testato denuntiare, se velle vendere, & quanti possit vendere, id est, se emptorem invenisse, qui daret tot aureos, ut idem dominus possit emere totidem, si velit: nam dominus habet jus *προτιμήσεως*, id est, præfertur extraneo. Idem jus domino non datur feudo, sed datur jus retractus venditione perfecta intra certa tempora: jus retractus, id est, jus redimendi feudi ab emptore, ut est in consuetudine Parisiensi, *l. primo, & 2. Feudorum, tit. nono.* Constitutione tamen Lotharii, & Friderici, feudum non potest alienari sine domini consensu, *ut libro 2. Feudorum, tit. 52. & 55.* At eo jure non utimur: nam potest feudum alienari sine consensu domini, sed dominus habet redimendi, sive retrahendi jus, plerumque intra dies 40. reddito eodem pretio emptori. Igitur non habet jus *προτιμήσεως*, nec jus commissi, si certior non fiat à vasallo, sed habet jus redemptionis, seu retractus: At jus emphyteuticum non potest vendi, & tradi sine domini consensu: si vendatur non denuntiato domino, prædium domino committitur, ut ostenditur *in fine hujus legis*. Denuntiari igitur domino oportet prædium esse venale, post denuntiationem domino dantur duo menses, ut emat si velit eodem pretio: post duos menses si non emat, libere vendet emphyteuticarius cui volet: ad solvendum canonem idoneo, & emere non prohibito, & dominus cogitur eum emptorem recipere, approbare: debet autem eum suscipere non per procuratorem suum, non per conductorem suum, sed per se, vel per literas suas, sine literis per depositionem factam in urbe apud magistrum census. Magister census erat tantum in urbe, non in provinciis, qui postea dictus fuit *γενικὸς*, *Novel. Leonis* 44. apud eum fiebant contractuum, & instrumentorum omnium publicationes, & insinuationes. Igitur dominus emptorem novum recipiet per depositionem factam in urbe per magistrum census, vel per testationem factam in urbe præsentibus publicis personis, id est, tabulariis. Depositio fit sine scripto, *l. in sacris, §. hoc si prolata, inf. de prox. sacr. scrin. lib.* 12. Quod non putavit Accursius, ut & *l. ult. inf. de princip. ag. in rebus, l.* 12. testatio fit scripto. In provinciis autem dominus principalis debet novum emphyteuticarium suscipere per depositionem, vel testationem factam apud præsidem, vel civitatum defensores, si per se nolit, aut per epistolam. Debetur autem domino pro hac te *εἰσδεκτικὸν*, id est, pro admissione novi emphyteuticarii, quod hac lege definitur, ut ei detur quinquagesima pars pretii (*Gallice les lots, & ventes*) & dominus testato convenitur, ut novum emptorem admittat, & post eam testationem, adhuc duobus mensibus exspectatur: post duos menses si non admittat, & approbet, jam non necessaria susceptio, *εἰσδεκτικὸν*, nec debetur *εἰσδεκτικόν*; sed alienatio valet perinde ac si novus emptor fuisset receptus à domino; prætcrea notandum hæc *εἰσδεκτικά*, sive laudimia deberi non tantum si jus emphyteuticum vendiderit, sed etiam si donaverit, vel permutaverit, vel legaverit, vel institutionis jure in alium transtulerit, quod hac lege significatur, dum ait, domino quinquagesimam pretii deberi, vel æstimationis loci, qui in aliam personam transfertur; pretium refertur ad venditionem, æstimatio ad aliud genus alienationis. Nam licet emphyteuticarius possit donare, vel permutare sine domini consensu, non ideo non debentur *εἰσδεκτικά*, sicut in feudo, licet hodie sine domino vendi possit, non ideo minus debentur quintæ: ac similiter si pacto convenerit, ut emphyteuticarius domino inconsulto possit vendere, non ideo remissa videntur *εἰσδεκτικά*. Primum igitur caput legis tertiæ, ne alienet, sine domini consensu, ad venditionem tantum pertinet, ne emphyteuticarius alienet inconsulto domino. Cætera ad omnem alienationem, & ut novus emphyteuticarius suscipiatur, ut inferat *εἰσδεκτικόν*, ut his omissis commisso locus sit.



JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

In Quintum librum Codicis.

AD TITULUM I.

DE SPONSALIBUS, ET ARRIS SPONSALITIIS, ET PROXENETICIS. Anno 1575.

HIC titulus tres habet partes: Una est de sponsalibus: altera de arris sponsalitiis: tertia de proxeneticis. Et observandum est in primis, hanc esse mentem conditoris Codicis, ut quos omisit contractus libro superiore, hoc lib. persequatur, & actiones proditas ex iis, ac præcipuè matrimonii contractum, qui etiam nudo consensu perficitur, ut emptio, locatio, societas, mandatum, & emphyteusis; qui expoliti sunt libro superiore. Et hoc obiter serva quod dico, emphyteusin perfici nudo consensu, sicut emptionem, & locationem, quibus adsimilatur; nec esse ad eam perficiendam necessariam stipulationem, nec scripturam: matrimonium inquam nudo consensu perficitur: nam neque verba, neque scripturæ proprietatem desiderat, neque dotem, neque concubitum, neque pompam, neque uxoris deductionem in domum viri, *l. pen. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. si donationem, inf. de nupt.* quæ sunt quidem per consequentias matrimonii propria, sed reliqua, non principalia, quæ rem, negotiumque conficiant, nudus consensus rem conficit. Nuptiæ igitur, sive matrimonium est conventio nuda, quæ fit inter cives, marem, & fœminam ad sobolem procreandam spectans, eo animo votoque, ut in una domo totam vitam vivant socialiter. De hac conventione tamen plenius dicemus, cum ad tit. quartum, qui est de nuptiis, pervenerimus. Ab ea enim ordiri vetamur cum ordine titulorum, tum re ipsa: nam licet matrimonium consensu nudo trahatur, ut emptio, vel locatio: tamen ad eum non pervenitur statim, ut placuit primus sermo de nuptiis: & repentino quod contrahitur, id haudquaquam sapientes probant. Ac rectissime *D. August.* 8. *confess. Institutum est*, inquit, *ut jam pactæ non tradantur statim, ne vilem habeat maritus, datam, quam non suspiraverit sponsus desideratam, & dilatam*. Nullus est contractus, cui tot adjiciantur contractus alii, ne de pactionibus loquar: nam & celebrior est contractus cæteris omnibus, quippe qui primus est omnium contractuum, ut ait Hierocles *lib. de nupt.* Contractui uni, qui principalis est, non tantum pactiones adjiciuntur, sed & contractus alii, eumque ambiunt, & circumstant, ut emptionem, & venditionem arrarum datio, traditio rei, & cautiones. Matrimonii licet unus sit, & principalis contractus, sunt alii, qui, ut ad eum perveniatur, vel eum præcedunt, vel ubi completus est, eum sequuntur, vel modo præcedunt, modo sequuntur, vel qui penitus dirimunt eam conventionem, ut divortium, quod contractum esse certum est, *l. jurisgentium, §. quinimo, D. de pact. l. si uxor, de judic.* Sed qui ad eum constituendum, confirmandum, vel corroborandum spectant, hi sunt, dotis datio, vel promissio, donatio ante nuptias, vel propter nuptias, sponsalia, arrarum datio: dotis promissio est contractus, dotis etiam datio contractus est, *l. exigere, D. de judic. l. contractus, D. de reg. jur.* Dotis inquam datio contractus est, qui præcedere, vel sequi matrimonium potest, ut Paulus ait *li-*

libro

bro 2. Sentent. tit. de dot. Et si sola præcedat, nondum est matrimonium: Nam dotis datio vel promissio nuptias, vel sponsalia non facit, *l. si sponsalibus*, *D. de jur. dot.* Imo nec dos est proprie antequam nuptiæ sequantur, *l. 3. D. eod.* Inest enim dationi, vel promissioni dotis tacita conditio, si nuptiæ sequantur, *l. stipulationem*, *&* *l. quia autem*, *D. eod. l. 4. §. 1. D. de pact.* Et ante nuptias igitur dos imperfecta est, dotisve contractus imperfectus est, *l. necessario*, *D. de per. & com. rei vend.* Item donatio ante nuptias est contractus: nam ei negotium est aliquod, qui olim præcedere nuptias, hodie etiam sequi potest, sicut dos, & ob id mutato nomine hodie dicitur donatio propter nuptias, non ante nuptias, *l. si constante*, *inf. tit. 3.* Item sponsalia contractus est, qui præcedit tantum nuptias. Arrarum quoque datio contractus est, qui etiam præcedit nuptias, & quia pars prima hujus tit. est de sponsalibus, de eo contractu prius nobis agendum. Sponsalia hodie contrahuntur nudo consensu, sicut nuptiæ, *l. 4. & ult. D. eod.* Idcirco recte contrahuntur inter absentes per internuncium, vel per epistolam, vel per aliam quamlibet personam interpositam, veluti per procuratorem, patarium vel proxenetam: Et recte in *l. 4. quotidie fieri*, *& d. l. ult. plerunque fieri*, ut absens absenti despondeatur, ut hæ conditiones expediantur interpositis personis, quæ expediri per alium non possent, si ut olim sponsalia fierent per stipulationem: nam stipulationes nunquam fiunt per alium, *l. 1. in pr. ff. de verb. oblig.* Et secundum hoc jus novum, quo sponsalia nudo consensu contrahuntur, puto accipiendam esse definitionem Flor. positam in *l. 1. D. eod. ut sponsalia sint mentio, & repromissio futurarum nuptiarum*. Non satis est mentio; nam mentio est primus sermo, & tractatus de nuptiis contrahendis, nondum contractus, nondum sponsalia. In *l. nam cum*, *D. pro soc.* tractatu habito coiri societatem, non tractatum scilicet, sed conclusionem tractatus esse societatem. Ideo additur in definitione, *repromissio*, quo nomine fateor plerunque significari nudam cautionem, sive repromissionem stipulanti factam non datis fidejussoribus, sed dico illo loco significari nudum consensum, quo hodie sponsalia perficiuntur, imo in jure, quod est verissimum, promittendi, & repromittendi verbum latissime patet; Nam & pactum eo significatur, & nudus consensus, & dictio, & pollicitatio, & omnis contractus, *l. sciendum*, *§. dictum*, *ff. de ædil. edic. l. 9. in pr. ff. de duob. reis*, *l. pactum*, *ff. de pollic. l. si pacto*, *sup. de pact. l. nuda*, *inf. de contrah. stip.* Et ideo minus est *promittere*, quam *spondere*. Seneca in epist. *Jam non promittunt de re, sed spondent*. Promittunt qui quamcumque conventionem inveniunt, etiamsi obligatio ex ea non nascatur, & qui paciscuntur: igitur spondent tantum qui stipulanti promittunt, quod est firmissimum vinculum juris, & ut ait *l. sponsio*, *D. de verb. sig.* sponsio appellatur, non tantum quæ fit per sponsi interrogationem, nempe his verbis, *spondes? spondeo*, sed etiam omnis promissio, stipulatioque, licet fiat aliis verbis, *promittis? promitto*, *fidejubes? fidejubeo*. *Sponsus* Varroni est *contra sponsum rogatus*: sponsor, qui vicissim rogatus est an sponderet, ut fiebat olim in sponsalibus: Ætate autem Florentini desierant sponsalia fieri per stipulationem, satisdato fiebant, id est, datis fidejussoribus, non nuda repromissione, ut Servius auctor est in illum locum Virgilii, *& gremiis abducere pactas*. Olim igitur sponsalia per stipulationem fiebant, *l. 2. ff. eod. tit.* Arnob. 4. contra gentes. *Habent*, inquit, *interpositis stipulationibus sponsas*: & idem addit, *sponsis pactas*, *& speratas*: pactæ addita stipulatione fiebant sponsæ. Nudum enim pactum non facit sponsalia, & aliud est nudum pactum, nudus consensus longe aliud: Nam etsi pactum sit nudus consensus, non tamen omnis nudus consensus est pactum; sed vel pactum, vel contractus. Emptionem recte leges perfici nudo consensu: nudo pacto fieri nusquam leges; quod idem de sponsalibus, atque nuptiis. Stipulatio pactam sponsam facit; stipu-

A latio est remedium, quod adhibetur pacto, *l. licet*, *sup. fam. ercisc.* Et vitiosa est argumentatio, si quis dicat: Pactum est nudus consensus, emptio perficitur nudo consensu: ergo emptio perficitur nudo pacto: nam propositio non est absolute vera. Nec enim pactum est simpliciter nudus consensus: sed nudus consensus, qui non transit in proprium nomen: Nudus autem consensus, qui transit in proprium nomen, ut emptio venditio, locatio, sponsalia, nuptiæ, contractus est, non pactum. Et breviter idem est conventio, & consensus, *l. 1. §. 1. de pact.* Omnis conventio consensum habet. Conventio est genus: ergo & consensus est genus, & species duæ, pactum, & contractus. Verum ad rem. Olim igitur cum per stipulationem fierent sponsalia, non fiebant per alium: Nam stipulatio non contrahitur

B per alium inter absentes, sed fiebant inter eos ipsos, qui erant contracturi nuptias inter se, vel inter patrem puellæ, & adolesc. inter parentes puellæ, & adolescentis, qui de nuptiis futuris liberorum suorum conspondebant invicem suo nomine, non filiorum, ignorantibus filiis, & nonnunquam invitis. Ideoque sponsiones illæ eos tantum tenebant, non filios, aut filias, nisi consensissent, & licebat his patribus dissentire hac in re, in quorum potestate erant, *l. 2. ff. de rit. nupt. l. sponsalia*, *& seqq. ff. de sponsal. l. Titia*, *ff. de verb. oblig.* Igitur omnis nuptiarum potestas non est in patre. Et recte Comicus: *Vxorem decreverat dare sese mihi pater hodie, nonne oportuit præscisse me ante, nonne communicatum oportuit?* Id vero quod ita agitur inter parentes, vulgo existimant esse despondere, sed falluntur: Nam

C verbum illud commune est. Despondere etiam dicuntur invicem per se, qui conveniunt de futuris nuptiis inter se, *l. si quis tutor*, *§. quamvis*, *ff. de rit. nupt.* vel etiam qui eorum nomine conveniunt hodie nudo consensu, ut *l. 4. ff. de spons.* desponsæ à patre, in *l. tutor*, *ff. de ritu nupt.* additur *destinata à patre*. Desponsatur per conventionem, seu consponsionem. Destinatur testamento citra conventionem, ut in *l. non est matrimonium*, *ff. de rit. nupt. non desponsam à patre*, inquit, *nec testamento destinatam*. Et ut his verbis Comici utar: *Te isti virum do amicum, tutorem, patrem*. Et inde in *d. l. tutor* sic omnimodo videtur legendum esse; *tutor, vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi à patre desponsa, destinatave testamento, nominata conditione nuptias puella sequuta fuerit tutoris, vel curatoris, no-*

D *minata conditione*, id est nominato viro, cui eam destinabat pater, puta demonstrata persona viri, cui filiam nubere pater cupiebat post mortem suam, quod est perspicuè verum. Porro ex stipulatione futurarum nuptiarum, quæ olim interveniebat, & sponsalia perficiebat, ut auctore Gellio Servius Sulpitius scripsit, *libro de dotibus*. Ex quo libro refertur alia sententia in *l. quod Servius*, *ff. de condict. caus. dat.* Et Neratius quoque auctor juris *lib. de nupt. ex ea*, inquit, *stipulatione actio dabatur* ex sponsu in id, quod uxorem accipi, vel dari intererat, & consequenter erat olim etiam pœnæ petitio, quasi vice ejus, quod interest, si stipulationi fuisset subdita pœna, quod etiam probat Nov. *Leon.* 18. Quod improbat *dict. l. Titia*, *ff. de verb. obligat. & l. pen. infra, hoc tit.* ne metu pœnæ adstringantur matrimonia. Unde consequens est improbari actio-

E nem quanti interest: Nam altera alteri succedanea est, & datur in eum, per quem stat quo minus nuptiæ fiant. Est tantum petitio legitimæ pœnæ, non conventionalis: petitio ex lege, non ex conventione, nempe amissio arrarum, si eas dederit is, per quem stat quo minus nuptiæ sequantur, vel si eas acceperit, duplum arrarum, *l. 5. hoc tit.* vel etiam ut adjicit, ex conventione quadruplum. Quid igitur pœnam probat conventionalem, eamque, quæ perveniat ad quadruplum? quia videlicet veteri jure etiam legitima fuit pœna quadrupli, *l. 1. Cod. Theodos. si rect. prov.* & jus vetus redacto quadruplo in duplum, non ita est antiquatum, quin possit ex conventione

redu-

reduci, sub eo colore, quod & quadrupli pœnam jus aliquando probaverit. Alioquin non esset pœnæ illius petitio legitima supra duplum petitio. Nam certa est definitio *l.unicæ, C.de sentent. quæ pro eo, quod interest profer.* eas tantum pœnas posse exigi, quæ legibus certo fine statuuntur, vel quæ cum competenti moderamine proferuntur: quod ne accipias de conventionalibus, per quas quisque sibi cavit, sed de iis, quæ proferuntur, de mulctis scilicet, quæ proferuntur sententia arbitrio judicis cum competenti moderamine: est enim mulctarum modus quidam in *tit. de mod. mulct. & l.propen. ff.de verbor.sign.* Ea est definitio *dict. l.unica*, cui si objiciatur *lex pen. hoc tit.* habes jam quod respondeas. Et rursum, si ei objiciatur *l.si dictum, ff. de evict. l. si procurator, ff. de jur. fisc.* evictionis nomine contrahentes posse cavere, non duplum tantum, sed triplum, & quadruplum pretii, hoc mirum videri nemini debet, quandoquidem lege nulla constituta est ei rei certa pœna, nulla certa taxata quantitas evictionis nomine, & licet moris sit duplum cavere evictionis nomine, tamen non est lex certa, ut plane liceat contrahentibus sibi cavere etiam supra duplum. Nam ubi lex deficit, vel sententia judicis, convenientibus, aut contrahentibus quidvis convenire licet. Nec rursus obstat *l. 4. §.ult. D. si quis caut.* quæ admittit ex conventione pœnam judicio sistendi causa, quæ est amplior eo, quod statutum est edicto Prætoris, quod prima facie vehementer obstare videtur. Nam ut respondeam: cautio judicio sisti est prætoria, quæ in id, quod interest concipitur, *l.quotier, ff.de verb. oblig.* Et tritum est illud, id quod interest licere deducere ad certam summam, quod plerunque ejus æstimatio sit incerta, *l.ult. ff.de prætor. stip.* etiamsi pluris deducatur in eam summam, quam revera intersit, modo non excedat duplum in casibus certis, quoniam id, quod interest in cas. cert. finitur duplo. Et id igitur, quod explicandi causa additur, quantum intersit, & in casibus incertis, modo non excedat æquum, & bonum. Est in hanc rem *l.6. D.de prætor. stipul. In præt. stipulat. omnibus*, ergo & judicio sisti, etiamsi à Prætore sint conceptæ, & habeant formulam certam, & conceptionem, veluti quanti ea res est, vel quanti interest, tamen posse, si quid contra factum erit, convenire de certa pœna, & pœnæ stipulationem committi ex conventione. Prætoriis quidem stipulationibus nihil posse addi, nihil detrahi, nec earum formulis dicitur in *l. in conventionalibus, ff. de verb. obligat.* Sed nec immutat eas, qui vel addit, aut detrahit eis, & quidquid in eis est incertum, redigit ad certam summam, & æquam. Igitur restat vera definitio *l.unicæ*. Supra autem tractavimus de patribus despondentibus filios, aut filias, & de pœna, quæ adjicitur iis desponsionibus. Sæpe usus sum supra *l.Titia, ff.de verb.oblig.* Et æquum est ideo me speciem ad eam legem apponere, quæ est veluti arx quæstionis hujus. Species hæc est: Vir, & uxor post matrimonium contractum, quod erat eis secundum (nam uterque expertus erat aliud conjugium) consenserunt, & convenerunt, ut viri filia, quam ex prima uxore habebat, desponderetur filio uxoris, quem ex alio matrimonio habebat. Neque hæ nuptiæ vetitæ sunt, quia nec cognati sunt inter se, nec affines. Nec enim cognati viri affines sunt cognatis uxoris, nec filii viri affines sunt filiis uxoris ex alio matrimonio procreatis, sed cognati viri affines sunt uxori, & contra cognati uxoris affines sunt viro: nam ipsi inter se cognati sunt. Sunt igitur inter eos justæ nuptiæ, & ita quotidie fit, ut mater, & filia nubant patri, & filio. Et hoc est quod ait *l.generali, §.inter, ff.de rit.nupt.* Inter privignos, viri scilicet, & uxoris, quos ἀλληλοπρογόνους, Theophil. vocat in *§.mariti, Instit. de nup.* contrahi posse nuptias, etiamsi communem fratrem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant. Recte igitur parentes illi, ut proposui, consensere, ut uxoris filia filio mariti desponderetur, ac præterea etiam huic conventioni adjecerunt pœnalem stipulationem, si quis eorum parentum nuptiis impedimento esset, atque ita eam desponsionem devinxerunt pœnæ vinculo. Postea vir constante matrimonio diem suum obiit, ac post mortem patris filia noluit nubere filio novercæ, ut convenerat inter conjuges, citra consensum liberorum: potuit nolle nubere: nam sponsio patris non tenuit filiam. Quæritur, an ex ea stipulatione pœna peti possit ab heredibus patris, quasi per patrem factum sit, dum viveret, ne nuptiæ complerentur: Et respondet J.C. pœnam peti non posse, hac ratione, quia contra bonos mores stipulatio fuit interposita, cum inhonestum sit, ut ait, pœnæ vinculo matrimonia constringi, sive futura, sive jam contracta, quia ea libera esse oportet. Hæc est sententia *legis Titia*. Sed si verum est quod ait, eam stipulationem pœnalem esse contra bonos mores, esse inhonestam: igitur Leo *Novell.*18. non potuit probare eam stipulationem, quæ pugnat contra bonos mores, contra honestatem, pudorem, & jus naturale, quod mutari non potest jure civili. An dicemus, eam Novell. esse contra jus naturale? minime: nam distinguendum est, alios esse bonos mores civiles, alios naturales, *l.item apud Labeonem, §.& idem ait, ff.de inju.* & alia esse inhonesta civiliter, alia naturaliter, *l. probrum* 41. *ff. de verb. sign.* Inhonestum esse civiliter matrimonia, & sponsalia vincire metu pœnæ, *l.Titio* 100. *§.1. ff. de cond. & demonstr.* Ea vero, quæ sunt inhonesta civiliter, posse leges efficere ut amplius pro inhonestis habeantur. Atque ita in usu evenit sæpe, ut quæ nunc sunt inhonesta, post non inhonesta esse videantur, vel contra, quoniam scilicet hos mores jus civile induxit, non jus naturale. Et sane etiam *d.l.Titia* significat eam stipulationem pœnalem non esse nullam ipso jure, quæ sane nulla esset ipso jure, si adversaretur juri naturali. Et utrique juri igitur: nam quod naturale est, & civile est, & significat ipso jure pœnæ exactionem esse efficacem, si promissor omiserit exceptionem doli mali, dum convenitur ex stipulatu: denique eam stipulationem pœnalem non esse nullam ipso jure, sed irritam fieri per exceptionem doli mali. Hic non morarer diutius, nisi animadvertissem Modestinum J. C. non indignum existimasse tractatu, quæ essent differentiæ inter sponsalia, & nuptias. Nam is certe Modestinus *libro 4. different.* docuit, quæ essent differentiæ inter sponsalia, & nuptias sub hoc tit. Eos enim libros distinxerat titulis de sponsalibus, & matrimoniis, sicut ex fragmentis veterum Jurisconsultorum, sive reliquiis constat, cum tractasse differentiam inter depositum, & commodatum *libr. 3. sub hoc tit. de depos. & commod. & lib. 6. differentiarum.* Differentias inter scientes, & ignorantes. Et summa quidem illa, & notior differentia inter sponsalia, & nuptias est: Eo distare has ab illis, quo spes distat à re ipsa: Nam sponsalia sunt spes nuptiarum, speratæ nuptiæ, *l.pen. hoc tit.* spes nuptiarum in *l.6. ff.eod. l.si uxor, §.Divus, ff.ad leg. Jul.de adult. l.2. inf. de repud.* & quæ dicuntur speratæ in auctoribus, eæ sunt vel sponsæ, vel pactæ. Nam & pactiones de futuris nuptiis, licet sine stipulatione obligationem non pariant jure civili, tamen etiam sunt spes nuptiarum. Aliam differentiam *eod. lib.4. different.* Modestin. exposuit in *l.ea, quæ, ff.ad municip.* Ut scilicet ea, quæ desponsa est, non mutet domicilium, nec forum propter sponsalia, antequam contraxerit nuptias. Uxorem vero constat mutare domicilium, & forum, & ubi domicilium habet maritus, ibi eam conveniri, & facere munera publica, quæ mulieribus conveniunt, *l.ult. inf.de incol. lib.*10. Et eleganter in *l.*12. *C.Theod. de navicul. ut in litibus*, inquit, *causisque privatis mulieres convenit sequi fora maritorum, ita in publicis necessitatibus eandem rationem servari convenit*, ut munera publica, ubi obit maritus, ibi & obeat uxor; Alia differentia est ex eod.lib. Mod. in *l.*14. *ff. de sponsal.* In nuptiis definitam esse ætatem, nempe in fœm. 12.ann. in masculis 14. vel quod idem est, & notandum, in masculis 15. in fœminis 13. annorum. Nam cœperit oportet in fœmina annus 13. in mare 15. Atque

ita

ita non fuiſt juſtæ nuptiæ, niſi illa faciat anno 13. ille 15. incœpto, cujus vel diem unum, aut unam horam attigiſſe ſatis eſt. Et hoc ita demonſtrat Novella Juſtiniani 100. *& Nov. Leon.* 78. *& Nov.* 2. Alexii Comneni *de ſponſal.* In ſponſalibus autem non eſt definita ulla ætas, ut ait *d.l.*14. Et quod ſubjicit eadem *l. quapropter*, *& à primordio ætatis ſponſ. effici poſſunt, ſi modo id fieri ab utraque perſona intelligatur, id eſt, ſi non ſint minores, quam ſeptem annis*: hic non definit certam ætatem: ſed exigit tantum, ut ſponſus, & ſponſa intelligant quid agatur, quod non contingit ante completum 7. annum, qui finis eſt infantiæ. Et hoc idem de 7. annis notatur *Nov.*2. *Alex. de ſponſal.* Falſum autem eſt quod quidam exiſtimant lege Iulia, & Papia definitam ætatem in ſponſalibus *auctore D. Auguſto.* Nam hoc tantum Sveton. ſcribit: Auguſtum coarctaiſſe tempus ſponſas habendi, id eſt, ut confirmat *l.*2. *boc tit. & l. patri, C. Tb. eod.* ut poſt ſponſalia ſcilicet, & puellæ puberis non traherentur nuptiæ, & diu ſponſæ haberentur, ſed acciperentur uxores intra biennium à contractis ſponſalibus, alioqui eam impune ſibi poſſe quærere condictionem aliam, ſi ducta non fuerit intra biennium à ſponſalibus arris non redditis, ſed tamen ſi per eam ſtetit quominus fierent nuptiæ intra biennium, quod lex Auguſti præſcripſit, tum eam arras reſtituere in duplum, vel in quadruplum ex conventione. Idemque eſt, ſi impuberis puellæ 10. anno ætatis contracta ſunt ſponſalia, nec uxor accipiatur poſt completum annum 12. ætatis, quod eſt fere intra biennium à ſponſalibus, ſi cœperint ſponſalia 10. anno ætatis: Nam hæc etiam retinet arras, quas accepit, & impune alium ſibi maritum adoptat. At contra ſi per eam ſtetit, quo minus ubi pervenit ad nubilem ætatem, nuberet cui deſponſa fuerat, reddet arras in duplum, vel in quadruplum ex conventione, & oſtendit etiam *d. l. patri*, quod heri tamen probaveram tantum ex *l. unica*, *C. Tb. Si provinciæ rector, vel ad eum pertinentes*, &c. jure veteri quadrupli fuiſſe conſtitutam pœnam, cui etiam hodie locus eſt ex conventione, non jure ipſo ultra duplum, *l. pen. boc tit.* Sed ſi ſponſalia contracta ſint cum puella ante 10. annum ætatis ſuæ: Poſſunt enim contrahi à primordio ejus ætatis, quæ intelligit quodammodo quid agatur, *d. l.* 14. ut jure quoque ſtipulatur ea ætas, quæ exceſſit infantiam, id eſt, annum 7. & promittat quoque jure tutore auctore, *l.* 1. *§. pen. ff. de obl. & act.* Si, inquam, cum puella contracta ſint ſponſalia ante 10. annum, non ſunt illegitima, ſed immatura, quia jam certum eſt, non poſſe nuptias intra biennium contrahi, quod non poſſit peragi pubertas intra biennium, quæ in nuptiis exigitur. Atque ideo, quia ſcilicet ſunt immatura, & biennii præſcriptionem eludunt, hoc caſu ex utraque parte ceſſant pœnæ omiſſarum nuptiarum, vel renuntiatæ conditionis, *d. l. patri*: & ita etiam hoc caſu præmiis maritorum non fruuntur, quæ dedit lex Julia, & Papia, ut contra ei, qui cœlebs permanſiſſet, indixit pœnas: non fruuntur, inquam, præmiis maritorum qui cum puella ante 10. annum ætatis ſponſalia contrahunt, etiamſi eam uxorem duxerint poſt completum 12. annum, quia ſcilicet non acceperunt, nec potuerunt eam accipere intra biennium. Ob immatura ſponſalia, non illegitima tamen, præmia maritis procedunt, & privilegia à die ſponſaliorum, ſi modo non duraverint ſponſalia ultra biennium. Et ita omnino eſt accipiendus hac de re locus apud Dionem 54. cum tractat de legibus perlatis ab Auguſto. Et addenda eſt etiam huic præſcriptioni biennii inductæ, l. Julia. & Papia, & confirmatæ *l.* 2. *b. t. d. l. patri*. Addenda, inquam, eſt exceptio *l. pen. ff. de ſponſal.* quæ omnino pertinet ad hanc rem, cum ſit ea lex inſcripta ad *l. Jul. & Pap.* quarum legum fuit magna pars de ſponſalibus, & nuptiis, & maritandis ordinibus, id eſt, de nuptiis ſenatorum, & patriciorum, quibus cum eis eſſet conjugium. Exceptio hæc eſt, niſi valetudo ſponſi, vel ſponſæ, vel mors parentum, vel capitalis pœna, quæ fuerit inflicta ſponſo, vel ſponſæ, vel longa peregrinatio ex neceſſitate ſuſcepta coegerit trahere ſponſalia in triennium forte, vel quadriennium, vel quinquennium. Nam eleganter *l. ſi quis tutor*, *§.*1. *ff. de ritu nupt.* iniquum eſſe dilationem, quæ non dolo, ſed ex neceſſitate contingit cuiquam eſſe fraudi, vel noxæ. Itaque ex ſerie, & progreſſu diſputationis hujus, citra præſcriptionem biennii, jam ſatis enodatæ à me, pluſquam manifeſtum eſt in *d. l. pen.* cum ait. ſæpe juſtas, & neceſſarias cauſas efficere, ut trahantur ſponſalia, & differantur nuptiæ, non ſolum *in annum, vel biennium, ſed etiam triennium, vel quadriennium, & ulterius*, abundare illa verba, *annum vel*: nam huic rei nunquam fuit præſcriptus annus ulla lege: ſed biennium tantum. Atque ita igitur ſcripſit auctor *d. l. pen.* non ſolum biennium, quod ſcilicet lege Julia, & Papia præſcriptum eſt: ſed etiam triennium, vel etiam ulterius ex cauſa neceſſaria differri nuptias à contractis ſponſalibus. Et præterea poteſt addi quarta differentia, in nuptiis eſſe neceſſariam teſtationem lege Julia, advocationem teſtium, ſcilicet quod uxor ducator liberorum procreandorum cauſa, ut eſt fragmentis Ulp. tit. 3. Nam & in concubinatu teſtatione opus erat, *l.*3. *de concubinis*: concubinatus eſt honeſtum, & legitimum nomen, at hodie nullus in uſu, ſtupra ſunt, non concubinatus, qui vulgo concubinatus dicuntur. Concubinatus eſt ſpecies matrimonii, & concubina uxorem imitatur, ut ait Julian. anteceſſor in Novella quarta, & in antiquis inſcriptionibus dicitur vice conjux: & qui naſcuntur ex concubinatu patrem habent, & poſſunt demonſtrare, & dicuntur liberi naturales. Qui naſcuntur ex ſtupro, non poſſunt alium patrem demonſtrare, quam populum, nec liberi naturales dicuntur. In ſponſalibus autem nihil intereſt teſtatio interponatur, necne, *l.* 7. *ff. de ſponſal.*



AD TITULUM II.

SI RECTOR PROVINCIÆ, VEL AD EUM PERTINENTES SPONSALITIA DEDERINT.

ARRARUM datio eſt contractus, *l. contractus*, *ſupra, de fide inſtrumen.* qui adhibetur his contractibus, emptioni, venditioni, locationi, conductioni, & ſponſalibus. Et præit locationem, vel emptionem impletam, id eſt perfectam, nondum impletam, puta nondum re tradita, nondum numerato pretio, & ſimiliter præit matrimonium, & dantur arræ ab emptore venditori, vel à locatore operæ alienæ, id eſt, qui aliquid faciendum dat conductori, vel à conductore rei alienæ, qui accepit rem alienam utendam fruendam, dantur & prorogantur locatori, & à ſponſo ſponſæ, non contra; quoniam ji ſunt, qui magis videntur appetere impletionem contractus, emptor ſc. locator, conductor, & ſponſus. Idcirco arræ vinculo rem adſtringuot: in omnibus autem idem ſemper eſt jus. Ac primum in emptione, vel locatione ita jus eſt, ut ea impleta arræ reddantur, maximè ſi certum corpus datum ſit arræ nomine, *Lex empto, §. ego illud quæro, ff. de act. emp.* vel ut imputentur in pretium, ſi conſiſtant in nummis, *l. ult. ff. de lege commiſſ.* Et eodem exemplo igitur arræ ſponſalitiæ ſequutis nuptiis redduntur, vel imputantur in donationem propter nuptias, quam viciſſim pro dote, quam accepit maritus, adfert uxori, & ex noviſſimis conſtitutionibus in nuptiis mutua dos intervenit, dos mulieris, & donatio propter nuptias, quæ dos eſt viri, ac idcirco dicitur à Græcis *ἀντίφερνα* contraria dos. Denique arræ ſponſalitiæ exemplo cæterorum contractuum, in quibus ſolent arræ intervenire, vel redduntur impletis nuptiis, vel imputantur in dotem viri, id eſt, in donationem propter nuptias, ſic vocantur in *l. ult. tit. ſeq.* Et notandum diligenter magnam eſſe differentiam inter arram ſponſalitiam, & donationem, & munus ſponſalitium, quod longe diſtat à donatione propter nuptias. Sed interim

tantum hoc moneo; hanc esse differentiam inter arras A sponsalitias, & munus sponsalitium: arram dat tantum sponsus, non sponsa, munus sponsalitium non tantum sponsus, sed etiam quandoque sponsa, *l. cum veterum*, *& l. seq. tit. 3. inf.* Quamvis ea lex dicat raro evenire, ut tam sit liberalis sponsa, quod verum est, & usus comprobat. Item arræ sequutis nuptiis redduntur, munera sponsalitia non redduntur, sed remanent apud donatarium, ut annulus pronubus non redditur, quem sponsus sponsæ muneri dedit, nam ejus annuli mera donatio est, *l. si donatæ, §. ultim. ff. de donat. int. vir. & ux.* Denique ea munera non redduntur, sed cedunt lucro donatarii, nisi convenerit munera quandoque reddi soluto matrimonio, vel divortio, vel morte viri, aut mulieris, quæ dederit, *l. 7. & 12. tit. 3.* Et hoc sequutis nuptiis: Quid si non sequantur nuptiæ? si non sequantur B culpa ejus, qui munus accepit sponsalitium? redditur munus in simplum: si culpa dantis, non redditur, *d. l. cum veterum*. Et hac in re dissident munera sponsalitia, ab arris sponsalitiis: nam etiamsi ea distinctio adhibeatur in arris, utrius, scilicet, culpa nuptiæ non sequantur, tamen ubi non sequuntur culpa ejus, qui accepit, scilicet, sponsæ, redduntur, non in simplum (exceptis certis casibus) sed in duplum, vel ex conventione in quadruplum, cum conventio quadrupli permittatur, quod fuerit ea pœna aliquando jure comprobata, *l. pen. hoc tit. l. 6. C. Th. eod. l. un. Cod. Teod. si rector provinc. l. 1. Cod. Theod. si nupt. ex rescr. pet.* Et hoc, ubi nuptiæ non sequuntur alterutrius culpa. Videamus, quid sit dicendum, si ideo non sequuntur nuptiæ, quod inciderit mors sponsi, vel sponsæ? an etiam hac in re est differentia inter arras spon- C salitias, & largitatem sponsalitiam? admodum. Nam si intervenerit mors sponsæ, & hæc sola impedierit nuptias, arræ non redduntur, sed cedunt lucro heredum sponsæ, *l. 3. hoc tit.* Munera autem sponsalitia redduntur donatori, vel heredibus ejus, *l. 2. Cod. Theodos. eod.* Et hoc si intervenerit mors sponsæ. Quid si mors sponsi intervenerit? si liberalitatis causa munera contulerit sponsus in sponsam, post mortem ejus, quæ contigit ante nuptias, non redduntur, *l. 1. de donat. l. si tibi, tit. 3. inf.* Ubi maxime velim expendi illa verba, *liberalitatis causa*, id est, ut statim ea munera accipientis fierent, nec ullo casu ad donatorem reverterentur, ut esset mera liberalitas: igitur nec mortuo donatore ante nuptias ad ejus heredem revertentur. Sed si contemplatione futuri matrimonii, & titulo sponsalium, & nuptiarum ea do- D natio, sive largitas facta sit, secundum distinctionem *d. l. 2. Cod. Theod. de sponsal.* non redduntur heredi extraneo, patri, matri, vel filio, heredibus redduntur. Hæc est distinctio *l. 2.* quam non probavit Justinianus, quandoquidem eam non retulit in suum Codic. sed probavit magis aliam distinctionem in *l. si à sponso, tit. 3.* Ut scilicet distinguamus, an in sponsalibus carpserit osculum sponsus, an non. Nam hujus rei veteres erant religiosissimi, ut etiam pleræque nationes, ne cuiquam detur temere osculum, ne sponso quidem: sed semel tantum confirmandorum sponsaliorum causa, ut Nov. Alexii Comneni de sponsalibus, ait confirmari sponsalia data arra, & osculo. Igitur non abs re *d. l. si à sponsa*, distinguit utrum acceperit sponsus osculum, an non: Nam si non acceperit, & moriatur ante nuptias, omnino red- E dentur heredibus munera sponsalitia. Idemque erit si accepit osculum, & munera quædam dederit sponsæ: namque mortuo sponso ea recipit, etiamsi intervenerit osculum: sed si sponsus ea munera contulerit in sponsam, & moriatur ante nuptias, heredibus ejus, ut dixi, redditur, ex *d. l. si à sponso*, dimidia pars munerum, atque ita sponsalitia largitas pro parte manet apud sponsam, quæ præbuit osculum, pro parte revocatur ab heredibus sponsi, quasi scilicet jus osculi, quod est argumentum magnum pudicitiæ veterum, jus augeat sponsaliorum, & quæ præbuit osculum, sit quasi uxor, vel plusquam sponsa. Nec tamen satis est, ut ait *Quintil. declam.* 279. uxorem, aut maritum osculo tantum putari.

Atque ita cernitis, qua ratione, quove modo munera sponsalitia heredibus donatoris, vel donatori restituantur interveniente morte sponsi, vel sponsæ, cum tamen arræ nunquam reddantur morte dissolvente spem nuptiarum, *l. 3. hoc tit.* & reddantur tantum interveniente culpa sponsæ, quæ accepit: facit hac in re solemnis locus Solini *cap.* 56. dum scribit de moribus Thracum: *Nupturæ*, inquit, *non parentum arbitrio transeunt ad maritos. sed quæ præ aliis specie valent subarrari volunt, & licentia taxationis admissa, non moribus nubunt, sed præmiis.* Quanquam ille locus videatur potius esse accipiendus de dote, quam mulieri offert vir, atque adeo in quibusdam libris legi, non *subarrari*, sed *subhastari*, ut scilicet ei, qui plus obtulerit, nubant. Nam addit, *rar, quas premit formæ dedecus dotibus emere, quibus conjungantur, sicut præmiis, & quasi dotibus veluti sub hasta, formas præstantes viri coemunt.* Tacitus de mor. German. refert, Germanos olim obtulisse dotes uxoribus, non uxores maritis: & tandem etiam hoc introduxere in orbe Romano novissimi Impp. dum quasi ex utraque parte conferri voluerunt dotem à muliere donationem propter nuptias à viro. Restat, ut admoneam etiam idem jus esse in omnibus contractibus, in quibus intervenit arra: Ut si culpa emptoris, vel locatoris, vel conductoris, vel sponsi, non impleatur contractus, vel matrimonium, arras amittat, quod & pactis adjici solet, *l. 6. & ult. ff. de leg. commiss.* Nec tamen necesse erat adjici, quoniam jus ita se habebat: plerumque quod vulgo pacisci solent contrahentes, tandem transit in jus commune, & pro pacto, atque convento habetur: & frequens usus tacita pacta inducit. Quod si culpa venditoris, locatoris, aut conductoris, vel sponsæ non impleatur contractus: jus commune est omnibus, ut reddantur arræ in duplum, *l. contractus, sup. de fid. instrum. §. 1. Inst. de empt. l. Rhodia, cap. 19. l. 3. & pen. hoc tit.* Excipiuntur tamen certi casus, quibus tantum in simplum tenetur sponsa, vel parens sponsæ, qui arras accepit, etiamsi nuptiis impedimento fuerit, quos casus facile percipies ex lectione *d. l. pen.* Necesse est tamen referre hic convenienter præter casus exceptos in *l. pen.* excipi alium casum in *tit. 2. si rector provinciæ, vel ad eum pertin. sponsal. ded.* id est, arras. Casus hic est. Si rector provinciæ, vel quivis alius, qui officium administrat in provincia, & potest esse terrori provincialibus (nam Cyrillus male in hac re distinguit præsidem à cæteris administrantibus officium publicum) si is, inquam, in ea provincia puellam desponderit, & subarrarit, ut potuit. Nuptiæ enim ei interdictæ sunt, non sponsalia, non potest ducere uxorem in ea provincia, in qua fungitur officio publico, sponsalia contrahere potest. Et ita si despondeat puellam in ea provincia oriundam, vel in ea domicilium habentem, si post depositum officium, quo tempore cum ea contrahere potest nuptias: ea noluerit nubere, liberatur reddendo simplum, id est, arras, quas accepit, & nihil præterea in *l. si quis officium, ff. de rit. nupt.* Neque tenetur in duplum, etiamsi ipsa det causam repudio, quia præsumitur non sua sponte fecisse sponsalia cum eo, sed territa & coacta potestate, & viribus officii publici, atque ideo liberatur reddendo simplum, *d. l. si quis officium*. Cui objicitur *l. 1. hoc tit.* Propterea, quod ait, eam lucrari arras, atque ita nec simplum reddit. Sed ut hoc exponam clarius, nihil est verius quam necessitatem reddendarum arrarum hac constitutione remitti. Et ita accipiendam esse *d. l. si quis offic.* ut non aliter reddat arras, quam si sua sponte, & ultro eas reddere velit, ut fit plerunque, ut nolint quicquam retinere, quæ repudiant sponsum, ex ejus bonis. Et vero honestius esset arras reddere: sed si nolit reddere, non exigentur. Hæc est mens hujus constitutionis. Denique constitutio est remissio necessitatis, indulgentia, venia, vel ut posteriores loquuntur, dispensatio: Græci οἰκονομίαν interpretantur. Falso autem quidam, cum revera ita sint hæ duæ leges in concordiam adducendæ, comminiscuntur

tur

tur, *l. si quis offic. ff. de rit. nupt.* esse de sponsalibus, & A constitutionem hujus tituli esse de nuptiis. Hoc vero falsum esse ostendit series titulorum, & titulus ipse, qui ostendit constitutionem etiam esse de sponsalibus. *si rectori prov.* alioquin nihil distaret hic titul. à tit. *si quacunque præditus potest*. Superfluus etiam esset ille titulus, si uterque esset de nuptiis. Et discrimen hoc tamen intercedit, quod hic de sponsalibus est, ille de nuptiis. Ac præterea si contraxisset nuptias provinciæ rector, vel qui ad eum pertinet, cui ipse operam hac in re dedisset, injustæ essent nuptiæ: & sicuti dos fieret caduca, in *d. l. si quis offic. §. veterem*: ita oporteret arram fieri caducam, nec cedere lucro uxoris injustæ. Nec illud omittendum est in hac constitutione arras appellari sponsalia, & pignora, ut *l. 6. Cod. Theod. de sponsal. & l. ult. inf. de ingen. manumiss. l. 1. inf. si nupt. ex rescript. pet.* Hieronymus B *de virginitatis laude*, *humanorum sponsaliorum pignore subarrari*. Atque ita animadverto tres primos tit. hujus libri esse de sponsalibus, sed primi primam partem esse de sponsalibus, id est, repromissione futurarum nuptiarum, quæ etiam ita definitur ab Alexio, prima contrahentium conventio: nec tamen eodem significatu sponsalia accipi in sequentibus duobus tit. sunt hi tres de sponsalibus, sed non eodem significatu in omnibus accipi sponsalia: in primo tit. nuncupantur sponsalia mentio, & repromissio: in secundo sunt arræ sponsalitiæ, ut dixi: in tertio donatio propter nuptias, ut in *l. patri*, *Cod. Theod. de sponsal.* in *l. 2. inf. de sec. nupt. & l. prædia, inf. de præd. min. Novel. Valent. de Episcop. jud.* & aliis plerisque locis. Et quarto significatur in eodem tit. 3. sponsalia esse munera sponsalitia, *l. 3. eod.* quæ quam C distent ab arris, jam ostendi. Ac præterea observandum est *hoc tit. 2.* non tantum teneri rectorem provinciæ, qui provincialem despondit, eamque subarravit, sed etiam ad eum pertinentes, quibus ipse faverit hac in re, qui à Græcis dicuntur προσήκοντες, hi sunt liberi, cognati, affines, domestici, assessores, qui dicuntur participes consiliarii, *l. 2. sup. de contract. judic.* Apud Plautum *in Mil. glor. Socium tuorum consiliorum, & participem consiliarium.* Tertia pars tit. est de proxeneticis, quo nomine significantur mercedes, sive præmia, quæ debentur intercessoribus, sive conciliatoribus nuptiarum, aliorumve contractuum. Nam ut ait *l. ult. ff. de sponsal.* etiam conditiones nuptiarum, quæ passim dicuntur simpliciter conditiones, expediuntur interpositis personis. Sed in hac tertia parte agitur tantum de his, qui conciliatores, in- D terpretes, & sequestres sponsalium, vel nuptiarum sunt: quantum pro proxenetico, pro opera, & conamine illo ferre debeant, aut possint, quos etiam Seneca vocat *pararios*, quasi medios inter duos: nam veteribus pares, id est, duo, & Diodorus Siculus generaliter hujusmodi homines vocat μεσίτας τῶν ὁμολογιῶν, id est, *sequestres conventionum*: & in venditionibus, & emptionibus Dinarchus, & Isæus vocant προπωλοῦντας, & Lysias, προπωλητάς, & Aristophanes προπόλους, & Plato προμνηστρίας. Sed proxeneticum, id est, præmium, quod eis datur, etiam φιλάνθρωπον, id est, benignum munus vocatur, *l. 2. ff. de proxenetic.* quod scilicet benigne eis largiantur ii, quibus operam navant, quibusve conditionem quærunt: Nam dicta *lex 2.* non dicit Philanthropi per Synæresim, ἔπαθλον φιλάνθρωπον *præmium liberale*, quod uno nomine li- E cet dicere φιλάνθρωπον. His vero proxeneticis modum imposuit pro quantitate dotis, & donationis propter nuptias, *l. ult. hoc tit.* quæ hic deest, & est Græca, quam ego integram edidi libro undecimo observat. Unde petes sententiam ejus, & cætera de proxeneticis. Illud tamen inculcabo ex *d. l. ult.* non posse hujusmodi homines in coeundis sponsalibus interpositos, vel nuptiis immixtos, non posse exigere proxeneticum, nisi stipulantibus eis promissum, sit non paciscentibus. Pactio enim non sufficit, & extra ordinem non possent peti proxenetica citra stipulationem. Est enim sordidum proxeneticum accipere, ut ait *lex 3. de proxenet.*

AD TITULUM III.

DE DONATIONIBUS ANTE NUPTIAS, VEL PROPTER NUPTIAS, ET SPONSALITIIS.

DUÆ sunt partes hujus tit. prior *de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias*: posterior *de sponsalitiis*. Et tamen hoc tit. priores sunt constitutiones *de sponsalitiis*, id est de muneribus sponsalitiis, quæ sponsus, vel socer, aut socrus, dat sponsæ, vel socero, & è contrario. Nam hæc plerunque munera sunt reciproca, quæ quam distent ab arris sponsalitiis, supra satis ostendimus: posteriores autem constitutiones 4. sunt *de donationibus ante nuptias*, ut olim dicebantur, hodieque dicuntur donationes propter nuptias, quia non tantum præcedere, ut olim, sed etiam sequi nuptias possunt, *l. pen. hoc tit.* Ejus nominis Justinianus reformator fuit, quæ enim res olim vocabatur donatio ante nuptias, eam dehinc voluit vocari donationem propter nuptias. Sciendum autem est, ut hæ partes hujus tit. breviter explicentur, donationem omnem valere inter sponsum, & sponsam, *l. 1. ff. de donat.* atque etiam stipulationem factam inter sponsum, & sponsam donandi animo, excepto casu *l. 3. hoc tit.* si mulier sponsum in dote decepit, puta si dotem minorem attulerit, quam fecerat spem sponso forte, & interim spe amplioris dotis sponsus promiserit se daturum mulieri res quasdam forte magni pretii, namque harum rerum, horumve munerum non erit mulieri petitio efficax, indigna est munere, quæ decepit virum in dote: & excepto etiam casu *l. 5. hoc tit.* si turpis fuerit causa promittendi, vel dandi muneris sponsalitii. Ut si forte impostor quidam, fingens se esse cœlibem, cum haberet uxorem desponderit puellam, & promiserit munera multa: neque enim ea potest desponsa petere, quia turpis est stipulatio, turpisque promissio, cum non possit habere sponsam, & uxorem: vel etiam si hic idem dederit munera quædam, ut promissa non possunt peti à sponsa, ita data non possunt repeti à sponso, quia ubi solius dantis turpitudo versatur, non sponsæ, quæ munera accepit, nescia ficti cœlibatus, cessat condictio. Et hoc idem Græci notant ad *l. 5.* & Accursius etiam concludit retineri, quæ ille dederit munera ab ea, quam non jure despondit, & idem Accursius id evidentius explicat in *l. 4. ff. de cond. ob turp. causam*. Excepto etiam *casu l. 4. hoc tit.* si donatio facta sponsæ, collata sit in tempus matrimonii, ut scilicet non ante res traditæ fiant sponsæ, quam impletæ nuptiæ fuerint, ut in *l. cum hic status*, *§. si sponsus*, *ff. de don. inter vir. & ux.* quia scilicet inter virum, & uxorem donatio non valet, nec ea igitur, quæ confertur in id tempus, quo erunt mariti ambo, donatio inter sponsum, & sponsam valet, inter virum, & uxorem non valet, id est, constante matrimonio non potest vir uxorem ullius rei suæ per donationem facere dominam, nec contra uxor virum (loquor de donatione simplici) Nam donatio propter nuptias, quæ cum dicatur propter nuptias, jam non est mera, simplex, sive directa, hæc inquam, etiam constante matrimonio fieri, vel augeri potest, sicut dos, quæ etiam à veteribus connumeratur inter donationes, ita tamen, ut donatio propter nuptias non excedat quantitatem dotis erogatæ vicissim ab uxore, ne fraus fiat legibus hac ratione prohibentibus donationes inter virum, & uxorem. Nam quod excedit dotem, simplex donatio est. Non est autem propter nuptias, si superet modum dotis, id est, dotem: donatio propter nuptias igitur non potest major esse dote, minor potest esse, *l. ult. hoc tit.* Imo hodie ex Nov. 97. neque major, neque minor, sed æquales quantitates dotis, & donationes propter nuptias, & pretia æqualia esse oportet, atque omnino congruere summas dotis, & donationis propter nuptias, ut igitur dos,

ita etiam donatio propter nuptias, quæ contraria est dos, constante matrimonio constitui potest, quod Martianus Capella lib. de nupt. Merc. testatur: qui locus omnimodo pertinet ad jus nostrum: *Arcanus*, inquit, *prisci juris assertor, magna nepotum obsecratione consulitur. Responditque etiam regulariter matrimonio copulato, dotem dicere fœminam viro ullis legibus prohiberi*. Et eleganter *l.pen. hoc tit.* non obesse ejusmodi munificentiis, id est, dote, vel donatione propter nuptias, interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum: hæ enim munificentiæ excipiuntur, quia non sunt donationes simplices, sed contractus, quibus inest negotium aliquod, illa scilicet, dum datur propter dotem, & hæc dum datur propter donationem propter nuptias, & propter onera matrimonii. Et rursus eleganter *lex ult. hoc tit.* ea, quæ dantur propter nuptias esse quasi ἀντιφέρνα, non dationes simplices: donatio igitur propter nuptias magis est æquamentum dotis, sive amussis, sive ἀντιφέρνη, id est, contraria dos, quodve contra dotem offertur, quam mera donatio. Et rursus in *dict.l.ult.* & nomine, & substantia nihil distare dotem à donatione propter nuptias. Nam utraque donatio dici potest, utraque dos, neque etiam substantia distant, nam eadem vis est, & natura utriusque. Idem jus utriusque, pacta æqualia de lucro nuptiali, quæ paciscuntur invicem, ut scilicet præmoriente viro lucretur uxor donationem propter nuptias, aut ejus partem: & contra præmoriente uxore, ut similiter ex dote lucrum ferat maritus: pacta hæc æqualia esse oportet, & æqualia lucra, ut dixi ex *dicta Novella* 97. æquales summæ esse debent: ergo & accidentia sunt eadem, maxime cum pacta æqualia esse oporteat, & ut ait *dict. l.ultim.* in summa æquis passibus utraque ambulat, & eleganter, quod magis declarat quid sit donatio propter nuptias, additur in *d. l.ultim.* donationem propter nuptias fieri propter dotis dationem, & non esse donationem simplicem, sed factam propter dotem, & propter nuptias: simplicem donationem non fieri propter nuptias, sed propter nuptias prohiberi jure civili inter virum, & uxorem: quia nec fiunt propter nuptiarum affectionem, quæ jam contractæ sunt, sed propter alias causas, forte an libidines, vel unius conjugis egestatem, ut *l.1. & 2. D.de donat.int.vir. & uxor.* Ex his facile conficies donationis propter nuptias definitionem, nimirum hoc pacto: donatio propter nuptias est contractus, quo quis dotem contrariam uxori offert; donatio enim propter nuptias est æquamentum, levamentum, examen, amussis, sacoma dotis. Contractum esse apparet ex *Novell.*119. ut donatio propter nuptias specialis sit contractus, & ex ea Novella hæc donatio non indiget insinuatione, id est, actorum publicorum testificatione, & confectione, nec ex parte viri, nec ex parte uxoris. Hæc tamen recantat Justinianus *Novell.* 127. dum vult, ut ex parte uxoris, si agatur de lucro ei adquirendo ex donatione propter nuptias soluto matrimonio, eam donationem non indigere insinuatione, ex parte viri indigere, ut pariat ei lucrum æquale ex dote in casum mortis mulieris, vel in casum injusti repudii. Olim hæc donatio propter nuptias indigebat insinuatione simul, ac munus omne sponsalitium, præterquam si donaretur minoribus ætate fœminis, *l.s. l.3. l.ultim. Cod. Theod. de sponsalibus*, *l.17. l.ultim. hoc tit. l.sancimus*, *§.alias vero, inf. de donat. l.ult. §. simili quoque modo, inf. de jure dot.* Et quod supra dixi sponsalium nomine etiam significari donationem propter nuptias, est verissimum: nam quod *lex 2.sup. de nupt.* vocat sponsalia, eam legem enarrans Justinianus in *Novell.* 22. interpretatur donationem propter nuptias: denique & sponsalium nomen est commune, & repromissioni futuri matrimonii, & donationi propter nuptias, & arris sponsalitiis, & muneribus sponsalitiis. Et ideo recte glos. Græcorum sponsalia interpretantur ἕδνα: nam ἕδνων nomine & apud Homer. significantur ea, quæ sponsus dat sponsæ, sive sit munus sponsalitium, sive donatio propter nuptias, & contra quæ sponsa sponso. Et continentur etiam eo nomine, quæ dicuntur θεώρετρα καὶ ἐπαύλια, munera scilicet, quæ dantur sponsæ, quo die primum ei eam videre licet, & colloqui: ea autem ἀνταύλια καὶ καταύλια quæ vocant munera sponsalitia, nuptialitia, dico ea esse, quæ conferunt cognati, & affines sponsæ, quando munera sponsalitia expectat à cognatis, & affinibus, de quibus fit mentio in *l.1. §.præterea, ff de tut.& rat. distr. & l.tutorem, §.ult. ff.de admin. tut. l.inter donum, ff.de verb. signific.* Quibus locis etiam ostenditur eam erogationem non esse necessariam, & culpari tutorem si quid impenderit in munera sponsalitia pupilli nomine. Non est etiam illud omittendum, sponsalitiæ largitatis nomen etiam porrigi ad donationem propter nuptias; nam quod *lex 4. inf. de sec. nupt.* vocat sponsalitiam largitatem, quo nomine propria specie videntur tantum significari munera mutua maritorum eam legem enarrans Justinian. in *d.Novell.*22. interpretatur donationem propter nuptias, ut non male vetus interpres *Novell.*97. *Ut sponsalitia largitas specialis sit contractus*, id est, donatio propter nuptias.



AD TITULUM IV.

DE NUPTIIS.

EXPOSITIS contractibus iis, qui ante nuptias fieri solent, aut fieri solebant, ut donatio propter nuptias, consequens est, ut tractet de nuptiis, sive matrimonio ipso. Matrimonii, sive nuptiarum definitionem tradidi ab initio hujus libri, nimirum esse *conventionem nudam, quæ fit inter marem, & fœminam liberorum procreandorum gratia, ea lege, votoque, ut in una domo totam degant vitam socialiter*, quæ definitio substantiam rei explicat longe aliter, quam Modestini definitio tradita in *l. 1. ff.de ritu nupt. Matrimonium esse conjunctionem maris, & fœminæ, consortium vitæ, communicationemque divini, & humani juris*: quæ definitio ex effectu concepta est, ut si quis definiat societatem, communicationem damni, & lucri in negotiatione, vel communicationem universorum bonorum, vel partis: matrimonium enim, id est, nudus consensus, quo cum contractum perfici constat, inducit, & creat conjunctionem maris, & fœminæ, simul ac coitionem corporum. Ita enim accipienda sunt illa verba, conjunctio maris, & fœminæ, ut in *l.1. ff. de just. & jur.* pro coitione corporum, ut invicem alter alteri in constituendo, contrahendoque matrimonio sui corporis potestatem faciat, ut invenio apud Macarium *Homil.*32. quod olim fiebat plerisque locis, solemne fuisse in contrahendis nuptiis, conveniendis, ut diceret alter alteri: καὶ τὸ σῶμά μου σοῦ ἐστι, id est, *corpus meum tuum est*: Nudus ille verborum consensus est consensus in coitionem corporis: & additur in definitione Modestini, consortium omnis vitæ, ut intelligatur matrimonium esse societatem omnis vitæ, & fortunæ, sive prosperæ, sive adversæ, ut est in Themistii oratione 3. βίου κοινωνία, id est, *vitæ societas*. Ac præterea additur in definitione Modestini, *Communicatio divini, & humani juris*, ut intelligatur uxorem etiam esse sociam sacrorum, id est, iisdem uti sacris, iisdem obligari sacris, quibus utitur, obligaturque maritus: sicuti dicitur heredem obligari, & alligari sacris defuncti, & filiumfamil. alligari sacris paternis: sic uxorem etiam dicimus uti iisdem sacris cum marito, sicut eodem foro, & domicilio utitur, iisdemque honoribus, in *l.ultim. inf. de incol. l.mulieres, inf. de dignit. libro 12. l.10. hoc tit.* In qua notandum est, quod ait, eam, quæ nupserat clarissimo viro, veluti Senatori, ejusve filio, si eo mortuo nupserit secundi ordinis viro, eam amittere dignitatem prioris mariti: secundi ordinis virum illo loco non esse plebejum hominem, ut Accursius male ait, sed equestrem dignitatem, ut aperte demonstrat *lex un.inf. de equestri dignit. lib.*12. quæ nominatim secundum ordinem facit equestrem. Et ad summam hic adnotandum ex *l.4. inf. de crim. expil. hered.* *uxorem sociam humanæ rei, atque divinæ domum suscipi, vel domi suscipi*,

scipi. Sic est legendum, quod miror nondum fuisse emendatum, ut in quibusdam veteribus exemplaribus: Nam quid illa verba significant, quæ vulgo leguntur, *sociam humanæ rei, & divinæ domus suscipi*? Quæ quidem lectio ineptissima est. Sed hæc sunt perspicua admodum. Videamus nunc, qua de re agatur hoc titulo. Constitutiones hujus tit. omnes eo pertinent, ut intelligatur quæ sint permissæ, & quæ prohibitæ, quod etiam agitur in quinto, sexto, septimo, & octavo: atque adeo hi 5. tituli eodem spectant, & hic noster quartos dat initium huic tractationi. Cæteri igitur sunt appendices hujus, & quasi sequelæ. Ergo incipit tractare in hoc titulo, quæ nuptiæ sunt permissæ, & quæ prohibitæ. Permissæ enim sunt quædam, quæ videbantur prohibendæ, aut quæ olim prohibitæ fuerunt, & ita permissæ sunt patrono nuptiæ cum liberta, etiamsi eadem patrono alumna fuerit, quod videtur olim obtinuisse, propterea quod alumna in plerisque loco filiæ est: sed tamen in hoc titulo permittuntur nuptiæ patrono cum liberta, etiamsi alumna fuerit, *l. 15. l.26.* Permittuntur nuptiæ cum consobrina in l.19. quo jure utimur. Nam ex eo gradu cognatorum, ex tranverso hodie ducimus uxorem, & consobrini sunt in quarto gradu. Permittuntur etiam inter dispares ordinis dignitatis, honestatisque personas, in *l. 23. §. pen. hoc tit.* quæ olim existimabantur esse impares nuptiæ, & omnes nuptiæ impares inutiles sunt: nam pares paribus conditione, & dignitate conjungi volebant, aut certe inter personas dignitate impares intervenire solemnitates nuptiarum, & instrumenta dotalia, *l.22. hoc tit.* Item permissæ sunt nuptiæ militi cujuscumque ordinis, aut conditionis cum ingenuis mulieribus, etiam sine solemnitate, sine dotalibus instrumentis, *l.21. hoc tit.* Et generaliter hodie in nuptiis non exiguntur dotalia instrumenta, neque solemnitas nuptiarum, nisi inter personas illustres, *ut Novella* 74. Et quod dixi de solemnitate nuptiarum animadvertendum est, vulgo nuptias dici, non quod in definitione nuptiarum antea exposuimus, sed solemnitatem, pompam, festivitatem, & celebritatem nuptiarum. Et hoc sensu pleraque exaudire oportet scripta in testamentis, & conventionibus facta mentione nuptiarum, quia solent homines plerunque abusive loqui in testamentis, & conventionibus, ut vulgus loquitur, nec propriis nominibus uti, *l.non aliter, §.1. ff. de leg.3.* Et ideo ex *l.24. h. tit.* in conventionum, vel etiam ut Græci addunt recte, in legatorum, aut fideic. conditionibus, quæ conferuntur in tempus nuptiarum, vel in nuptias, *veluti dato illi tempore nuptiarum filiæ meæ, dato illi cum nupserit filia mea*, non esse ea verba sic intelligenda, ut accipiantur de eo tempore, quo solo consensu nuptiæ contrahuntur, vel de ætate nubili filiæ, puta, quæ excedit annum 12. sed de celebritate, festivitate, pompa nuptiarum: & hæc de permissis nuptiis. Dicamus de prohibitis, & præmittamus illic prohibitas nupt. stupra esse, non nupt. & liberos spurios esse, non justos, & legitimos. Et prohibitæ sunt quidem nuptiæ liberto cum patrona, vel ejus filia, aut nepte, vel uxore quondam patroni, *l.3. h. tit.* Prohibitæ cum concubina patris, quæ est, vel fuit, *l.4. h.tit.* Prohibitæ ei, qui officium in provincia administrat cum muliere, aut virgine inde oriunda, vel ibi domicilium habente, *l.6. h.t.* Prohibitæ cum suscepta ex sacro baptismate, *l.26. hoc tit.* quæ loco filiæ est: & perpetua prohibitione non tantum inter parentes, & liberos, sed etiam inter eos, qui sunt loco parentum, vel filiorum, & eam, quæ suscepta est ex sacro fonte, quæ dicitur à Græcis filia adoptiva. Prohibitæ olim etiam erant nuptiæ lege Julia & Papia sexagenario cum quinquagenaria, arida utero, & sterili, quæ tamen hodie sunt permissæ à Justin. *l.27. hoc tit.* Et ideo debui hanc quoque speciem referre inter nuptias permissas, non inter prohibitas. Verum pergamus. Prohibitæ etiam sunt nuptiæ senatori, aut filio senatoris cum libertina, etiamsi patronos ipse sit ejus libertinæ, quasi scilicet impares, *l.15. & pen. hoc tit.* quod genus imparis matrimonii secundum jus Codicis sane prohibitum est, ut dixi; ideoque hoc titulo prohibentur hæ nuptiæ. Itaque rectius hanc speciem repono inter prohibitas nuptias, quod hoc libro, & hoc titulo prohibeantur, ubi agitur de nuptiis, quanquam verius sit ex Novellis non esse prohibitas, propterea quod ex eis hodie, quod attinet ad alias personas, quam patronum, libertini pro ingenuis habentur. Denique non est libertinitas hodie, nisi inter patronum manumissorem, & manumissum, non inter cæteras, quia manumissi pro ingenuis habentur ubique: & ideo elegans est, quod definitur in *l.pen.* ut si is, qui duxerit libertam cum esset equestris ordinis, deinde fiat senator, hoc casu non dissolvi nuptias, quæ ab initio non potuissent contrahi, ex lege Papia inter libertam & senatorem, ex post facto injuste contractæ dissolvi non possunt, quia major felicitas mariti non est idonea causa dirimendi matrimonii rite contracti, quod plerique nobiles regni, compotes voti non observant, & male. Nam perpetua est regula *l.3. inf. de interdict. matrim.* matrimonium rite contractum ex post facto non vitiari. Prohibitæ etiam sunt ingenuis hominibus cum famosa muliere, puta cum scenica, quæ se immiscet, prostituitque ludis scenicis, vel cum scenicæ filia. Et addit tantum exceptionem Justinianus in *l.23.* nisi scenica resipuerit, & ad bonam frugem redierit, pœnitentia quidem non aboleri infamiam, ut est in *l.palam*, *D.de rit. nupt.* sed si pœnituerit scenicam ex rescripto principis, & confectis dotalibus instrumentis, erit ei connubium cum ingenuo: hanc igitur omnem infamiam rescriptum principis delevit: principis enim est abolere infamiam. Quoniam ergo pœnitentia sola non sufficit, necesse est notam ante actæ vitæ deleri rescripto principis, atque etiam, ut solemnitates nuptiarum adhibeantur. Et quo minus resipiscant, nullis tenentur obligationibus, puta si se perpetuo theatro addixerint: namque possunt redire ad bonam frugem sine metu harum obligationum, quæ ipso jure nullæ sunt, *l. ult. hoc tit. & Novella* 51. Ratio non est eadem, quæ *leg.23. sup.de episcop.aud.* licet sit eadem sententia utriusque, quia ea lex ulti. scripta est ad Episcopos, hæc ad magistratus civiles, & concepta est aliis verbis, ut initium demonstrat. Sed quod majoris est momenti, addamus etiam prohibitas esse nuptias, & illicitas eas, quæ ab initio contrahuntur, sive dissolutæ postea renovantur sine auctoritate patris, in cujus auctoritate est puella, vel adolescens, *l.7. & l.12. hoc tit.* Injustæ sunt nuptiæ, quas contraxit, vel renovavit filiusfamil. aut filiafam. sine auctoritate patris. Idemque est si filia sit emancipata, non dico si filia sit minor 25. annis: nam emancipata, major 25. annis, habet arbitrium nubendi cui velit, sed emancipata minor 25. annis debet nubere patris auctoritate. Quod si patre sit orbata, debet nubere tutore auctore, & matre, & propinquis. Quod si forte inter se non consentiant, & cupiat mater eam conjungere nobiliori, tutor plebejo: hujus arbitrium rei suscipiet judex, dirimetque hanc controversiam, & dabit jus nuptiarum secundum arbitrium, vel tutoris, vel matris, vel propinquorum, prout melius ei esse videbitur, quod ostenditur in *l.1. & l.18. & l.20. h.t.* Placet autem quod *l.1.* facit mentionem tutoris, non curatoris: Nam tutoris auctoritas omnimodo est necessaria ad nuptias contrahendas. *Ulp. in fragm. tit. de tut.* Si patronus, qui est tutor mulieris absit, in locum ejus alium tutorem non dari, nisi duobus casibus .i. ad adeundam hereditatem, *l.17. §.tut. ff. de appell.* & ad has nuptias contrahendas. Ad hæc inutilis est auctoritas curatoris, vel propinquorum, quia non est legitimus auctor, vel arbiter, neque sunt etiam affines propinqui, *l.8. hoc tit.* Curator enim tantum solam rei familiaris administrationem, non personæ curam gerit. Igitur si puella sit utroque parente orbata, cui malit ipsa nubere tantum spectandum est, neque requiritur auctoritas curatoris, vel propinquorum, nisi forte ea erubescat suam sententiam exponere, quo casu si varii sint competitores, relinquitur arbitrio judicis, vocatis propinquis, *l.20.hoc tit.* Ubi autem superstes est pater, qui filium, aut filiam habet in potestate, vel etiam, cujus filia emancipata minor est 25. annis, cer-

certum hoc est; & tunc inutiles esse nuptias, atque injustas, si sint factæ sine consensu patris: nec requiri tamen consensum expressum patris, satis est, si non contradicat nuptiis, taciturnitatem patris imitari consensum, *l. 5. hoc tit.* & est veluti parœmia quædam sumpta ex jure, ut scribit Gregorius Nazianzenus 2. *orat. de pace*, eum, qui tacet, consentire videri, & silentium pro consensu haberi, & taciturnitatem consensum esse docet parœmia, quæ scilicet hoc obtinuit in multis negotiis, ut sit taciturnitas pro consensu, & raro pro dissensu. Etiam non est omittendum quod cavetur *l. pater, hoc tit.* quæ lex est admodum singularis: nam quod est in ea proditum, nusquam alibi reperitur. Est de patre, qui filiam exposuit egestate coactus, alioquin pater non exponeret filiam, qui etsi eam non educaverit, sed educata fuerit ab extraneo, & adoleverit apud eum, non ideo amisit jus patriæ potestatis: imo non valent nuptiæ cum ea puella contractæ sine auctoritate patris, qui eam projecit. Et si forte qui eam collegit expositam, & exhibuit adultam factam apud eum, si velit conjungere filio suo, æquum est, & honestum ut non adversetur pater, qui eam exposuit: sed tamen non cogitur consentire, nec cum filio educatoris contractæ nuptiæ, justæ erunt dissentiente patre, qui nunc eam adultam factam vindicat, & vult eam elocare suo arbitrio: Sed quia summa ingratitudo hæc est, ut non agnoscat beneficium, quod accepit ab educatore filiæ, & non faveat voto ejus cupientis eam suo filio conjungere: ita plectitur tantum pater, ut reddat sumptus alimentorum in hoc tantum casu: Ubi Thalelæus notat in hoc tantum casu reddi alimenta, quia regulariter non redduntur educatori sumptus alimentorum. Et ea de re ait exstare constitutiones in *tit. de infantib. exposit.* quod est omnino falsum. Imo *l. 1. ejus tit.* exigit solutionem alimentorum, si dominus, vel patronus ancillam, vel libertam se invito, vel ignorante expositam vindicet: Nam necesse est ut reddat educatori alimenta, nisi vindicet à fure, huic non redduntur alimenta, sed bonæ fidei possessori tantum, qui in hanc expositam exercuit misericordiam. Et breviter ut apparet ex *l. 16.* oportet nos separare filium, & patrem, libertum, & patronum, dominum, & servum, & demum hac in re ita constituere. Si sciente domino, vel patrono expositus sit servus, vel ancilla, libertus, vel liberta, ei nunquam repetitionem, vel vindicationem dari mancipii vel liberti, sed neque educatori licere alumnum quasi servum retinere, aut libertum suum asserere. Expositione enim fit ingenuus, alioquin videretur educator pietatem exercere, ut ait *lex 3. inf. de infant. exposit.* mercimonio contracto, pietas non esset educatori, si pro mercimonio alumnos vellet redigere in servitutem, ut dicitur de Paulo Samosatensi, eum pietatem existimasse esse *φορμὸν* quasi *reditum, c' est à dire un revenu*, & plerique existimant hodie. Igitur si sciente domino, vel patrono expositus fuerit servus, vel libertus, amittit dominium, aut jus patronatus: si ignorante, & invito, vindicat quod suum est, redditis impensis alimentorum, nisi vindicet à fure. In patre & filio, vel filia aliud est: nam non amittit jus patriæ potestatis, etiamsi filium exposuerit, aut filiam, ut ait *d. lex* 16. & vindicans eum eamve, non refundit expensas alimentorum, nisi in casu *d. l. 16.* dum non favet voto pii educatoris, cupientis suo filio alumnam conjungere. Est evidens discrimen. Nec alia ratio reddi potest, quam quod indulgendum magis sit affectioni patris, quæ omnes affectiones superat, quam affectioni domini aut patroni. Et quod dicitur de non reddendis expensis, omnino congruit cum jure: Nam quæ quis expendit pietatis gratia, non veniunt in actionem negotiorum gestorum, *l. 1. sup. de neg. gest.* Et hic pietas sola novit educatorem expositi, & ut ait *l. 2. inf. de infan. exposit.* voluntas amica misericordiæ, ut Tertull. in Apolog. *filios exposuit suscipiendos ab aliqua misericordia prætereuntis extranea.* Nec illud etiam omittendum, quod tamen fuit omissum in prima parte tit. 1. hac in re esse differentiam inter sponsalia, & nuptias, Exposui enim illic aliquot differentias exemplo Modestini, restat adhuc hæc una: Quod & si nuptiæ non possunt contrahi, vel reconciliari sine consensu patris, & auctoritate, maxime si puella, aut adolescens sint in ejus potestate, tamen dissolvi non possunt auctore patre, invita filia: Sponsalia dissolvi possunt auctoritate patris. Denique non possunt nuptiæ solo dissensu patris dissolvi, sponsalia possunt, *l. 10. ff. de sponsal. l. dissentientis, inf. de repud. l. 11. hoc tit.* quæ dat etiam actionem marito adversus socerum, qui invitam retinuit filiam suam. Certum est dari interdictum de uxore exhibenda in *l. 2. ff. de lib. exhib.* quia jus patriæ potestatis non potest turbare bene concordatum matrimonium, sponsalia potest, ut Cremes apud Comicum, *uxorem negat se daturum filiam, quam tum ante desponderat.* Denique solus pater dissolvit sponsalia, non nuptias. Postremo sunt prohibitæ injustæ, & nefariæ nuptiæ, *l. 17. hoc tit.*

AD TITULUM V.

DE INCESTIS, ET INUTILIBUS NUPTIIS.

POST titulum generalem de nuptiis, datur specialis titulus *de incestis, & inutilibus nuptiis*, persequitur scilicet hic tit. (quod cœpit anteriore) genera nuptiarum explicare, quæ injustæ, inutiles, & illicitæ sunt, & quæ atrociori nomine incestæ dicuntur, & nefariæ. Nam & ex inutilibus nuptiis superiori titulo hæ expositæ sunt, si quis filiusfamil. faciat nuptias sine auctoritate patris: qui modo auctor esse possit, id est, qui furiosus aut mente captus non sit, si puella sine auctoritate tutoris, quia ad nuptias contrahendas adultæ non sufficit auctoritas curatoris, tutoris opus est, sicut ad adeundam hereditatem etiam puberi. Si libertus patronam, aut patroni uxorem, filiam, neptem ducat: si quis in ea provincia, in qua officium administrat nuptias contrahat: si susceptam ex baptismo, quam filiolam appellamus: hæ nuptiæ inutiles, & illicitæ sunt, ut dictum est titulo superiori. Hoc tit. eis adjunguntur aliæ causæ inutilium nuptiarum, ut si liberta, quæ nupsit patrono, eo invito transnubat alii, *l. 1. hoc tit.* Potest ex lege Julia, & Papia, *l. ult. ff. de divort. l. in eo jure, ff. de ritu nupt.* Item si quis uxorem habet, ducat alteram, *l. 2. hoc tit. l. eum, qui, inf. ad l. Jul. de adult.* quod tamen aliquando permisit Valentinianus Imperator: sed cui sapientior mens est, nec superstite uxore, nec divortio non facto alteram despondere licet. Et turpes sunt nuptiæ, turpia sponsalia, *l. 5. de donat. ante nupt.* Novis nuptiis non fit divortium cum priore: divortium nunquam fit tacite, sed certis quibusdam, & solemnibus verbis: fiunt etiam jure civili inutiles nuptiæ inter servum, & conservam, *l. 3. hoc tit.* Notum est illud Plauti in Asinaria, *Quid istuc est serviles nuptiæ?* Infliguntur gravissimæ pœnæ decurionibus, qui conjungunt se ancillis alienis, hoc enim fit in fraudem Reipubl. cui serviunt decuriones, quia qui ex contubernio nascuntur (est enim contubernium non matrimonium) servi nascuntur, & servi non sunt pares muneribus Reipublicæ obeundis, decuriones sunt minores senatores (sic solent appellari) Majoribus autem senatoribus, puta urbis Romæ veteris, & novæ non tantum prohibitæ sunt nuptiæ cum ancillis, sed etiam cum libertinis, & generaliter cum omnibus humilibus, abjectis, & famosis mulieribus, quæ specialiter numerantur in *l. 7. hoc tit. & l. 1. inf. de nat. lib.* Ita ut non liceat his, quæ numerantur, adjungere alias quasi humiles, abjectas, & famosas. Et nimirum hæ sunt in hoc numero scenica, mimica, scenicæ, aut mimicæ filia, tabernaria, tabernarii, aut lenonis filia, aut arenarii, atque propola, quæ publice instat, & mercaturam vilem exercet: Nam & hæc mulier abjecta humilisque censetur, & indigna connubio senatoris. Qua de re etiam actum est titulo superio-

periori, addita exceptione in *l. 23.* nisi scenicam, aut A mimicam, quæ ad bonam frugem redierit, relicto theatro, vel pulpito, princeps restituerit famæ. Igitur in hoc titulo præfinitur, quæ sint inutiles nuptiæ, quas attigerat etiam *tit. 4.* Ac fine de inutilibus, & incestis nuptiis actum fuerat super. tit. Et fere enumeratæ omnes personæ, cum quibus incestum, & stuprum committitur, *l. 17. & l. 23. §. pen.* Sed tamen titulo proprio, & de incestis tractare voluit, simul ac de aliis inutilibus, quamquam fuissent expositæ titulo superiori. Et hic igitur de incestis nuptiis. Incestæ nuptiæ fiunt vel inter cognatos, vel inter affines, & ex iis aliæ sunt nefariæ, aliæ non sunt nefariæ. Nefariæ sunt, quæ incestæ sunt jure gentium, id est, quæ abhorrent à jure naturali, quæ religione, pudore, sanctitate omni procul absunt, & quas damnat naturalis ratio (Idem B est naturalis ratio, jus naturale, & jus gentium, inter homines scilicet: Nam omitto jus naturale, quod est commune cum brutis animalibus, & mutis) Quæ ergo sunt incestæ jure civili, non sunt etiam nefariæ. Incestum igitur aut committitur jure civili, aut jure gentium, *l. ult. ff. de rit. nupt. l. ult. ff. de condict. sine caus. l. si adulterium cum incestis in princ. & §. 1. & 2. ff. ad leg. Iul. de adul.* Dicamus de incesto jure gentium. Incestum jure gentium committitur primum quod ad cognatos attinet, prima linea inter parentes, & liberos in infinitum, cujuscunque sint gradus, *l. nuptiæ, ff. de rit. nupt.* cum filia, nepte, pronepte, &c. matre, avia, proavia, cujuscunque gradus sint parentes, aut liberi: Nam & velim præsciri in hoc tractatu, primum non observari gradus cognationis, etiamsi quis quærat ad C quem gradum jure civili matrimonia contrahi non possunt. Dicam hoc non posse definiri ex graduum definitione certa, sed ex enumeratione tantum personarum, quæ legibus comprehensæ ita sunt, ut pateat cum eis non esse connubium, id est, jus legitimi matrimonii. Ergo quod ad cognatos attinet jure gentium incestum committitur inter parentes, & liberos cujuscumque gradus in infinitum. Quod autem ad affines attinet, jure gentium incestum committitur inter eos affines tantum, qui inter se sunt parentum, liberorumque numero, vicove, ut jure gentium incestum committitur cum privigna, *la fille de ma femme*. Nam est mihi pene filia: Ego ei sum vitricus, & pene pater. Et consequenter jure gentium incestæ sunt nuptiæ cum privigna, mortua scilicet uxore mea, quia duas habere uxores non possum, D quia privignæ filia est mihi pene neptis. Si enim privignam appello filiam, ut vulgus vocat, & filiam ejus vocabo neptem, hæ appellationes solæ vetant coiri nuptias inter me, & illas, privignam scil. aut privignæ filiam, *l. Aristo, ff. de ritu nup.* Et similiter incestum committitur jure gentium cum noverca, id est, quæ noverca fuit, id est uxor patris: nam si adhuc sit uxor, certum est me eam ducere non posse. Incestum igitur committitur cum noverca: nam & ea pene mihi mater est, matrisque loco colenda, ut quæ successit matri in eadem domo, & quæ sequitur vestigia matris. Et ita Spartianus: *Novercam matrem quinimo uxorem duxit*, Sic Phocylides ait, *Μητρυιὴν δ' ὡς τίμα τὴν μητέρ' ἔχεσι βάσαν*. *Ut matrem cole, quæ successit matri in eadem domo, & quæ sequitur vestigia matris*. Et eadem de E re idem Spartianus in Caracalla: *Matrem, non alio dicenda erat nomine, uxorem duxit, & ad parricidium, induxit incestum*, id est, *novercam duxit*, Et apud Senecam, *committe curas auribus matris meæ*, id est novercæ. Pudor igitur vetat eam ducere, quam voco matrem, quamvis nec cognata mihi sit, nec affinis: nam morte patris, aut soluto matrimonio proculdubio finita est affinitas: sed colimus, & renovamus affinitatis memoriam, adeo ut etiam nefaria conjunctio sit cum ea, quæ fuit concubina patris, *l. 1. §. pen. ff. de concub.* quia concubina ea novercam imitatur. Et eadem ratione jure gentium incestum committitur cum nuru, id est, uxore filii, quæ est mihi pro filia, & nurum imitatur, vel quæ fuit concubina soceri, quia socrum imitatur, ut vel imitatio matris, vel quasi matris nos jubeat abstinere nuptiis. Hæ sunt incestæ nuptiæ jure gentium, & jure civili, & omni jure, quas quemcunque puderet, aut pudere deberet contrahere, etiamsi nulla ea de re scripta lex esset. Nunc dicamus de incesto, quod committitur jure civili. Incestum committitur jure civili inter cognatos ex transverso, vel à latere, non in infinitum, ut in recta linea, non inter omnes, sed inter quosdam ex iis, & non pro graduum lege, quod abrogavi jam ab initio, sed pro arbitrio legum, quæ vetuere nuptias inter eos: Nam hæc omnis prohibitio inter cognatos à latere est juris posititii, ita ut quæ nunc sunt prohibitæ, olim sint permissæ, vel contra, quia res tota pendet ex arbitrio legum, nec gradibus hac in re certus finis datus, qui discerneret eas, quæ duci possunt, ab iis, quæ duci non possunt. Quod sic demonstro ex secundo gradu, à quo incipiunt cognationes ex transverso (nam in jure transversali jure civili non est gradus primus) jure civili populi Romani non licet sororem ducere, sive consanguineam, aut germanam, aut uterinam: At ex Demosthene constat multis in locis licuisse Athenis germanam uxorem ducere, non uterinam. Ex quo efficitur non esse veras has nuptias jure gentium. Commune enim hoc jus est, & nunquam mutat: sed jure posititio in *l. 8. & 54. D. de rit. nupt.* vox *sororem* est Triboniani, non auctoris: Nam sororem prohibemus ducere legibus, non moribus. Et hoc de secundo gradu. Ex tertio gradu à latere, sive ex transverso, non licebat olim uxorem ducere: post licuit patruo ducere fratris filiam, idque jus diu permansit, adeo ut quod est in *l. 17. sup. tit. prox. præterea fratris tui filia, & ex ea nepte*, hæc verba non fuerint in integra constitutione Diocletiani, & Maximiani, sed ex jure novo addita sunt à Triboniano: Nam Diocletiani tempore patruo erat connubium cum fratris filia, quam vulgus vocat neptem. Spartianus neptem vocat, sed non boni auctores: & est corrigendus locus Ovid. 3. de Ponto. *Æthereæ tibi fratre nepos*: tamen non nepos legendum. Itaq; in Pandectis nusquam invenies inter nuptias illicitas proferri patrui nuptias cum fratris filia. Hodie sunt quidem illicitæ, fateor, *l. ult. hoc tit. §. frat. Instit. de nupt.* Diu fuere licitæ: Nec tamen licuit unquam avunculo ducere sororis filiam, quod mirum est. In Pandectis sunt multi loci, quibus vetatur avunculus ducere sororis filiam, quæ est in tertio gradu: nullus locus, quo vetatur patruus ducere fratris filiam. Nec alia ratio reddi potest, quam quod ita sit jus positum. Sicut nec cur licuit Athenis ducere sororem germanam, non uterinam. Ergo hoc jus diu ita fuit, ut ex tertio gradu duci posset uxor, nempe fratris filia, quamquam non potuerit ex eodem gradu duci sororis filia: & similiter non potuerit duci ex eodem gradu matertera, vel amita, quæ etiam dicitur patertera in antiquis inscriptionibus. Itaq; res hæc non pendet ex certa graduum finitione, sed ex jure civili. Sed pergamus. Ex quarto gradu licet jure civili uxorem ducere veluti consobrinam, *l. celebrandis, sup. tit. prox.* Hodie non licet ex noviss. constitutionib. ducere consobrinam. Et merito, quia pene soror est, & recte etiam appellatur soror simpliciter in *Philip. 2. Sorori & uxori* .i. consobrinæ, sorori patrueli. Et ideo nos Galli rectissime, meo quidem judicio, fratrem patruelem patris, vocamus patruum, *le frere de mon pere, c'est à dire mon oncle*. Et similiter sororem patruelem patris, vocamus amitam, sicus sororem germanam matris, vocamus avunculum .i. *tante*. Ac præterea ex quarto gradu non licet, nec licuit unquam ducere neptem sororis, licet ex eodem gradu licuerit ducere consobrinam, id est, neptem fratris, ut appareat gradus hos non servari secundum legem præscriptam, sed arbitrium principis. Et in *l. sororis, ff. de ritu nupt. sororis proneptem ducere non possum, quia parentis loco ei sum*. Videtur autem auctor noster scripsisse *neptem*, non *proneptem*, quia sum ei parentis loco, id est, avi loco, sicut sororis filiæ sum patris loco, id est, avunculus: Nam proneptem sororis uxorem ducere

cere

tere ætatis ratio satis vetat, ut ait *Paul. 2. Sentent. tit. 19.* Ergo de nepte id scripsit, quod ei sit avi loco: nam cum pronepte sororis ætas nunquam fert ut coeant nuptiæ. Ac præterea ex quarto gradu non licet ducere amitam, & materteram magnam, *l. per adoptionem, §. 1. ff. de rit. nupt.* Et hoc de cognatis. Inter affines autem eos tantum prohibitæ fuerunt jure civili nuptiæ, & habitæ pro incestis, quos recensui ante, id est, qui parentum, vel liberorum locum inter se obtinent, ut inter generum, & socrum, & inter socerum, & nurum, inter vitricum, & privignam, inter privignum, & novercam, quando ii invicem se appellant matres, & filios, patres, & filias. Inter affines hactenus stetit prohibitio jure civili, ut indicat *l. 4. §. hos itaque, ff. de grad. cogn.* sed postea jure novo inter affines porrecta est etiam prohibitio ad eos, qui neque parentum, neque liberorum loco sunt: ut non est connubium cum fratris uxore, vel duabus sororibus, *l. 5. hoc tit. l. 2. & 4. Cod. Theod. de inc. nupt.* Et notanda hic est fabula, ut hæc conjunctio damnetur magis, aut merito videatur damnanda, Prognes, & Philomelæ Cecropiæ domus æternum opprobrium, ut ait Horatius. Item cum leviro non est connubium, id est, cum fratre mariti, *l. 5. & ult. hoc tit.* Et observandum est l. pen. hujus tit. tolli Ægyptiorum legem, quæ permittebat fratri ducere uxorem fratris virginem, id est, cum qua non fuisset conjunctus frater defunctus, quod forte usurpaverunt ex Deuter. *cap. 25.* sed quam hæ nuptiæ fuerunt detestatæ, si vis intelligere, legas Egesippum *lib. 1. cap. 22.* & Joseph. *de bello Judaico cap. 11. lib. 2.* Uterque loquitur de Glaphira quadam muliere, quæ nupsit duobus fratribus, & post mortem prioris nupsit fratri, unde secuta sunt ejus familiæ dispendia, ut solent etiam ex hujusmodi infelicibus matrimoniis sequi ruinæ. Et notandum quod ait *lex pen. hoc tit.* Ægyptios hoc colore permisisse nuptias fratris alterius, quod prior frater non se miscuisset mulieri, quod non deintegrasset eam, quasi scilicet nuptias faciat concubitus, quod jus nostrum rejicit: Nam uxorem facit consensus nudus, & ideo Modestinus definit matrimonium, maris, & fœminæ conjunctionem esse (id est, *συνουσίαν*, ut ego interpretatus sum) vulgi morem sequitur, qui & nuptias facere dicit de quacunque commixtione, ut Petronius Arbiter: *Jacuerunt una, non ea tantum nocte, qua nuptias fecerant, sed & altero, & tertio die.* Et alio etiam loco, *postulantibus omnibus nuptias fecerunt:* & Interpres Latinus Æsopi illius, qui de vita Alexandri scripsit: *Ille*, inquit, *deposito sceptro, accensoque lecto nuptias agit*. Igitur uxorem existimamus eam esse, cum qua convenit ut uxor esset, & omnis vitæ socia, etiamsi nondum coierit corpore. Observanda est igitur ea fratris uxor, perinde ac si rem habuisset cum fratre defuncto: Nec sequenda amplius lex Ægyptiorum. Hic denique videmus etiam cum affinibus quibusdam incestum comitti jure civili, licet non referant locum parentum, aut filiorum. Et differentia illa inter incestum jure gentium, & jure civili maximi momenti est. Nam error juris gentium neminem excusat, non mulierem, non minorem 25. annis si incestum commiserit jure gentium, quia jus gentium nobiscum nascitur, & notum est omnibus, *l. 2. sup. de in jus voc.* At error juris civilis excusat mulierem, & minorem 25. annis, si incestum commiserit jure civili per matrimonium, non per stuprum, vel adulterium: nam hæc sunt probra juris gentium. Excusatur igitur minor, & mulier, si modo protinus errore comperto dirimat matrimonium, *d. l. si adulterium*. Error autem facti excusat omnes, puta si ignari necessitudinis cum sororis filia, vel nepte contraxerint nuptias, dummodo errore comperto protinus dirimant nuptias, ut ait *lex 4. hoc tit. si modo diremerunt*. Ubi est archaismus in verbo illo *diremerunt*: Est & alius archaismus in illo loco, *errore acrissimo*, sicut dicitur celerissimus equitum. Et ex Cn. Manlio in Iliade apud Priscianum, *celerissimus advolat Hector*, quæ loquendi formulæ recte sunt, sed antiquæ, unde notanda sunt verba *d. l. 4. in locis sup. dictis.*

AD TITULUM VI.

DE INTERDICTO MATRIMONIO INTER PUPILLAM ET TUTOREM, SEU CURATOREM, FILIOSQUE EORUM.

IN hoc tit. proponitur alia species inutilium, illicitarumque nuptiarum ex oratione Marci, & Commodi, & S. C. quo cavetur ne tutor, vel curator, aut eorum filii ducant impune pupillam suam, aut patris sui, antequam tutor, vel curator rationes reddiderit tutelæ suæ, vel curæ, & præterierint tempora restitutionis in integrum, intra quæ auxilio prætoris rationes, quæ redditæ essent, retractari possent, hoc est, intra annum 26. ut est in *l. non est, ff. de rit. nupt. & l. qui pupillam, ff. ad l. Jul. de adult.* Videlicet sexto anno computato utili, non continuo, cæteris continuis annis, ut *l. 6. hoc tit.* Hodie dicerem secundum Justinianum intra 29. annum, quoniam anno utili Justinianus substituit quadriennium continuum ad petendam restitutionem in integrum. Cur voluit senatus ne duceret pupillam suam, vel patris ante redditas rationes firmatasque tempore? causa prohibendarum nuptiarum, quæ movit Senatum, haec fuit suspicio fraudis tutorum, vel curatorum: plerumque enim tutores, vel curatores hujusmodi nuptias appetunt, vel ambiunt sibi, aut filiis, ut puella ducta in suam familiam, conturbent, invertant, vel cohibeant rationes reddendæ tutelæ, aut curationis, ut eam circumscribant in suis rationibus, rerumve suarum, ut fraudem administrationis suæ tegant. Denique ut puella, quæ utique semper reveretur maritum, & socerum, qui patris loco est, à verecundia tardetur exigere rationes ab eo. Hoc ostenditur in *l. libertum, §. 1. & l. pen. §. sed videamus, ff. de rit. nupt. l. pen. hoc tit.* Quæ ratio etiam efficit, ne tutori permittatur adoptio pupilli, vel pupillæ, *l. nec ei, ff. de adopt.* Ut etiam non permittatur adoptio mariti pupillæ suæ, *d. §. sed vid.* ne scilicet captetur his rationibus remissio rationum puellæ, quas tractavit tutelam, aut curam administrans. Hæc constitutio S. C. sive prohibitio habet locum in tutoribus, vel curatoribus tantum (quod notandum est) non autem porrigitur ad eum, qui pro tutore administravit, cum non esset curator, non ad procuratorem, non ad gestorem, *l. ult. hoc tit.* quamquam & ii rationem reddere debeant, alioquin paulatim quilibet reddendis rationibus obnoxius, eam, cui obligatus esset, prohiberetur sibi, vel filio suo conjungere matrimonio, quæ non est mens S.C. *l. pen. §. pen. ff. de rit. nupt.* Et observandum est prohibitioni causam dedisse non tantum ne rationes cohiberent, ut dixi supra, sed etiam & potestatem, quam habet tutor, vel curator, & qua fretus facile potest hujusmodi nuptias extorquere à puella, quæ maxime observat tutorem, & curatorem suum: Et ut dicam uno verbo, rationem potentatus, ut ait *l. præfectus, ff. de rit. nupt.* Cur qui officium administrat in provincia prohibetur ex ea uxorem ducere? ratione potentatus, quo fretus appeteret nuptias quaslibet. Cur inter pupillam? eadem, inquit, ratione. Et hæc nuda potentatus suspectio non est in protutore, vel procuratore, vel gestore voluntario. Addamus prohibitionem S. C. etiam consistere in pupilla tantum: Nam matrem pupillæ ducere nihil vetat *l. 3. hoc tit.* Pupillo quoque meo filiam meam collocare nihil vetat, *l. 5. hoc tit. l. libertum, §. ult. ff. de rit. nupt.* Et ita is, qui officium publicum administrat in provincia, quamdiu administrat, licet non possit ex ea provincia sibi ac filio uxorem adjungere, potest tamen filiam suam in se dignam conditionem collocare in ea provincia, *l. si quis officium, §. ult. ff. de rit. nupt.* Nec alia ratio est, quam quod gener non ita reveretur socerum ut nurus: Nurus verecundia fere semper remittet redditionem rationum, quam non remittet generi verecundia, quæ talis non est: non enim tantum vir socerum erubescere

solet,

solet ut nurus; & ob id nurus adquisitio cohibet quidem rationem reddendæ tutelæ: sed non etiam generi adquisitio. Gener enim non erubescit exigere rationes à socero ut nurus. Sic explicanda est ea ratio. Rursus addamus etiam, si ad ea quæ dixi, casve personas, quas dixi, non porrigatur S. C. de quo est hic tit. porrigatur tamen (licet scriptum sit tantum de filiis tutorum, & curatorum) etiam ad nepotes, ut in *l. 59. ff. de rit. nupt.* In hoc S. C. filii appellatione continentur nepotes: & placet mihi valde vetus scriptura hujus tit. quæ habet *liberos* pro *filios*. Pertinet etiam hoc S. C. ad filium quemcunque, liberos quoscunque, filium sui juris, vel emancipatum, filium illegitimum, vel naturalem, quæsitum, & natum ex contubernio, vel in servitute quæsitum, *l. 4. hoc tit. & l. non est, de rit. nupt.* Porrigitur etiam ad libertum tutoris, vel curatoris, *d. l. non est, & d. l. libertum*. Porrigitur ad patrem tutoris, vel curatoris, si in ejus potestate sint. Porrigitur & ad fratrem, qui in ejusdem patris potestate est, *l. pen. §. sed videamus*. Porrigitur etiam ad heredem extraneum tutoris, vel curatoris, nondum redditis rationibus, *l. si quis tutor, §. ult. l. libertum, §. 1. ff. eod.* Porrigitur etiam ad sponsalia, & nuptias, ne ducat uxorem, & despondeat impune, *l. tutor. de spons.* Et dico *impune*, quoniam tutor, vel curator, vel filius coercetur legibus, si ejusmodi nuptias contraxerit, fit infamis, & punitur etiam extra ordinem, *d. l. non est, & l. amplissimi, l. licet, inf. de exc. tut.* Cum eo commune est ceteris nuptiis inutilibus, ut dos fiat caduca, & donatio propter nuptias, & arræ, & munera, *l. 4. & 6. sup. tit. prox.* & filii, qui nascentur ex ea conjunctione sunt illegitimi, & injusti. Et ut hoc etiam obiter admoneam, in hoc tit. pupillam accipere nos oportere, ut accepimus novercam, & nurum, priviginam, & socerum *tit. super.* Novercam, id est, quondam novercam, non eam, quæ adhuc nupta est patri, & quæ noverca est vera mihi, ne eam ducam satis prohibet me infamia binarum nuptiarum. Et ita pupillam, id est, quondam pupillam: Nam pupillam, quæ nondum pubuit, ne ducam, satis vetat ætatis ratio. Ultimo loco, velim vos addere ad hoc S. C. duas exceptiones. Una hæc est: nisi pupilla à patre ei tutori, aut filio desponsa, destinatave inter vivos, aut testamento, testamentove denominata sit, in *d. l. non est, & l. qui pupillam, ff. ad l. Jul. de adult.* Ex quibus, ut dixi alias in *l. tut. ff. de rit. nup.* ita videtur legendum: varia est scriptura, ut sunt varii libri: sed hæc melior videtur esse quam proferam: *Tutor, vel curator adultam ducere non potest, nisi à patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiæ sequutæ fuerint, ex d. l. quamvis, & d. l. non est.* Aut certe hoc modo, quod nunc primum adiicio: *nisi à patre destinata, testamentove nominata, conditionem nuptiarum sequuta fuerit, ex d. l. quamvis*. Altera exceptio hæc est: nisi quis nurui suæ curator datus sit. Qua re evenit, ut pupilla inveniatur nupta filio curatoris, nondum redditis rationibus, quod est contra S. C. Et tamen matrimonium non dissolvitur, sed alius curator dandus est, *l. 3. h. t.* quia matrimonium rite contractum, numquam ex post facto corrumpitur: & in matrimoniis vacat ea regula, ut quæ ab initio constiterunt, in irritum recidant, si deveniant in eum casum, à quo incipere non potuissent, *l. pro patre, ff. de reg. jur.* Et idem etiam erit si uxori meæ curator datus sim, *l. amplissimi, inf. de excus. tut.* Neque enim solvitur matrimonium, sed corrigitur dato alio curatore, & substituto. Et ita si eam, quæ uxor mea fuit, deinde divortio facto ducat Sejus, & postea Sejum adoptem in locum filii: eveniet ut novercam priviginus habeat in matrimonium, nec propterea solveretur matrimonium, *l. 12. in princ. ff. de rit. nupt.* melius erit impedire eam adoptionem. Idemque erit si quis generum adoptaverit in locum filii, nec enim dissolventur nuptiæ, quasi non possit consistere cum sorore, quod verum est, licet alii quidam dixisse ferantur dissolvendas esse nuptias, *l. pen. §. sed & filius, D. de rit. nupt.* Namque melius est eam adoptionem impedire, aut emancipare filiam, *l. per adoptionem, D. de rit. nupt.* Idemque erit si maritum pupillæ meæ adoptavero, aut adoptare velim: huic enim adoptioni obviari oportet, ne videatur soror nupta fratri, *d. l. pen. §. sed videamus*. Et ita si eques, vel plebejus, qui duxit libertinam, postea fiat senator, cum quo libertinæ ab initio non est connubium, non ideo dissolvetur connubium, in *l. ult. sup. de nup.* Et placet generalis definitio *l. 3. hoc tit.* rite contractum matrimonium ex post facto non posse vitiari.



AD TITULUM VII.

SI QUACUNQUE PRÆDITUS POTESTATE, VEL AD EUM PERTINENTES AD SUPPOSITARUM JURISDICTIONI SUÆ ASPIRARE TENTAVERINT NUPTIAS.

IN hoc tit. 7. eadem ratio prohibet nuptias, quæ in superiori titulo, nempe ratio potentatus, *l. præfectus, ff. de rit. nupt.* quod jam exposuimus. Et punitur constitutione hujus tituli etiam conatus, & faciendi initium, licet non perpetrata sit res, puta si is, qui officium in provincia administrat: per impressionem appetierit nuptias mulieris, aut virginis, ex ea provincia, invita ea, aut parentibus ejus, punitur gravissima pœna, quam aperiet lectio constitutionis, & ea, quam tentavit promissis, aut minis abducere, domuique ejus omnis, vel parentes ejus, quos æque tentavit, protinus habita contestatione impressionis ejus, sive concussionis, liberantur jurisdictione sive potestate hujus, *Ils ne le recognoissent pas pour Magistrat.* Sæpe in jure punitur etiam conatus: imo vero dicitur æquali sorte puniri scelus, & sceleris voluntas in *l. quisquis, inf. ad l. Jul. majest. & l. 1. Cod. Theod. ad l. Jul. de amb.* Hoc, ut existimo, non tantum habet locum in crimine læsæ majestatis, sed in omni atrociori crimine, non etiam in leviori, *l. 22. §. sed etsi, ff. de minor. l. cogitationis, ff. de pœn.* In gravioribus delictis nihil distat scelus à consilio, conatu, voluntate: corruptores alienarum nuptiarum adsessores, solicitatores alienarum uxorum, etiamsi effectu potiri non potuerunt, coercentur, *l. 1. ff. de extraord. crim.* & qui etiam tentaverit nuptias devotæ virginis, *l. si quis, sup. de episc. & cler.* Et recte Seneca *declam. 7. Scelera, inquit, quamvis citra exitum subsederint, puniuntur*: Et ita quoque fur, raptor, effractor, vecticularius manifestus, etiamsi rem non peregerit, punietur. Et in *declam. 274. insidiatus civi, etiam si non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit.* Et similiter patriæ proditoris consilium, & voluntas punitur, quasi rei læsæ majestatis. Et est hac de re elegantissimus locus in oratione Maximi Tyrii: *Adulterum enim, inquit, lex punit, non eum tantum, qui perpetrat rem, sed etiam eum, qui perpetrandæ rei consilium iniit: & similiter effractorem conantem effringere ædes alienas, licet deprehensus fuerit in ipso facinore, nec rem potuerit peragere: & similiter eum, qui meditatus sit proditionem adversus patriam, licet eam non perduxerit ad effectum.* Et ita in hoc tit. notandum est verbum illud *tentaverit*: Nam tentasse crimen est. De hac causa prohibitarum nuptiarum etiam actum fuit *sup. l. 6. de nupt.* Sed hoc interest, quod *l. 6.* est de matrimonio: Hic titulus est de pœna tentantis interdictum matrimonium. Et hac de re actum est in tit. 2. *hujus lib.* sed hic titulus est de nuptiis tentatis, ille de sponsalibus. Sponsalia fuere permissa, ut etiam concubinatus, *l. ult. ff. de concubin.* non nuptiæ, initiave nuptiarum, lineæ nuptiarum.

AD TITULUM VIII.

SI NUPTIÆ EX RESCRIPTO PETANTUR.

IN hoc titulo octavo est etiam alia species, & ultima prohibitarum nuptiarum, sive inutilium: si nuptiæ petantur ex rescripto Principis absque consensu puellæ. Nullum non facinus hæc nostra ætas vidit: Nam vidit etiam ex rescripto Principis appeti nuptias invitæ, jubente Principe, ut nuberet puella illi, quem maxime abhorrebat. Constitutio 1. hujus tituli maxime ulciscitur eum, qui impetrat talia rescripta, & qui obrepit Principi: Nam præsumimus deceptum fuisse Principem, qui subscribit his precibus illicitis, precatorem obrepsisse Principi, & licet negare non hoc voluisset Princeps, tamen obreptum Principi fuisse, & subreptitium fuisse rescriptum: atque adeo inutile, & puniendum eum, qui hoc uti velit. Et ita etiam ex rescripto non licet petere in matrimonium fratris, & sororis filiam, *l. 2. hoc titul.* Notandum tamen in quibusdam casibus ex rescripto peti nuptias cum consobrina: hoc jure ex *l. celebrandis, supra de nupt.* sunt permissæ nuptiæ simpliciter sine rescripto Principis, quo tamen jure nunquam usi sunt Christiani: Nam ut recte ait D. Augustinus, *Christiani existimant id quod est licitum fieri illicitum vicinitate illiciti*. Consobrina autem vicina est sorori, cum qua illicitæ sunt nuptiæ: deinde nuptiæ fuerunt permissæ cum consobrina non simpliciter, sed ex rescripto Principis, *l. 1. Cod. Theod. eod. tit.* Et hujus rescripti exstat formula apud Cassiodorum in *fine 7. Var.* Ac postremo vetitæ sunt nuptiæ inter consobrinos, etiam ex rescripto Principis. Secundo cum tutore, vel curatore erant permissæ nuptiæ ex rescripto Principis, si probasset mores hominis, & laudasset, nec existimasset interversorem esse rationum reddendarum, *l. pen. sup. de interd. matrim.* Item cum ea, quæ est mihi impar dignitate, etiam permittebatur connubium ex rescripto Principis, *l. 23. sup. de nupt.* Et hac de re etiam exstat formula apud Cassiodorum *eod. lib.* Illud proculdubio est ex rescripto Principis, posse peti eam, quam despondit pater, aut duplum arrarum, *l. 1. hoc tit.*

AD TITULUM IX.

DE SECUNDIS NUPTIIS.

DIXI ante de illicitis nuptiis, quarum ostendit varia esse genera: nunc dicturus sum de secundis nuptiis, quæ illicitæ etsi non sint, tamen non sine causa vicinitatem illicitarum sequuntur, cum pœnis quibusdam obnoxiæ sunt, quæ explicantur in *l. 1. hoc tit.* Atque adeo quasi illicitæ videri possunt: Et statim *l. 1. hoc tit.* indicit pœnas mulieribus, quæ contrahunt secundas nuptias, antequam priorem virum eluxerint, id est, antequam priori viro religionem luctus, quam debent, persolverint: Nam etsi non sint illicitæ, vel illegitimæ nuptiæ, quæ fiunt intra tempus luctus, tamen immaturæ sunt: & immaturitas nuptiarum coercetur, immaturas vocat *l. 1. hoc tit.* & similiter *ἄωρος Nov. 22. & 39. ὄψιμος, & Plinius 4. epist. nuptias Ingentii, nuptias senis, quorum alterum immaturum, alterum serum est*: & Apul. *lib. 8. ne forte immaturitate nuptiarum, indignatione justa manes acerbos mariti ad exitium salutis tuæ suscitemus*. Et ita si mulier defuncto marito susceperit tutelam filii impuberis, quem ex eo procreavit, & nondum finita tutela alii nupserit, non sunt quidem illicitæ nuptiæ, sed immaturæ, quod non exspectaverit pubertatem filii. Et coercentur hæ nuptiæ iisdem pœnis, quibus quæ coitæ sunt intra legitimum tempus luctus, *Nov. 22. de nupt.* Et similiter, quæ fiunt sponsalia cum puella, quæ nondum implevit decimum ætatis annum, immatura sunt. Et ut nominatim scribit Sveton. in *Tiberio cap. 34.* hanc immaturitatem sponsalium coercuit Augustus: sed tamen non sunt illegitima, *l. in sponsalibus, D. de sponsal.* Non quicquid pœnæ subjicitur, illegitimum est, posset enim alio vitio laborare, quam illegitimi. Et sciendum est hac in re meliorem esse conditionem maris, quam fœminæ. Nam vir non luget uxorem, nullam debet uxori religionem luctus, *l. 9. de his, qui not. infam.* Uxor elugere debet virum, & hoc verecundia matronalis exigit. Luctui mulierum lex præscripsit certum tempus, nempe annum, de quo dicemus in *l. 2. hoc tit.* Sed excepti sunt mariti quidam indigni luctu, ut qui suspendio, vel alio genere mortem sibi consciverunt, ut transfugæ homines, proditores patriæ, & damnati perduellionis, *l. 11. D. de his, qui not. inf.* Tiberius generaliter capite damnatos lugeri vetuit, auctore Sveton. Ubi autem non est lugendus maritus, vel est indignus luctu, si mulier non sit prægnans, nuptum ibit impune, etiam statim post mortem viri: si sit prægnans, non potest alii nubere, antequam pepererit, propter turbationem sanguinis, ut ait *l. 11. διὰ τὴν τῆς γονῆς ἀδηλίαν*, ut ait *l. 52. sup. de episc. & cler.* Quæ est Græca, propter prolis incertum, ne scilicet re habita cum alio fiat genus incertum, & dubius sanguis. Et eadem ratione si dissolvatur matrimonium non morte viri, sed divortio, vel monachismo (quod olim obtinuit) & sit prægnans mulier: jam hic cessat quidem ratio luctus, cum mortuus non sit maritus: sed si prægnans sit, non potest alii impune nubere, antequam pepererit, *dict. l. 52. & l. consensu, §. si vero, & l. constante, inf. de repud.* Ubi autem elugendus est maritus, mulier antequam eum eluxerit, etiamsi interim partum ediderit, cum eam prægnantem reliquisset vir, potest quidem alii despondere se, sed non nubere, quia debuit marito hanc observantiam luctus, & post editum partum. Nec hic spectatur tantum turbatio sanguinis: sed honor debitus memoriæ defuncti. Cæterum post editum partum, vel si liqueat eam non esse prægnantem, potest alii nubere ex rescripto Principis, vel senatus, *l. 10. D. de his, qui not. inf.* Remittet scilicet Princeps honorem, quem debemus, & justa, quæ debemus defunctis, nosipsi solvere eo non possumus. Quibus autem pœnis coerceatur, quæ intra tempus luctus nuptum ivit, & alii nupsit, hoc explicatur in hac *l. 1.* & proponuntur in ea pœnæ quinque.

Ad L. I. Si qua mulier *nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis: præterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det: neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. Omnium præterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Hæc namque omnia ab heredibus, vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus: ne in his, in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. His etiam amittendis, quæ prior maritus ei suprema voluntate reliquerit: quanquam hæc, quæ mulieri à priore viro relinquuntur, & per immaturum matrimonium vacuata esse cœperunt, primo à decem personis edicto Prætoris enumeratis, id est, ascendentibus, & descendentibus, ex latere autem usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde præsumi à fisco jubemus. Eandem quoque mulierem infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.*

IN hac lege proponuntur pœnæ quinque; quibus coercetur mulier, quæ intra tempus luctus alii nupsit. Prima est, ut sit infamis mulier, quæ non servat religionem luctus priori viro, & præmature nubit alii, quod est ex edicto Prætoris, ex quo non tantum ipsa infa-

infamis fit: sed etiam is, qui sciens eam ducit, vel pater ejus, in cujus est potestate, si non contradixerit: itemque pater, in cujus potestate fuerit mulier, si intra id tempus eam alii nuptui collocaverit, *l. 1. ff. de his, qui not. inf. l. decreto, sup. eod.* Dum dico hos esse infames, multa dico, nam infamiæ sunt innumera damna. Infames in perpetuum omni honore, & dignitate privantur: denique nullius honoris gerendi capaces sunt, *l. 1. D. ad leg. Jul. de vi priv. l. 2. inf. de dignitat. l. 8. inf. de decur. l. 1. sup. de re mil.* Item judices dari non possunt, *l. cum prætor, D. de judic.* nec milites legi possunt, *l. 4. §. ad tempus, de re milit. & Theoph. §. ult. Instit. de except.* accusare non possunt, *l. qui accusare, D. de accus.* nec agere populari actione, quasi non sint in populi, vel civium numero, *l. 4. D. de popul. act.* non possunt etiam assidere in consilio judicum, sive magistratuum, sive consiliarii esse, *l. 2. D. de offic. adsess.* non possunt postulare pro aliis, *l. 1. §. ait prætor, D. de postul.* Est enim advocatorum ordo seminarium dignitatis, ut eleganter ait Valentin. in *Nov. de post.* Et infames incapaces sunt dignitatum: non possunt etiam fieri procuratores ad lites, nec ipsi litigare per procuratores, *d. §. ult. de except.* Sed interim, quia infames non possunt assidere judicibus, nec judices dari, nec postulare pro aliis, quæ sunt munera Jurisconsultorum, ex eo efficies nec Jurisconsultos, nec doctores esse posse. Invenio etiam infames si quid deliquerint, severius puniri, quam integræ famæ homines, *l. capitalium, §. ult. D. de pœn.* Sunt itaque infamiæ detrimenta multa. Secunda pœna nubentis intra annum luctus, quæ proponitur in hac lege, hæc est, ut novo marito in dotem dare, vel relinquere testamento non possit plus, quam tertiam partem bonorum suorum. Quod utique verum est, si nulli existant liberi ex priori matrimonio: sed si existant aliquando ex priori marito, marito novo, ne tertiam quidem partem bonorum suorum relinquere potest, videlicet si cui ex liberis prioris conjugii minus tertia reliquerit, quod hic Accursius recte notavit ex *l. hac edictali, hoc tit.* ne scilicet novus maritus plus habeat ex bonis mulieris, quam filius prioris mariti. Unde aperte quærit idem Accursius, quid sit dicendum non existentibus liberis ex priori matrimonio, si forte mulier novum maritum heredem instituat ex asse: Et cum multa varia dicat Accursius, hoc solum verum est, maritum ex tertia parte heredem fore testamentarium, quam solam legibus capere potest: reliquam partem habiturum heredem legitimum, quod aperte confirmat *l. 6. D. de vulg. subst. & l. 55. §. ult. D. de leg. 2.* Atque ita eveniet certe, ut mulier sit pro parte testata, pro parte intestata, ut habeat pro parte testamentarium heredem, pro parte legitimum: Nam in hoc nos compellit lex, quæ vetat maritum secundum plus capere triente. Tertia pœna, quæ proponitur in hac lege hæc est, ut cum ea muliere non sit testamenti factio, id est, ut nihil possit capere ex aliorum testamentis, & codicillis, vel donationibus causa mortis: denique ut sit incapax solidi, ut nihil possit capere, & consequenter, quod ei relictum est pro non scripto erit. Et (ut solent in jure, quæ pro non scriptis sunt) id, quod ei relictum est alieno testamento, non cedit fisco, sed remanet apud heredem testamentarium, vel legitimum, à quo relictum est, vel coheredi accrescit, ac collegatario, vel obvenit substituto, in *l. unica, §. 3. in princip. inf. de cad. toll.* Quarta pœna est, si mulier nupserit intra annum luctus, ut quæ ei reliquit suprema voluntate prior maritus, ei auferantur quasi indignæ. Solent autem plerumque, quæ eripiuntur quasi indignis fisco cedere, sed non utique semper, non certe hoc casu: Nec enim statim cedunt fisco, sed ut est in hac *l. 1.* fisco præferuntur decem personæ enumeratæ edicto prætoris, id est, edicto de bonorum possessionibus, quod Accursius non explicat illa in parte *unde decem personæ*, quæ præfert decem personas extraneo manumissori secundum jus vetus, quod hodie sublatum est, *§. 1. Instit. de bon. poss.* Decem personæ hæ sunt, pater, mater, avus, avia, tam paterni, quam materni, filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia, frater, & soror, tam consanguinei, quam uterini: His decem personis post ferendus est fiscus, & iis deficientibus vocandus. Et inter eas personas utique servanda est graduum prærogativa, ut scilicet proximior excludat remotiorem, servanda paritas graduum, ut qui eodem sunt gradu, cujuscunque sint ordinis, simul vocentur, & excludant fiscum in iis, quæ huic mulieri reliquit prior maritus suprema voluntate. Et supremæ voluntatis nomine, non oportet tantum intelligere testamenta, sed etiam codicillos, & epistolam fideicommissariam, & donationem propter nuptias, *l. 2. hoc tit.* & donationem causa mortis, nam & hæ comparantur ultimæ voluntati, *l. ult. sup. de don. caus. mort.* Imo donationem inter vivos, quia inter maritos habetur pro donatione causa mortis, *l. 12. inf. ad l. Falc.* ergo pro ultima voluntate. Nec mirum si late pateat ultimæ voluntatis nomen, cum & in secunda parte hujus l. æque late accipi oporteat testamenti nomen, ut probat *l. hac edictali, hoc tit.* Et quia quærit etiam Accursius, neque id explicavit bene, quare huic mulieri relicta testamentu extranei nunquam cadant in fiscum: relicta testamento prioris viri cadant post decem personas. Ratio est evidens, quia indigna plane est, quæ quicquam ferat ex prioris mariti bonis, cui injuriam fecit non servata religione luctus: & indigni successor plerunque est fiscus, & indigni locum subit, atque subintrat: Extraneo vero nullam injuriam fecit, nec (quod censeo valde notandum) si vivo marito castitas exigatur ab uxore, mirum videri debet, cum & mortui sancte debeat servare per annum venerationem, atque memoriam, nec minus fuit adulterii rea si intra annum peccaverit, ut est in *§. ult. Novellæ 39.* vel si nupserit intra eum annum, non remaneant impunitæ nuptiæ præcoces. Et earum pœna est quinta, & ultima, ut hæc mulier cognatis, & agnatis suis non possit succedere ab intestato jure civili, vel prætorio ultra tertium gradum. Et hæ sunt pœnæ, quibus plectuntur hæ nuptiæ immaturæ. Sed observandum est, infamiam, quæ prima est pœna, etiam postquam in eam incidit mulier posse aboleri rescripto principis, *l. si qua, inf. ad Tertullian.* quæ est conjungenda cum hac lege prima. Nam & ipse Justinianus eas conjunxit in *Novella 22.* & ita nobis fit auctor conjungendarum legum, quoties una lex scissa est in varias partes, vel dispersa in varios locos, ut altera ex altera lucem accipiat. Principis est famam restituere. Et eleganter Cassiodorus *libro 3. Fas est principi maculosas notas, vitiosasque opiniones abstergere*, & quod notandum est, collatio honoris, id est, si infamem princeps donaverit honore aliquo, & dignitate, in hoc est famæ restitutio tacita, *l. imperialis, §. similes, sup. de nupt.* Hodie constitutionibus Pontificum ex hac causa est etiam abolita pœna infamiæ in *cap. pen. & ult. de secund. nupt.* alias pœnas non invenio Pontifices abolevisse, sed ut indicat *l. si qua etiam*, indulgentia Principis singulari beneficio, etiam cæteræ omnes pœnæ remitti possunt, maxime si non existant liberi ex priori conjugio, quibus secundo faciat injuriam. Nam si existant liberi ex priori conjugio, princeps non alias remittet pœnas legitimas, quam si bonorum, quæ habet mulier tempore secundarum nuptiarum, semissem relinquat liberis prioris matrimonii, partiendum inter eos æqualiter, ita ut in partem morientis intestati fratris sine filiis veniant reliqui fratres, non mater, & ut is semis non ante redeat ad matrem, quam si omnes liberi prioris matrimonii decesserint intestati, aut sine filiis: Nam filii excludent matrem, atque etiam eorum heredes testamentarii, quæ est sententia *dictæ legis si qua.*

Ad L. II. Si qua ex fœminis *perdito marito, intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim tempus post decem menses servandum adjicimus: tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis, honestioris nobilisque*

personæ decore, & jure privetur: atque omnia, quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerat, amittat.

IN lege secunda hujus tituli definitur tempus, intra quod defunctum maritum mulier elugere debet: id fuit olim decem mensium, quod & idem fuit olim spatium anni, cum inciperet à Martio, & finiretur in Decembri, quod idem est parieodi legitimum tempus, *l.3. §. ult. D. de supel. leg.* Hæc lex secunda addit duos menses, ita ut mulier sit in luctu duodecim mensibus post mortem viri, quamquam & hoc ait ipsum se existimare esse exiguum tempus, quod scilicet pudicæ mulieres diutius colere debeant defuncti memoriam, & extendere luctum in longius tempus: sed lex contenta est anno duodecim mensium. Lugendi etiam sunt parentes, & liberi, & agnati, & cognati, *l. parentes, D. de his, qui not.infam.* Sed huic luctui non est præscriptum certum tempus: relinquitur enim in arbitrio cujusque, ut cum volet deponat lugubria, quæ sumpsit ob amissum parentem, vel filium, aut filiam, vel cognatum. Hic quoque luctus non est impedimento nuptiis, *l. liberorum, D. eod.* Et qui hunc luctum non luget, aut peragit, non notatur infamia, nec si omiserit luctum patris, id est, si non sumpserit habitum lugubrem amisso patre, *d. l. parentes*. Itaque multum hic luctus differt à luctu, quem mulier superstes persolvere debet marito defuncto. Nam mulieri ad maritum lugendum præscriptus est annus, & interim alii nubere non debet, vel si alii nupserit, notatur infamia. Et eleganter hæc lex secunda desioit infamem eum, *qui honestioris, nobiliorisque personæ decore ac jure privatur*. Quem vocas infamem? eum, qui probrosis inustis notis, honestioris, nobiliorisque personæ decore, ac jure privatur. Nobilitatem exstinguit infamia, quod notandum. Nec nobilium igitur magnus est hodie numerus. Etiam additur in hac lege quod manifesto non fuerat expressum *in l.1.* mulierem, quæ properavit ad secundas nuptias intra annum luctus, amittere, quæ sponsalium jure ex prioris mariti bonis ad eam pervenerunt, id est, jure donationis propter nuptias, ut interpretatur Justin. in *Nov. 22.* Quæ Novel. est veluti liber quidam de primis, & secundis nuptiis, quo sunt enarratæ miro artificio constitutiones omnes hujus tit. ut patet etiam ex *Cod. Teod.* sed non additur abrogatio, *l.si qua, ad Tertull.* de qua diximus, ut scilicet hæ pœnæ immaturi matrimonii non remitterentur rescripto principis: hanc scilicet clausulam noluit inserere Justinianus, quia magis probavit clementiam, *l. si qua.* Ad hæc notandum est quandoque mulierum luctum, virorumque, minui legibus, finirique ex certis causis. Vel etiam extra ordinem quandoque senatum minuere luctum fœminarum, & marium, vel in honorem principis, vel ob rem prospere gestam, publicam lætitiam, & gratulationem. Et cum hoc lex, vel senatus inducit, ut scilicet minuatur luctus, quod videtur induxisse, id explicat *l. decreto, sup. ex quibus causis inf. irrog.* An impetrata deminutione luctus liceat viduæ intra annum luctus nubere? Minime, non hæc est mens imperantis luctum minui: Nam his verbis hoc tantum significatur, ut deponant lugubria, deponant *tristiorem habitum*, ut ait *d. l. decreto*, *tristia signa*, ut dixit Ovidius, doloris insignia, vestem atram, pullam, antracinam, amiculum nigellum, ut dixit Varro describens habitum lugentium, & sumant vestem albam, vel purpuream, vel coloriam, & aurum, & ornamenta, quibus omnibus qui lugent abstinere debeot. Denique qui minui luctum jubet, jubet deponi vestem atram, id est, habitus lugubres. Et eleganter apud Æschylum in Persicis, tristis, & mœstus dicitur μελαγχίτων φρὴν, *une ame a robe noire*. Igitur minutio luctus non consistit in licentia nubendi, sed in positu atri, & lugubris habitus. Et hæc est sententia *legis decreto*, summe notanda. Ex qua tamen vulgo colligunt generaliter, mulierem, quæ luget virum, posse uti alba veste, & ornameotis, remitti generaliter lugubrem vestem. Hoc vero est falsissimum; nec usu unquam fuit comprobatum, & vera etiam mens legis illa est, quam patefeci, ut quoties extra ordinem jubet senatus minui luctum, tunc liceat deponere lugubria, & sumere hilaria. Valde autem est notandum quod ex veteribus, ut opinor J. C. retulit Festus, minui luctum ipso jure, etiamsi hoc noo indicatur extra ordinem, vel publice, vel privatim: privatim cum nati sunt liberi, licet eo die deponere vestem atram, cum honos venit in familiam, cum parens, cum filius, aut nepos, aut vir, aut frater ab hoste captus, postlimioio redierit: licet eo die exuere vestem atram, cum puella desponsa est, cum propriore quis cognatione junctus is, quam is, qui lugeretur, natus est: Et postremo cum familia est in casto Cereris, id est, cum agit Cereris sacra, abstinens fruge Cereris, id est, pane. Nam quod hodie liquet, diu nescivimus, hoc castum veteres dixere jejunium, & abstinentiam: Græci ἀγνείαν, ut Jejunium quadragesimæ, recte dixeris castum quadragesimæ. Et eleganter Arnobius: Castum Cereris temperatum, id est, temperationem ab alimonia panis. Publice, & generaliter minuitur luctus, cum votum publice susceptum redditur, veluti pro salute principis, *l. si cal. 233. §. 1. D. de verb. signific.* Et cum censores lustrum condunt, id est, cum quinto quoque anno censum agunt civium Rom. facto sacrificio, quod lustrale dicitur, Tit.Liv.s. Isidor. *orig. 5. cap.37.* Et postremo cum ædes dedicantur, quam celebritatem Græci dixerunt ἐγκαίνια, Gallice *dedicace*, ab ἐγκαινίζειν, quod est dedicare. Ex his causis minutio luctus temporaria est, & consistit tantum in deponendis lugubribus, non in licentia nubendi. Male quidam differentiam faciunt inter lugere, & elugere hoc modo: ut lugere sit uti atra veste, & demittere capillum, ut Romani solebant: Elugere autem, abstinere nuptiis: hoc est falsum. Elugere sic dicitur, ut enavigare, id est, perficere navigationem, in *§. Callimachus, l. qui Romæ, D. de verb. obligat.* evincere, plus quam vincere. Grammaticus Agroetius. Et ita *eluxit*, *luctum deposuit*. Et Livius *lib.34. Quid aliud in luctu, quam purpuram, & aurum deponunt, quod cum eluxerunt sumunt?*

Ad L. III. Fœminæ, quæ susceptis *ex priore matrimonio filiis, ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias: quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationib. factis, aut testamento jure directo, aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis (ut dictum est) priorum maritorum fuerint adsecutæ, id totum ita, ut perceperint integrum ad filios, quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum sit) quos tali successione dignissimos judicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eædem fœminæ ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii conjunctione susceptam, præsumat. atque habeant potestatem possidendi tantum, atque fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum: ex maternis redintegrabitur facultatibus, quo illibata ad eos, quos statuimus liberos bona, & incorrupta perveniant. Illud etiam addimus (huic) legi, ut si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre jam secundis nuptiis funestata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id, quod per eandem successionem ab intestato, vel ex testamento suæ posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitæ suæ pro sibi debita portione, sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat: nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet extraneam personam, vel quicquam alienandi habeat potestatem: Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus, native decesserint:*

rint: omne, quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi dominii, & testandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.

LEX tertia hujus tituli est de muliere, quæ post annum luctus alii viro nuptum ire incipit, quæ si nullos liberos habeat ex priore viro, nullus est labor, nullum periculum, nulla lex hisce imposita nuptiis. Cæterum si habet liberos ex priori viro, non fit quidem infamis, vel incapax. ut quæ virum non eluxit, sed ut definitur in *hac l.3.* quicquid ex prioris mariti bonis percepit jure donationis propter nuptias, vel munere sponsalitio, vel jure institutionis, vel legati, vel fideicommissi, vel quocumque alio titulo, id omne servare debet liberis susceptis ex priore marito, tanquam paternum. Nam bonis paternis recte etiam annumerantur bona prioris matrimonii, etiam ea, quæ à patre ad matrem eorum, quæ iterum nupsit, pervenerunt: non servat tamen eis dotem, quæ morte viri ad eam rediit, quia ejus proprium matrimonium est: sicut etiam vir mortua uxore non servat liberis donationem propter nuptias, quæ ad eum rediit, quæ est sententia *l.liberis, sup. de donat. ante nupt.* Et ut hoc admoneam, quæ in eam legem scripsit Accursius, omnia sunt rectissima & elegantissima. Ergo dotem quidem mater, quæ iterum nubit, ad se reversam non servat liberis prioris matrimonii, sed ea duntaxat, quæ ex bonis prioris mariti quocumque titulo percepit. Cæterum electio mulieri datur, ut cui maluerit ex liberis ea omnia bona relinquat, nihil ex eis relinquat cæteris. Et datur hæc electio mulieri in l.3. illo loco, *vel ad quemlibet ex filiis, quem illa elegerit:* & sequitur, *dummodo ex his tantum, quos tali successione dignos judicamus*, id est, dummodo non sit ingratus: Eadem electio datur mulieri in *l.generaliter, §.dividendi, inf. hoc tit.* Ac præterea datur ei liberum arbitrium, ea bona, quæ à priore viro percepit dividendi inter liberos prioris matrimonii, ut animo suo dividat ex æquis, vel iniquis partibus, & ut animo suo gratum erit. Sed hæc omnia mutarunt Novellæ posteriorum Impp. Nam & *Novel. Leonis & Majoriani de sanctimonialibus, & viduis, & Novella* Leonis, & Severi *de abrog. cap. & Novella Justiniani* 2. & 21. mulieri hanc electionem adimunt, & arbitrium dividendorum eorum bonorum, & omnino volunt ea bona servari ex æquo omnibus liberis prioris matrimonii. Atque ita hac in parte est abrogata *l. 3.* atque etiam *d.§.dividendi, d. l. generaliter, inf. hoc tit.* Nihil enim ex eis bonis minuere mulier potest, nec ex eis erogare plus uni ex liberis, quam alteri. Et generaliter nihil alienare ex eis potest, nihil obligare, nihil extraneo relinquere, nihil liberis posterioris matrimonii relinquere potest, quia in eis tantum usumfructum habet, proprietas pertinet ad liberos prioris matrimonii, cum qua proprietate mortua muliere consolidabitur ususfructus. Et si quid forte alienaverit mulier ex iis bonis, id post mortem ejus, si extet, vindicari potest à possessore, vel refici ex aliis bonis mulieris, quasi jure tacitæ hypothecæ, si forte consumptum sit, ut in *d. l. generaliter, §.* 1. Vel si possessorem tueatur præscriptio 30. annorum, *Ut Nov.*22. Denique, ut est in *hac l. 3.* atque etiam in *Novell. Leonis 5. & Severi, de abrog. capitibus injust. &c.* Liberis prioris matrimonii, vel datur alienatorum bonorum vindicatio, vel redintegratio ex maternis bonis. His constitutionibus non abs re consulitur liberis prioris matrimonii: Nam plerumque mulieres, quæ transmigrant in aliam familiam, obliviscuntur liberos prioris matrimonii. Et ut ait eleganter Ambrosius 6. Hexamer. *Mutato concubitu parentes à sobole depravantur, & præferunt liberos posterioris copulæ, prioris autem negligunt.* Denique, ut est in *Nov.*22. quæ iterat nuptias, liberis prioris matrimonii injuriam facit, imo & seipsam quodammodo injuria afficit. Nam si viduitas est genus pudicitiæ, ut ait Quintil. declam. 306. Hæc iteratio igitur nuptiarum est species, quasi legitimæ intemperantiæ, *εὐπρεπὴς μοιχεία*, ut ait Athenagoras in *Apolog.* Non tantum immaturitatis sunt pœnæ, ut ait *l.1. & 2. hoc tit.* sed etiam intemperantiæ, & incontinentiæ, licet legitima sit immaturitas, legitima intemperantia, igitur quod legitimum est, pœnæ subjicitur. Atqui quod lege agitur, non solet lege vindicari; quod legitime fit, pœnam non meretur, *l.Gracchus, inf. ad leg. Jul. de adult.* Fateor quod lege fit, non solere lege vindicari: sed vindicatur quandoque, maxime cum lex permittit potius, quam probat. Et semper ubique sane etiam honoratiores fuerunt, quæ uno erant matrimonio contentæ, univiræ, unicubæ, hæ solæ pronubæ adhibebantur in nuptiis, hæ solæ sacra faciebant fortunæ muliebri. Nullus erat Sacerdos, nullus flameo bimaritus, ut ait Hieronymus, *ut Apostolus etiam vult, nullum Episcopum esse bimaritum.* Et hæc quidem sufficient ad primam partem hujus l.3. quæ hanc legem indixerit mulieribus iterum nubentibus, neglectis filiis prioris matrimonii, ut eis servent proprietatem omnium bonorum, quæcumque ex bonis prioris mariti, quocunque titulo eis obvenerunt, etiam hodie adempta electione, & divisione. Et additur etiam alia lex in secunda parte, sive *§. ult.* ut scilicet eam servet liberis prioris matrimonii, quæ ex successione acquisierit unius ex filiis ejusdem matrimonii ab intestato, atque ita, si sint tres filii prioris matrimonii, non tantum debet eis servare quæ accepit à patre eorum, priore marito suo: sed etiam quæ accepit à filiis mortuis intestatis, debet servare superstitibus filiis ex eodem matrimonio, & ut dicam explicatius: Mortuo intestato uno ex filiis prioris matrimonii, mater, quæ jam se alii marito junxit, ei succedit ex SC. Tertulliano in bonis profectitiis, & adventitiis, & succedit jure veteri cum sororibus defuncti filii, non cum fratribus. Nam fratres excludunt matrem jure veteri, *§. 1. Instit. de SC. Tertull. l.2. C.Th. de inoff. testam. l. 2. C. Th. de sec. nupt.* Jure novo succedit mater etiam cum fratribus, *l.ult. inf. ad SC. Tertull.* Et ex eo jure novo, id est, *ex d. leg. ult.* succedit cum sororibus in dimidiam partem bonorum defuncti filii, ita ut ipsa, & sorores defuncti bona partiantur ex æquo, id est, ut ipsa ferat dimidiam, & sorores alteram dimidiam: cum fratribus autem succedit in portionem virilem. Jure autem novissimo, etiam cum sororibus succedit tantum in virilem *ex Nov.22. de nupt.* Sed ita ut in eam partem, in quam succedit filio cum fratribus, vel sororibus, id est, in virilem secundum jus novissimum, usumfructum tantum habeat; proprietatem servet liberis prioris matrimonii, fratribus, sororibusque defuncti. Idemque erit omnino, si quid perceperit mulier ex testamento unius ex liberis prioris matrimonii: namque id habebit ususfructus jure tantum, cæteri liberi erunt proprietarii, quæ est sententia *§.ult.* Et hoc quidem ita verum est, si ut posui initio, ante mortem filii ea mulier se alteri viro conjunxerit. Et ita loquitur *§. ult.* Quæro igitur, quid sit dicendum, si post mortem filii alii viro se conjunxerit? quia sane hoc casu filius dum vixit, ab intemperantia matris nullam sensit injuriam, quæ mansit vidua, quamdiu is vixit; Et hoc ideo inducit discrimen quoddam, & distinctionem, utrum ante mortem filii illa iterum nupserit, an post mortem filii, cui successit. Nam si ante mortem, observantur ea, quæ diximus *ex §. ult.* Si post mortem, pro sua parte bona filii adventitia capit pleno jure, id est, ususfructus, & proprietatis jure: profectitia autem, id est, à patre profecta capit tantum ususfructus jure, proprietatem servat cæteris liberis prioris matrimonii, quæ est sententia *l.mater inf. ad SC. Tertull.* Sed hoc Novellæ variæ mutarunt. Et primum *Novell.2. Justin.* tollit differentiam temporis, utrum ante filii mortem contraxerit secundas nuptias, an post mortem: tollit differentiam bonorum adventitiorum, & profectitiorum: tollit differentiam viduitatis, & secundarum nuptiarum. Denique *ex ead. Nov.* 2. mater succedit filio ab intestato cum aliis filiis, filiabusque in virilem, pleno jure in omnibus bonis tam profectitiis, quam adventitiis, nullo jure reservato cæteris filiis, vel filiabus

in

in illam portionem virilem ? Et non tantum, si permanserit vidua, sed etiam, si alii nupserit ante mortem, vel post mortem filii, cui succedit in virilem. Hæc est mens *Nov.* 2. Tollit etiam *Nov.* 22. differentiam temporis, utrum ante mortem filii, vel post mortem secundas nuptias contraxerit. Et hanc quidem solam: nam reducit differentiam bonorum profectitiorum, & adventitiorum, & differentiam viduitatis, & secundarum nuptiarum. Ita scil. ut si vidua permanserit, succedat in omnibus bonis indistincte, pro rata, id est, in virilem, pleno jure: si iterum nupserit, ut in bonis profectitiis habeat tantum usumfructum, in adventitiis plenam proprietatem. Et hæc *Nov.* 22. quasi posterior sequenda est. Sic igitur ex his videmus etiam abrogatum esse *§. ult. hac l.*3. atque *d. l. mater*, quæ ambæ conjunctæ inducebant illam differentiam temporis, quod tollit *Nov.* 2. *&* 22. Nam *§. ult. hujus l.*3. est de ea, quæ ante mortem filii alii nupserat: *l. mater* de ea est, quæ post mortem filii. Et jus non idem in *§. ult.* statuitur, quod in *l. mater*, propter discrimen illud temporis, quo contingit mors filii intestati. Jam exposita est sententia hujus *l.*3. Nec restat aliud, quam ut observemus *l.* 3. loqui tantum de fœminis, quæ iterant nuptias, existentibus liberis prioris matrimonii: nec idem constituit hæc *l.*3. in maribus. Itaque fit hac in re deterior conditio fœminarum, quam marium, sicut, in *l.* 1. *&* 2. *hoc tit.* quæ loquitur de immat. nuptiis. In causa immaturarum nuptiarum differentia etiam est: nam arguitur in fœmina immaturitas, non in mare. Et ita intemperantia arguitur in fœmina non in mare. Verum l.2. *C. Th. de sec. nupt.* suadet tantum maribus, non etiam imperat, ut si novercam induxerint filiis prioris matrimonii, eis servent id, quod ex dote, vel ex aliis bonis prioris uxoris quocunque titulo perceperint: suadet, non imperat. Et suasio non est conjuncta necessitati, quales dicuntur esse preces tyrannorum, precibus scil. & suasionibus Tyrannorum inesse vim, ac permixtam necessitatem, quod proverbiale etiam esse scripsit noster Accurs. in *l.* 1. *D. quod jussu*. Rogatio domini præceptum est, sed suasiones legum non sunt hujusmodi, nec permixtæ necessitati. Et ita, quod suadet *Nov.*22. *in fin.* ut non minus relinquatur à parentibus liberis prioris matrimonii, quam secundi, ne ut sunt plerunque, proniores videantur fuisse in posteriores liberos, id non est admixtum necessitati. Et sic etiam quod jus vetus suadebat in *§. licet, Instit. de testam.ord.* ne heres perhiberet testimonium in testamento, quo heres institutus esset: id nullum injiciebat vinculum juri. Et similiter, quod suadet *l. per adopt. de rit. nupt.* ut qui vult adoptare generum, emancipet filiam, ne soror videatur conjuncta fratri. Nam & fraternitas quæsita per adoptionem, impedit nuptias. Quod idem suadet: ut qui vult adoptare nurum in locum filiæ, emancipet filium, hoc non est necessarium: sed facta emancipatione, si adoptetur gener, vel nurus, necesse est rescindi eam adoptionem, vel dissolvi eas nuptias, ut in *l. pen. §. si videamus, D. de ritu nupt.* Et ita quod suadet *d. l.* 2. *C. Th. de sec. nupt.* non erat necessarium, nulla necessitate obstringebat mares servandæ proprietatis bonorum perceptorum ex prioris uxoris bonis liberis primi matrimonii. Sed partem illam suasoriam *d. l.*2. omisit Justin. in *h. l.*3. quæ sumpta est ex *d. l.* 2. *C. Th. de sec. nup.* Propterea quod deinde eidem necessitati obstricti sunt mares, suasione versa in necessitatem in *l. generaliter*, *hoc tit.* Itaque hac in parte non sunt separandi mares à fœminis. Et quod h. l. 3. statuit in fœminis, pertinet etiam ad mares iterantes nuptias, existentibus liberis ex priore matrimonio. Manet tantum differentia inter mares, & fœminas in causa immaturarum nuptiarum, *l.* 1. *&* 2. & non in causa hujus quasi legitimæ intemperantiæ.

Ad L.IV. Cum aliis sanctionibus *jusserimus materna bona integra ad liberos pervenire: quod tamen mulier mariti largitate percepit (id) ex eo tantum liberi conjugio procreati sibi speciali tanquam paternum noverint (patrimonium) vindicandum. Itaque, si habens filios ad secundas nuptias forte transierit, sponsalitiam largitatem, quam vir secundus contulit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier ad tertia minime vota migraverit. Quod si posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit: quicquid ab eo sponsalium largitate uxor fuerit consecuta, id sibi, jurique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priori matrimonio donator filios reliquisse doceatur. Ad maternas sane veniens, vel ex hoc, vel ex alio quolibet titulo facultates omnis posteritas, ex quocunque suscepta viro, pro debita sibi portione, ut à matre, vel spontanea largitate, vel per testamentum ejus fuerit collata possideat. Nos enim hac lege id præcipue custodiendum esse decernimus, ut ex quocunque conjugio suscepti filii patrum suorum sponsalitias retineant facultates.*

LEx est explicatu difficilis, nec bene ab Accursio explicata: puto difficultate eam superare reliquas constitutiones *hui. tit.* Separat hæc l. materna bona à lucris nuptialibus, id est, à bonis, quæ ex causa donationis propter nuptias mater accepit à patre marito suo. Nam hæc censentur esse paterna, non materna, ut hæc l. docet illo loco, *sibi speciale tanquam paternum noverint patrimonium vindicandum*. Et Nov. Leonis, & Majoriani *de sanctimonial. & viduis*. *Recte donatio inter bona paterna numeratur, quam in uxorem contulit maritus tempore nuptiarum*; bona materna ab intestato ex æquo dividuntur inter fratres uterinos, id est, filios prioris, & secundi matrimonii, vel ex testamento matris, aut inter vivos, sive legaverit ipsa, sive donaverit. Lucra autem nuptialia præcipua servantur liberis cujusque matrimonii: lucra primarum nuptiarum liberis primi matrimonii: lucra secundarum nuptiarum liberis secundi matrimonii, tanquam paterna. Sed hic addenda distinctio est: Aut mater alii nupsit, aut vidua permansit. Si post mortem viri mater alii nupsit liberis ex eo susceptis, & superstitibus, non tantum lucra nuptialia censentur esse paterna, sed etiam quæ quocunque alio titulo accepit priore marito, ideoque alienationem earum rerum non habet, nam statim à die secundarum nuptiarum earum rerum proprietarii fiunt liberi prioris matrimonii, ipsa fructuaria tantum, *l.* 3. *& l.* 5. *§. pen. h. tit.* Et similiter, quæ accepit quocunque titulo à marito secundo, si tertio nubat, liberi secundi matrimonii ea vindicant proprietatis jure, nec alienare ea mulier ullo modo potest, vel obligare in necem liberorum secundi matrimonii. Quid si vidua permanserit? Res redigitur ad facilitatem, adhibita distinctione. Si igitur defuncto priore viro vidua permaneat, plena proprietas donationis propter nuptias, vel lucri, quod ex ea donotione accepit mulier ex dotali pacto in casum mortis viri secundum constitutiones hujus tit. pertinet ad matrem, & lucrum illud nuptiale alienare potest extraneo, vel cui volet ex liberis, vel de eo testari potest, ut animo suo libitum erit: sed si non alienaverit, vel si moriens de eo nihil caverit ultimo judicio, lucrum illud omne nuptiale proprie pertinet ad liberos prioris matrimonii, etsi matri heredes non exstiterint, *l.* 5. *§. ult. l. hac edictali*, *§. ult. l. si quis prioris, §.* 1. *h. tit.* Et hoc ita se habet secundum constitutiones hujus tit. Nam hac in re accurate oportet distinguere Novellas à constitutionibus hujus tit. Nam secundum Novellas posteriores proprietas rerum eorum bonorum, quæ lucrata est mulier morte viri, pertinet ad liberos prioris matrimonii, dempta virili portione, quæ mulieri datur in solidum, id est, pleno jure pro præmio viduitatis, & continentiæ, ita ut hanc solam portionem virilem ex lucro nuptiali alienare possit ex *Novell.* 98. *&* 127. *&* Leonis *Nov.* 22. *&* 85. Et hoc de lucro nuptiali, cum vidua permansit, ut posui initio: sed si quid alio titulo percepit à priore marito, puta legati, vel fideicommissi, in eo liberi prioris matrimonii nihil juris habent proprie, sed id quoque retinet vidua pleno jure, ut alienare possit in solidum, vel de eo testari, & ab in-

testato

testato in eis bonis, quasi maternis omnes fratres uterini, sive ex primo, sive ex secundo matrimonio, & conjugio æqualiter succedunt. Et similiter, si mortuo viro secundo mulier vidua permaneat, nec veniat ad tertias nuptias, secundum Novellas posteriores, proprietas rerum à patre donatarum propter nuptias pertinet ad filios secundi matrimonii, deducta illa portione virili præmio temperantiæ, & viduitatis, quam solam mulier alienare potest, ut supra dictum est secundum constitutiones hujus tit. Si nihil ex iis rebus mulier alienaverit dum vixit, nihilque caverit ultima voluntate, pertinet ad liberos posterioris matrimonii in solidum, nec communicabitur liberis prioris matrimonii, quod tamen tentarent forte liberi prioris matrimonii, hac ratione, quia cum liberos secundi matrimonii nulla injuria, nullo mœrore affecerit mater, quæ secundo matrimonio contenta fuit, nec transiit ad tertias nuptias, æquum videbatur lucra secundarum nuptiarum, ut non cederent solis liberis secundi matrimonii, & conjugii, & secundarum nuptiarum nulla injuria, & nullo mœrore affectis, sed venirent in communionem cum fratribus natis ex priore matrimonio, quod tamen improbat hæc lex, atque *Novel.* 22. Denique ut primarum nuptiarum lucra, viduitatem servante matre, servantur solis liberis prioris matrimonii: ita secundarum nuptiarum lucra, viduitatem servante matre, nec adspirante ad tertias nuptias, cedunt solis liberis secundarum nuptiarum, si res sit integra secundum constitutiones hujus tit. id est, si ea non alienaverit. Cæterum quæ alio, quam nuptiarum titulo mulier accepit à secundo marito, ab intestato inter omnes liberos utriusque conjugii ex æquo dividuntur, vel ex testamento, prout præceperit communis mater. Neque enim aliter communicantur ea, quæ alio titulo accepit, vel etiam lucri nuptialis titulo, titulo donationis propter nuptias: ea, inquam, non aliter communicantur, quam si ea fecerit communia omnibus liberis utriusque conjugii, vel testamento, vel donatione; ex judicio matris erunt communia; citra judicium matris cedunt solis liberis lucra nuptialia, scilicet, posterioris matrimonii, cætera communicabuntur, vel ex judicio matris, vel etiam ab intestato, quæ cœperit quoquo titulo, veluti fideicommissi, vel legati à secundo marito. Et est hæc sententia *§. ult. hujus l.* quam explicat etiam *Nov.* 22. *§. reliqua.* Ideoque ne quis amplius hæreat in verbis *§. ult.* quæ erant admodum obscura, dum ait, *ad maternas sane veniens, vel ex hoc, vel ex alio titulo quolibet facultates omnis posteritas, &c. Ad maternas quidem veniens*, vel ex hoc tit. id est, ex lucro nuptiarum secundarum, quod poterit mater commune facere utrisque liberis, testamento, vel donatione, idque dispartiri inter eos uti voluerit, alioquin, ea cessante remanebit apud liberos secundarum nuptiarum, ut docuit in *§.* 1. Atque ita apparet, nullam esse repugnantiam in *§.* 1. & *§. ult.* quæ tamen subesse videbatur, & neminem non poterat fallere. Et quod subjicit in *d. §. ult.* vel ex quolibet alio titulo, puta legati vel fideicommissi, sed ex hoc titulo, id est, ex lucro secundarum nuptiarum, & *δευτερογαμίας*, ut est in Novel. 22. Summa igitur est, lucra secundarum nuptiarum solis cedere liberis secundarum nuptiarum, nec aliter communicari, quam si ita caverit mater, quæ domina est hujus lucri in plenum, cum vidua permansit, nec experta est tertium conjugium. Neque huic conclusioni quicquam obstat *l. si quis prioris, §. talem, inf. hoc tit.* Ex qua l. efficit Accurs. liberis prioris matrimonii communicari lucra posterioris ipso jure sine matris arbitrio. Hoc vero ne verbum quidem unum hujus *§. talem* demonstrat, & ut ibi fusius dicemus, omnino delenda est magna gl. Accurs. ad illum *§. talem*. At breviter hoc vult ille *§.* mortuo primo viro, si mater alii nubat, & omnes liberi prioris matrimonii repudiaverint hereditatem matris, omnibus servari lucra nuptialia: si alii adjerint, alii repudiaverint, eis solis obvenire lucra, qui adjerint, non eis, qui repudiarint. Et hæc est sententia *§. talem*, cui tamen derogat *Novell.* 22. quæ vult omnes venire in communionem lucrorum nuptialium, quæ acquisivit mater ex priori conjugio, sive adjerint hereditatem matris, sive non. Ex his omnibus intelligimus, si mulier contenta sit matrimonio secundo, nec ad tertium veniat, plus dari liberis prioris matrimonii, quibus facta est injuria ob secundas nuptias, quam liberis secundi, quos etiam tertiæ nuptiæ nulla injuria effecere: nam liberis primi matrimonii hoc casu servantur omnia bona, quæ quoquo jure, sive titulo mater accepit à patre primo marito suo, liberis autem secundi matrimonii, quibus mater non induxit vitricum per tertias nuptias, servantur tantum lucra nuptialia secundi matrimonii, cum ea conditione, si ea non alienaverit mater, vel moriens de eis non disposuerit, & forte ea communicaverit omnibus liberis utriusque conjugii. Quid fiet (nam & hoc explicatur in hac l. 4.) si mulier, quæ iterum nupsit, nullos habuerit liberos ex secundo matrimonio, & morte viri secundum pacta dotalia ad eam pervenerit lucrum nuptiale, quod etiam dicitur casus mortis, id est, lucrum, quod debetur mulieri superstiti in casum mortis viri? Et ostendit hæc lex, lucra nuptialia, quæ mulieri obvenerunt à secundo viro, mulierem retinere pleno jure, quasi propria, nihil reservare privignis, quos forte sustulerat secundus maritus ex alio matrimonio. Certum est nihil etiam eam reservare ex iis lucris secundarum nuptiarum, filiis suis ex priore matrimonio, quia eis reservantur tantum profecta à patre, non à vitrico profecta. Hæc est hujus l. explicatio perspicua. Sed adhuc observandum est hanc l. 4. non tantum loqui de fœminis, *ut l.* 3. loquitur tantum de fœminis. Nam *ex l.* 3. demum idem est porrectum ad mares, ut scilicet idem sit in patre in eo, quod lucratur ex dote demortuæ uxoris, quod in matre in eo, quod lucratur ex donatione propter nuptias præmortui mariti, & in cæteris omnibus, quæ diximus. Denique, ut dixi supra, inter marem, & fœminam manet tantum differentia in causa immaturitatis nuptiarum, quæ fiunt intra annum luctus, in causa secundarum nuptiarum, quæ fiunt post annum luctus, quæ intemperantiæ quodammodo arguuntur, idem est jus maris, & fœminæ.

Ad L.V. Generaliter censemus, *quocunque casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam devoluta sunt, servare sanxerunt: iisdem casibus maritum quoque quæ de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare. Nec interest, si alter pro marito donationem ante nuptias, vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Hoc observare præcipimus, licet res ante nuptias donata (ut adsolet fieri) in dotem à muliere redigantur. Dominium autem rerum, quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis servābat, exstantes ab omni possessore liberi vindicabunt. Consumptas (vero) ab heredibus ejus exigent, qui eas servare debuerant. Alienandi sane, vel obligandi suo nomine eas res, quæ liberis servari præceptæ sunt, eis qui reservaturi sunt, adempta licentia est. Negotia vero liberorum, patri utiliter administrare concedimus. Dividenti quoque res inter eos liberos ipsis parentibus pro suo arbitrio, vel eligendi quem voluerint, licentiam non denegamus.*

Ad §. In his autem casibus, *in quibus res, ut paternas mater liberis communibus servare præcepta est (hoc est, ubi morte mariti matrimonio dissoluto, mulier ad alias nuptias pervenerit) vel ubi (res) ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus (hoc est, ubi morte mulieris matrimonio dissoluto, vir ad alias nuptias venit) si hereditatem ejus parentis, qui prior mortuus est, non adjerint liberi: licebit eis, tanquam ejus tantum res fuerint, qui posterior moritur, eas sibimet vindicare, scilicet, si ejus, qui posterior moritur, hereditatem crediderint adeundam: ne quod favore liberorum introductum est, quibusdam casibus ad læsionem earum videatur inventum.*

Ad

Ad §. Illud etiam humanis sensibus *huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur, vel mulier res, quæ ad eam à marito perveniunt, vel maritus ejus quæ ex bonis mulieris ad eum transeunt, hoc est, ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias pervenit: Si tes vel maritus, vel uxor, hoc est, qui superstes est, non consumpserit, vel alienaverit, (quod eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis concessum esse non dubium est) liberis liceat res à patre profectas, ut paternas: à matre, ut maternas accipere.*

LEX 3. & 4. loquitur specialiter de fœminis, hæc lex generaliter de parentibus utriusque sexus. Expungamus 1. glossam, & dicamus *generaliter*, id est, sive mas, sive fœmina sit, qui, quæve facit secundas nuptias. Nam ex hac lege, quemadmodum quæ mater capit jure donationis propter nuptias, vel quolibet alio jure ex bonis primi mariti defuncti, si iterum nubat, ea servat tanquam paterna liberis natis ex primo mattimonio: Ita pater quæ capit ex primo cubili dotis nomine, vel quolibet alio nomine, ea servat tanquam materna eisdem liberis, si aliam uxorem ducat, si liberis primi matrimonii inducat novercam Quod (*ut* Libanius *ait in epistola ad Vlyssem quendam*) non deforme solum, sed crudele etiam est. Nihil enim esse odio novercali acerbius, nihil horridius: liberos cariores nobis esse debere, quam uxorem petitam ex familia aliena. Et fratrum quoque (*ut idem* Libanius *ait*) gratiam esse ratam, qui ex diversis uteris progeniti sunt. Ergo etiam pater ex *b.l.5.* quæ capit ex bonis primæ uxoris quocunque titulo, inducta noverca, servat liberis, qui ex 1. matrim. nati sunt, etiamsi sint in ejus potestate, ut *Nov.22. & l. un. inf. si dos const. matr.* Et quod suadet *l.2. in fin. C.Th. de sec. nupt.* hæc lex imperat jam, & vinculum juris nectit, ut quemadmodum mater, quæ non est contenta uno viro, ita pater, qui non est contentus una uxore, sed post mortem primæ optat aliam, quæ ex prima habuit, omnia conservat primis liberis: hoc est, quod proponitur initio *b. l. 5.* Et additur deinde in h. l. nihil interesse mulier ipsa dederit dotem, vel maritus donationem propter nuptias, an alius pro eo, eave. Nam & quod alius dat mei contemplatione, à me profectum videtur in *l.profectitia, ff. de jur. dot.* Ac præterea additur in h. l. idem observari, si donatio propter nuptias redacta sit in dotem, quod & *Nov.22.* significat his verbis, ut latine dicam, *licet videatur quodammodo antenuptialis donatio comprehensa in dote*: quod *h. l.* ait frequenter fieri solere, nempe ut futuræ uxori sponsus donet ante nuptias, ac deinde, quæ donavit, accipiat in dotem, ut in *l.1. & 14. sup. de donat. ante nupt. l. cum sponsus, ff. de Publ. in rem act.* Dixi *futuræ uxori*: nam quæ fit uxori donatio non valet, & confirmari, ac convalescere tantum potest morte donatoris, si vivus eam non revocarit, ex oratione Severi. Et si forte constante matrimonio donaverit vir uxori ea conditione, ut quod donavit, accipiat in dotem, infirma donatio est, nec nisi morte mariti donatoris convalescit in *l. si quis uxori, D. de donat. int. vit. & uxor. l.2. inf. de dot. caut. & nonnu.* mortuo viro eam dotem, quæ confecta est per donationem propter nuptias, viri mulier repetit ut dotem suam, ut indicat *d. l. si quis uxori, D. de donat. int. vir. & l.2. de dote caut.* Quibus nihil obstat *l.1. sup. de don. ante nupt.* quæ dicit, eam dotem non repeti ab uxore mortuo viro: eam igitur dotem non haberi pro dote. Nam ut omittam communes solutiones Accursii, quod est perspicuum in *l.1. sup. de don. ante nupt.* non tam fuit donatio, quam ficta & ementita cautio, quandoquidem maritus scripsit donandi animo se accepisse, quod non accepit, mortuo viro non repetit uxor quasi dotem. At in specie *d. l. si quis uxori, & d. l. 2.* fuit donatio legitime confecta. Conficitur legitime per traditionem, vel stipulationem. Res certas donavit vir uxori, quas post deinde easdem accepit in dotem. Hæ proculdubio morte viri soluto matrimonio repetentur ut dotales. Ex iis igitur necessario concludendum est, donationem ante nuptias redactam in dotem esse: nec jam censeri jure donationis ante, vel propter nuptias: sed jure dotis. Nam mortuo viro repetitur ab uxore: & consequenter morte uxoris viro lucrante eam dotem, debet eam servare liberis prioris matrimonii, si secundas nuptias optaverit, quam eis non servaret, si censeretur jure donatioois ante nuptias ad se reversa morte uxoris, *l. si liberis, supra, de donat. ante nupt.* Et valde igitur probo quod notat Accursius in hoc loco ad verbum *redigantur*, ut inquit, *serventur filiis prioris matrimonii viro lucrante*, id est, ut res donatæ ante nuptias, & deinde redactæ in dotem, patre lucrante dotem ex casu mortis uxoris, serventur filiis prioris matrimonii. His consequens est, ut etiam morte viri soluto matrimonio, & iterato à muliere, nihil habeant in illa dote liberi prioris matrimonii, juxta *dict. legem si liberis*, licet confecta sit ex bonis patris, id est, ex donatione ante nuptias. Et ita nullo modo probo quod Græculus quidam notavit ad hunc locum *Novel. 22.* quem protuli ante. Mortuo viro, & muliere nubeote alteri, eam dotem, quæ est confecta ex donatione ante nuptias, servandam esse liberis prioris matrimonii, quasi scilicet magis censeatur esse donatio ante nuptias, quam dos, quod jam demonstravi esse falsum. Et omnino ita se res habet. Sed ut cætera exponamus, quæ sunt in *hac l.* cum dicimus ea bona servari liberis, hoc dicimus, dominium, id est, proprietatem eorum bonorum pertinere ad liberos prioris matrimonii, usumfructum esse patris, vel matris superstitis. Ex quo efficitur, nihil patrem, vel matrem superstitem ex eis bonis alienare posse, vel obligare suo nomine, *l.3. hoc tit. l.1. inf. de bon. mat. l. consensu, §. pen. de repud.* Fructuarius enim potest quidem usumfructum alienare, & alteri obligare pignori, *l. si is, qui bona, §. usufructus, D. de pignor.* non rem ipsam, in qua usumfructum habet. Rem cum dico, proprietatem dico, id est, rei nomine semper proprietas intelligitur. Et ideo, si quid ex ejus bonis parens superstes, quæ accepit à marito, vel uxore præmortua, alienaverit, vel obligaverit suo nomine, eo mortuo liberi id vindicabunt, si exstet, à possessore: vel si non exstet, id reficient ex bonis parentis, qui alienaverit, jure tacitæ hypothecæ. Nam eo nomine cætera bona parentis omnia sunt liberis tacite oppignerata ex *Novella 22. & l.3. sup. hoc tit. & d. l. consensu, §. pen.* quod proculdubio etiam hæc lex significat his verbis: *Consumptas vero ab heredibus exigent, qui eas servare debuerant*, non ut Accursius, per condictionem ex lege, vel per condictionem sine causa, sed per actionem hypothecariam persequentur, scilicet bona parentis, qui alienavit, quæ liberis servare debuit, & ex eis suum, quod fuit, reficient: & sequitur in *hac l.* cum certum hoc jam sit, patrem, qui venit ad secundas nuptias, debere servare liberis, quæ habuit ex prima uxore omnia: Dari tamen hoc patri, ut interim dum vivit & utatur, & fruatur iis bonis, eorum bonorum administrationem habeat, ut ea possit libere administrare, modo utiliter, nec enim potest ea alienare, vel obligare, vel dissipare. Et propterea ait in *§. negotia, utiliter*, id est breviter, ut eorum bonorum nomine pater excipiat actionem, vel intendat, perinde ac si haberet plenam proprietatem. Et observandum hoc tantum dari patri, ut in *l. 1. inf. de bon. mat.* non matri. Et dari scilicet tantum patri habenti eos filios in potestate: nam si sint emancipati, ipsi dictabunt, & excipient actiones descendentes ex causa eorum bonorum: Mater non habet filios in potestate, ideo administratio hæc soli patri datur, non matri in *hoc §. negotia*. Additur in *§. dividendi*, patri, vel matri, cui ea bona obvenerunt à conjuge defuncto, permitti, ut eligant unum ex filiis primi matrimonii, cui conferant ea omnia bona, cæteris præteritis, vel exclusis, vel etiam ut ea bona partiantur inter eos filios arbitratu suo, quam electionem etiam dedit *l. 3. hoc tit.* & dat *d. l. consensu, §. pen.* Sed ostendi in *d. l. 3.* eam esse ademptam ex *Novell.2. & 22.* Nam parens, qui venit ad secundas nuptias, debet ea bona conservare omnibus filiis primi matrimonii ex æquo, adem-

pta

pta eligendi, aut dividendi facultate. Ideoque *h. §. dividendi* (A) est abrogatus. Illud etiam notandum est ex *§. pen. h. l.* hæc bona, quæ dixi servari liberis, etiamsi ejus parentis, qui prior mortuus est, & à quo bona venerunt superstiti, hereditatem non adierint, quia non jure hereditario liberi ea bona percipiunt, sed speciali proprioque jure, in odium parentis, qui non est contentus uno matrimonio, quique iterato matrimonio eis injuriam, & mœrorem attulit, ea inquam percipiunt, ut paternam, non ot hereditatem, & ut si forte adierint hereditatem ejus parentis, qui prior mortuus est, aditio hereditatis non facit quo magis ea bona percipiant: ita repudiatio non facit quo minus ea percipiant. Alioquin, ut ait in *§. pen.* quod favore liberorum inductum est in quibusdam casibus, in læsionem eorum videretur inventum, quæ sententia repetitur in *l. quod favore, sup. de legib.* (B) sed eget interpretatione. Favor est, & quidem maximus, quem l. exercet erga liberos: quia quod pleno jure acquisivit parens à conjuge præmortoo, vel præmortua, ex eo liberi decerpunt proprietatem dante lege, solo usufructu relicto parenti: si repudiata hereditate præmortui parentis hoc favore non liceret uti, jam non esset favor, sed res verteretur in liberorum damnum, favorem legis nullus casus, nullave interpretatio ducta ex novo casu aliquo, infringere, & convellere potest. Nec enim favor obligatur regulis, aut apicibus juris, alioquin sub umbra favoris, lex me læderet, aut liceret cuique, captato casu novo, & adhibita duriore interpretatione, beneficium, favoremque legis pervertere. Quod in omnibus negotiis diligenter observandum est, ne quid depravet favorem legis, id est, ne ullus incidens casus nos depra- (C) vet ab eo favore, nullave subtilis disputatio. Et eleganter Quintil. *declam.* 277. *Lex pro me scripta erat, non potest videri contra me valere.* Et Æmil. Probus in Epaminonda: *Epaminondas, inquit, cum legem reip. jam latam videret, ad perniciem civitatis conferri noluit.* Ergo ut rem concludamus: Etiamsi liberi prioris matrimonii parentis mortui hereditatem non adierint, vel acquisierint, non ideo submoventur à proprietate bonorum, quæ à defuncto parente parens superstes accepit. Sed tamen exigitur, ut ait *§. pen.* ut parentis, qui fuit superstes priori, & posterior mortuus est, hereditatem adierit, secundum hunc *§. pen.* quod tamen merito tollit *Nov.* 22. Itaque in hac parte etiam abrogatus est *§. pen.* Nam etsi neutri parenti heredes exstiterint, ea bona, ut propria obtinebunt, ut paterna, vel materna, secreta ab hereditate pa- (D) terna, vel materna. Postremo ostenditur in *§. ult.* eum parentem, qui secundis nuptiis abstinet, sive sit mas, sive fœmina (nam hæc l. generalis est) pleno jure obtinere lucra nuptialia, & quæcunque habuerit à conjuge defuncto, ac perinde ea posse alienare, vel obligare suo nomine, vel de eis testari suo arbitratu. Cæterum si intestatus decesserit, & nihil ex eis bonis alienaverit, tum ea bona redire ad liberos, tanquam paterna, vel materna, quod supra ostendi in *l.* 4. & probat *l. seq. & ult. & l. si quis, §.* 1. *§. talem, hoc tit.* Sed quod etiam notandum est in *hoc §. ult.* hoc mutarunt etiam Novellæ. Cur in hoc tit. sunt tot excerpta ex Novellis, quibus Irnerius fulsit constitutiones omnes hujus tituli? Quia ex his constitutionibus multa immutavere Novellæ. Et hac in re placet hodie, etiamsi parentes sint contenti primo matri- (E) monio, proprietatem eorum bonorum pertinere ad communes, liberos dempta parte virili, in qua pater superstes habet plenam proprietatem, & potestatem, *Novel.* 98. *&* 127.

Ad L.VI. Hac edictali lege *in perpetuum valitura, sancimus, si ex priori matrimonio procreatis liberis pater, materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum novercæ, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis*

(A) *donationibus (quæ etsi constante matrimonio civili jure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio, vel filiæ, si unus, vel una exstiterit. Quod si plures liberi fuerint: singulis æquas partes habentibus, minime plusquam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum, novercamve transferri. Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercæ, vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen ut quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quæ de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam avi* (B) *(vel aviæ) proavi (& proaviæ) nepotum, vel neptium, item pronepotum, vel proneptium, sive in potestate, sive emancipati, emancipatæve sint, ex paterna, vel materna linea venientibus, custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est (aliquid) novercæ, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit: tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eas dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante.*

EDictum est Leonis Imp. & nova coercitio secundarum nuptiarum, qua non utebatur Gallia, antequam idem edixisset Franciscus II. ex suggestione quæstoris optimi, & doctissimi Michaelis Hospitalii, quem ho- (C) noris causa nomino, vel quod fuerit, dum vixit hujus Scholæ patronus, ac vindex amantissimus. Is regi auctor fuit introducendi hujus edicti in Galliam: cum scilicet ex facto incidisset Lutetiæ, ut mulier opulentissima cœco amore capta secundi mariti, & non sentiens ab eo deamari, & appeti sua bona, non se, ut omnia sua bona in eum profunderet instrumento dotali, liberis prioris matrimonii relicta sola Falcidia, id est, modica portione, qua sola eos fraudare non poterat. Et superiores quidem constitutiones hujus tituli liberis primi matrimonii reservant proprietatem bonorum, quæ à defuncto parente obvenerunt superstiti venienti ad secundas nuptias: Cætera bona, quæ aliunde quæsivit, reservat singulis liberis prioris matrimonii tantum, quantum parens dederit secundo conjugi: hoc scilicet constituit, (D) ut pater, vel mater (nam & hoc edictum generale est) existentibus liberis prioris matrimonii, qui, vel quæ venit ad secundas nuptias, non possit vitrico, vel novercæ, quam inducit liberis prioris matrimonii, dotis vel donationis propter nuptias, vel alio quolibet titulo, ex bonis, quæ habet propria plus dare, ea mente, ut id habeat perpetuo jure, etiam morte dantis soluto matrimonio, ut inquam novo nupto, vel novæ nuptæ non possit plus donare, vel dare, vel relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, vel cui ex eis liberis minimum dederit: quoniam sæpe eveniret, ut irruentes in secundas nuptias, amore obscurante pectus, nullam haberent rationem liberorum prioris matrimonii. Et sunt in eam rem elegantissimi illi Hom. versus, Odyss. 6, κεινόωνλεται, &c. quorum sensus est, quæ alteri nup- (E) sit (nam de muliere loquitur, quod tamen edictum trahit ad virum) domum illius augeri cupit, cui denuo nupsit, nec jam amplius eam ulla cura, vel memoria sepulti tenet prioris mariti, quem olim carissimum habuit, nec liberorum natorum ex eo. Hæc est Homeri sententia. Merito igitur hanc intemperiem coercet Leo Imper. dum edicit, ne quis, neve quæ plus novo conjugi largiatur, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum dederit, dum tamen id minus non sit Falcidia, id est, legitima portione ab intestato successionis, quæ in hac l. dicitur quarta. Hodie pro numero liberorum est tertia, vel dimidia, non omnium bonorum, sed portionis debitæ ab intestato ex Novel. 18. Neque enim filio potest minus relinquere Falcidia, quæ vulgo dicitur legiti-

gitima portio, & debitum parentia bonorum subsidium, A nisi sit ingratus, ut exprimitur etiam in hac l. & merito exheredatus, qui non possit queri de inofficioso testamento, vel dote, aut donatione inofficiosa. Ingratis liberis, non debetur legitima portio, si exheredati sint. Ingratis etiam exheredatis non debet dari, vel servari tantum, quantum vitrico, vel novercæ, *l. ult. hoc tit.* Et male hic Accurs. in illum locum, *nisi ex his causis, quæ de inofficioso*, adnotat hæc verba esse Triboniani. Et rectius idem Accurs. in *d. l. ult.* hoc loco ait, agi de legitima portione, in *l. ult.* agi de beneficio hujus edicti, & utroque privari exheredatum, & ingratum filium. Nam etiam ingrato, & exheredato filio non servantur lucra nuptialia, vel alia, quæ parens, qui iterat nuptias, consecutus est ex bonis prioris mariti. Hic vero observandum est diligenter, ne matre (& hoc proprium est in B matre tantum) nubente intra annum luctus, id quod dat secundo marito excedat tertiam partem bonorum, nequid fiat adversus *l. 1. h. tit.* licet forte filio unico prioris matrimonii plus reliquerit: vel etiam ne ei secundo marito, cui se junxit intra annum luctus, ne eam quidem tertiam bonorum partem relinquat, si cui ex liberis prioris matrimonii minus reliquit: Nam hæc est edicti mens, imo manifesta sententia. Item observandum est, si mulier, quæ venit ad secundas nuptias, cum suscepisset, & haberet liberos ex primo, si nihil habeat in bonis præter dotem, quam repetiit à liberis, vel aliis heredibus prioris mariti, illam ex hoc edicto non posse eam omnem dotem in dotem conferre secundo marito, nisi pro rata minoris portionis, quam reliquit uni ex liberis. Et quod ait *l. si liberis, sup. de don. ante nupt.* ut dotem ad se rever- C sam non servet mulier prioris matrimonii liberis, nec vir donationem propter nuptias, hoc ita verum est, si alia bona habeat, ex quibus tantum possit dare singulis liberis prioris matrimonii, quantum novo nupto, vel nuptæ: sed si nihil habeat præter eam dotem, cavere debet ne ex ea plus largiatur novo conjugi, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum adscripsit. Etiam notandum est ex hac lege, & ex hoc edicto, imo in omnibus constitutionibus hujus tit. liberorum, & parentum nomen latissime accipi, parentes dici usque ad tritavum: liberos usque ad trinepotes. Et nihil interesse agnati sint, an cognati, mares, an fœminæ, idem jus esse patris, & matris venientium ad secundas nuptias, quod quæstor ille prudentissimus probat quidem in bonis profectis à conjuge defuncto, vel defuncta, & quæsitis superstiti; D ut sive quæsita sint patri, vel matri, serventur liberis prioris matrimonii *ex l. 5.* In cæteris bonis conjugis superstitis, qui venit ad secundas nuptias, prudentissimus quæstor sub nomine Principis Francisci de fœminis tantum loquitur, non etiam ut edictum Leonis de maribus, ut scilicet fœminæ non sint liberaliores erga secundos maritos, quam erga filium unum prioris matrimonii. Nec idem statuit nominatim de maribus, scilicet amor majus incendium facit in pectore fœminæ, quam maris, ideo solas fœminas sparsit aqua, quod notandum maxime. At præterea etiam ex hac l. 6. notandum est, id quod plus secundo datur, donatur, vel relinquitur (ut omnis titulus comprehendatur) quam quod hæc l. statuit, irritum esse, & inter solos liberos prioris matrimonii ex æquo dividi ex *hac l. & ex Novell. 22.* abrogata E *lege quoniam, infra, hoc tit.* quæ superfluum dividebat inter liberos prioris, & posterioris matrimonii. Et licet constante primo matrimonio conjuges, si volunt, possunt minuere dotem, & augere donationem propter nuptias: in secundo tamen matrimonio, extantibus liberis ex primo, idem efficere non possunt, id est, non possunt minuere dotem, & donationem propter nuptias, ne scilicet per hanc causam, quæ in dote, vel donatione propter nuptias excesserunt modum edicti superflui commodo fraudent liberos prioris matrimonii, modica dote, vel donatione propter nuptias redacta ad modum edicti, & consumpto superfluo, quæ est sententia *l. si constante, §. ult. sup. de don. ante nupt.* Alioquin si absit fraus, ex *Novell. 22.* spectatur quantum sit in bonis tempore mortis ejus, qui iteravit nuptias, ne scilicet plus ex bonis, quæ morientis fuerint, remaneat apud vitricum, vel novercam, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minor portio obtigerit. Et postremo notandum est in h. l. eum, qui iterat nuptias, existentibus liberis ex nuptiis prioribus, nec per se, nec per interpositam personam, nec imaginaria, & simulata venditione, vel alia arte ulla, plus transferre posse in novum conjugem, quam hoc edicto caveatur, per interpositam personam, veluti donando privigno, quem novus maritus sustulit ex prima uxore, qui privignus modo sit in potestate ejus novi mariti, qui utique ante Justin. omnia bona adventitia adquirebat patri: ergo & quæ noverca donasset pleno jure: igitur quod mulier ultra modum edicti non potest per se donare novo marito, nec privigno igitur, quoniam quæ privigno donat, vi ipsa donat ipsi marito, in cujus potestate privignus est: & generaliter in jure, quod per me non possum, nec per interpositam, seu suppositam personam possum, *l. aufertur, §. quod à præside, ff. de jur. fisc. l. 2. §. 1. ff. de ad. rer. ad civ. pert. l. 3. §. non tantum, ff. de don. inter vir. & ux. l. fer. §. ult. D. de pœn. l. si is, qui bonis, D. de acqu. her. l. & qui, inf. de dist. pig.* Igitur quæ secundo marito non potest donare ultra modum edicto comprehensum, nec filiofam. ejus potest, privigno suo. Quæro an poterit filio communi donare, vel relinquere, non servato edicti modo, qui natus est ex secundo matrimonio? Et poterit, ut arbitror, quia bona materna per eum non acquiruntur patri, *l. 1. sup. de bon. mat.* nisi usufructus jure. Et hoc edicto usumfr. rerum donatarum non invidet novo conjugi, & ita etiam audio nuper Lutetiæ amplissimum ordinem decrevisse. Dices: at eadem ratio valet hodie etiam in privigno, quia hodie ex constitut. Justin. id est, *l. cum oportet, inf. de bon. quæ lib. quæ donat noverca privigno*, & generaliter omnia bona adventitia non acquiruntur patri, nisi quoad usumfructum attinet, dominium non acquiritur. Eadem est ratio fateor: non tamen idem jus statuerunt. Nam vitiatur sæpe, quod dicitur eadem ratio, & idem jus, *l. illud, D. ad l. Aquil. l. à Titio, D. de verb. sign.* Cur vero non statuerint idem jus in privigno, & filio communi nato ex secundis nuptiis? quia scilicet filio communi, ut donet mater, naturalis affectio facit: privigno ut donet noverca, maritalis affectus facit, non certe novercalis. Privignum semper accipiam pro persona supposita, & excogitatam fraudem edicto suspicabor in privigno, non in filio communi. Et hæc omnia valde sunt notanda, quibus addendum est ex *l. 58. Cod. Theod. de hæret.* per interpositam personam, vel titulum imaginariæ venditionis fraudem legibus excogitari.

Ad §. His illud adjungimus, *ut mulier in his casibus, in quibus ante nuptias donationes, cæteras etiam res à marito ad se devolutas, secundum priorum legum statuta liberis communibus, ut paternas, servare compellitur: hoc est, ubi morte mariti matrimonio dissoluto ad alias nuptias venerit, immobilium rerum, & mancipiorum, annonarum quoque civilium usufructus duntaxat vitæ suæ temporibus potiatur, alienatione earum penitus interdicta. Mobilium vero rerum, justis pretiis æstimatione habita per eos, quos utraque pars elegerit, arbitros judicaturos, interposito sacramento, simili modo usumfructum habeat, si idoneam fidejussionem præbuerit, quod easdem res mobiles, vel earum pretium filiis, & filiabus ex eodem matrimonio procreatis, vel post mortem eorum nepotibus, & neptibus ex eisdem liberis procreatis, sive omnibus, sive uno, unave superstite, mori contigerit, secundum legum modum restituat. Vel certe si fidejussiones idoneas præstare distulerit, aut nequiverit: prædictæ res mobiles nondum matri à liberis traditæ, apud eosdem manebunt. Solutæ vero eidem matri, vel ab eadem detentæ, restituentur liberis, si tamen ab his fidejussio idonea matri fuerit oblata, qua caveri debet, quod eidem superstiti, pro usufructu earundem rerum mobilium, vel pretio, quo taxatæ sunt usurarum nomine* cente-

centesimæ; partem tertiam annuis quibuscunque temporibus præstare non different: ita (tamen) ut in eadem fidejussione hoc quoque caveatur, quod à filiis, filiabusve, vel ex his progenitis liberis, si ante eandem matrem omnes eos obire contingerit, omnes res prædictæ mobiles secundum legum moderationem matri, ut ad eandem luctuosum lucrum redeat, restituantur. Erit itaque licitum utrilibet parti, quæ fidejussionem præbuerit, si sibi commodum esse perspexerit, his rebus mobilibus uti frui, easdemque dare mutuo, vel obligare, vel vendere, ut ex his maxime liberi acquirentes possint materno affectui sine suo incommodo deservire. Sin autem utraque pars prædictam fidejussionem dissimulaverit, aut forte auferre nequiverit: eædem res apud mulierem usque in diem vitæ suæ manebunt. A

PRima pars hujus legis jam exposita est, tam de patre, quam de matre veniente ad secundas nuptias, & de coercenda liberalitate utriusque erga secundum, secundamve conjugem: In hac parte agitur tantum de matre, usque ad §. ultimum, quod observandum diligenter. Nam etsi quod proponitur initio hujus §. ut mater, quæ venit ad secundas nuptias, in lucro nuptiali, quod facit ex donatione propter nuptias, & in omnibus aliis bonis, quæ quolibet alio titulo adepta est à viro priore, usumfructum tantum habeat: res ipsas ut paternas servet liberis prioris matrimonii. Etiamsi hoc quod ita proponitur initio hujus §. in matre, locum etiam habeat in patre, *ut l. 5. sup. hoc tit.* tamen cætera fere omnia, quæ consequuntur in hoc §. non habent locum in patre: sed quædam duntaxat. Et utitur hic §. hac distinctione: Aut res, quæ ad matrem pervenerunt à patre, id est, à primo marito suo, sunt mobiles, aut immobiles. Immobiles, veluti ædes, aut fundi, aut villæ, quæ etiam res soli dicuntur, quod solo continentur. Immobilibus rebus etiam hoc §. adnumerantur mancipia rustica, sunt enim pars fundorum, quibus adscripta sunt, & addicta. Et ut ait Julianus antecessor *Nov.* 7. sunt veluti membra fundorum. Quid enim sine iis prodessent fundi? Immobilibus etiam rebus in hoc §. adnumerantur civiles annonæ, quæ certis civibus debentur, & præbentur de publico, ex liberalitate principis quotidie, id est, panes certi quotidie, *chaque jour comme une probende*. Annonæ civiles sunt panes civiles, qui in dies erogantur, quibus competunt de publico: qui etiam dicuntur panes gradiles in *C. Th. tit de an. civil. & pane gradili*. Panes gradiles, quod scilicet eos pistores distribuerent, quibus competebant, & debebantur, in dies singulos, non è mancipum, id est, pistorum officinis, sed ex gradibus quibusdam in urbe ædificatis diversis locis, ita ut non omnes debitos sibi panes sumerent ex iisdem gradibus: sed unus ex his, alter ex illis, non in aliam rem constructis, quam ad distribuendos panes. Et ita Prudentius contra Symmachum. *Et quem panis alit gradibus dispensus ab altis*. Et Cassiod. *lib. 7. ut sive in gradu, sive in aliis locis frumenta condita inveniri potuerint*. Et in descriptione urbis Constantinop. quæ edita est simul cum Notitia Rom. Imperii, beneficio, & cura B. Rhenani: Pistrinis ejus urbis junguntur gradus, & numerantur gradus 117. & pistrina privata 120. & publica 20. Ideo autem panes civiles adnumerantur rebus immobilibus, quia ædibus debebantur potius, quam personis, & venditis ædibus sequebantur emptorem. Erant enim munera principis pro exstructis ædibus in urbe, quæ transferebantur in quemcumque possessorem earum ædium, *l. 1. 11. 12. 13. C. Th. eod. tit. de an. civ. & pan. grad.* Hæc sunt, quæ rebus immobilibus adjungit hic §. Et de iis quidem rebus immobilibus ita statuit, ut mulier alii nupta, quæ habuit à priore marito res immobiles, vel mancipia, quæ adhærent fundis, vel panes civiles, qui adhærent ædibus constructis in urbe regia, earum rerum sit fructuaria tantum, nec tamen exigit, ut satisdet mulier liberis prioris matrimonii, salvas eas res fore, quia scilicet hæ res immobiles, aut quæ immobilibus adhærescunt, facile interverti non possunt, licet alius fructuarius caveat ex edicto prætoris, rem fructuariam salvam fore, sive ea res sit mobilis, sive immobilis, *l. 1. §. 1. ff. usufr. quemadmod. cav.* sed mater non oneratur hac stipulatione, satisdatione, cautione ob res immobiles, quas consequuta est à priore marito. Et hæc de rebus immubilibus. Nunc dicamus de mobilibus: Mobiles res, quæ matri obvenerunt à priore marito, æstimari debent ex sententia hujus §. adhibito arbitro electo consensu matris eorum liberorum, qui juratus indicet verum pretium earum rerum. Ea æstimatio pro venditione erit, *ut in l. plerumque, §. si ante, & §. seq. D. de jur. dot.* Et ita æstimatæ hæ res, tradentur mulieri, si modo satisdet earum rerum salva fore corpora, & post mortem suam, ea, vel pretium earum liberis prioris matrimonii redditum iri, qui sibi supervixerint. Et interim igitur quasi domina ex causa emptionis suo nomine eas res vendere potest, vel obligare, vel mutuo dare, ex iis, quæ consistent in pondere, numero, & mensura. Cavet autem eas reddi satisdato, id est, datis fidejuss. non cautione nuda. Et *reddi*, ut hic §. ait secundum legum modum, & alio loco, secundum legum moderationem, quæ verba Tribon. sunt sumpta ex *l. 14. hoc. tit.* constitutione Græca Just. quæ excepit portionem, ne redderetur scilicet, vel de ea reddenda caveretur, quam mater lucratur in casum mortis cujusque filii. Desiderantur in hoc tit. Constitutiones Just. Græcæ non una, sed octo, quarum tamen sententiam vel abrogavit, vel conservavit *Nov.* 22. quæ totius tituli brevis comprehensio, & emendatio est. Quid autem fiet, si mater nolit, aut non possit satisdare? quod dixi sup. Sane earum rerum possessio transferetur ad liberos prioris matrimonii, quo modo satisdent, quanti res æstimatæ fuerint ab arbitro ejus pecuniæ, ususfructus vice matri quotannis datum iri trientes usuras, id est, in centenos aureos quaternos, id est, *au denier vingt, & cinq.* Et præterea si forte omnes liberi obierint ante matrem, quod lucrari eam oportet ex casu mortis liberorum, si liberi alios heredes reliquerint, id solum ei matri restitutum iri: reliquum translatum iri ad heredes liberorum, veluti filios, vel nepotes. Casus mortis mariti lucro afficit mulierem, & ita casus *ἀπαιδίας*, ut in l. 14. *quand tous ses enfans meurent*, casus orbitatis, *& Nov. 22. & 68. & 106.* Et ob id dicitur luctuosum lucrum, nempe ex orbitate, in *l. ult. inf. de instit. & substit.* Et triste lucrum in *l. ult. inf. communia de succ.* & duræ fortunæ solatium in *l. si qua, inf. ad Senatusconf. Tertull.* Quid vero fiet, si neque mater satisdet, neque liberi? Quid si neutra pars inveniat fidejussorem (quem sane invenire difficile est) quis possidebit res mobiles neutro satisdante, ut hic? Melius est possessionem earum relinqui apud matrem. Notandum est in hac parte, cum agitur de fidejussoribus dandis, hanc leg. loqui tantum de matre: quia scilicet à patre liberi satisdationem sine rubore exigere non possunt. Cultus major debetus patri, cum & potestas patria liberorum sit penes patrem, nulla penes matrem. Ideo non exigunt, & desiderant à patre fidejussores, *l. filio, ff. ut leg. seu fid. ca. nom.* quia videntur dubitare, & diffidere de patre: & tacite insimulare fidem patris, quod nefas est. Denique invenire fidejussores est difficile, & molestum exigere, & quodammodo contumeliosum in *l. 17. §. ult. ff. de test. tut. l. omnes, §. præterea, & §. in hac, sup. de Episcop. & Cler.* Et ita licet jure communi fructuarius debeat satisdare, se usurum, fruiturum boni viri arbitratu, se causam proprietatis, vel ususfructus pejorem non facturum, & amisso, vel finito ususfr. se discessurum à naturali possessione rei, in *l. 1. D. usufr. quemad. ca. l. inter, D. de dam. inf. l. 4. §. ult. D. de verb. obl.* pater tamen fructuarius bonorum, quæ habuit à priore uxore, non satisdat liberis, & ab edicto prætoris de stipulatione fructuaria excipiendus est pater, excipienda verecundia paterna, *l. ult. §. hoc procul dubio, inf. de bon. quæ lib.* At mater tamen fructuaria satisdat de rebus mobilibus, ut exposui ante, quod etiam Leo, & Majorianus improbarunt, ut mater satisdaret liberis in *Nov. de sanctimon. & vid.* Sed non etiam Leo, & Severus in *Nov. de abrog. cap.* Nam ii nec matrem voluerunt adstringi necessitate fidejussionis: sed eorum

A eorum Novella non est recepta à Justiniano. Igitur secundum Justinianum, mater hodie omnino satisdabit, & satis præstabit liberis prioris matrimonii. Et ita cernis quæ in hoc *§.his illud* tractantur de dandis fidejussoribus, locum non habere in patre: igitur Imp. loqui tantum de matre. Et quod sequitur in *§.pen. hoc tit.* habet totum locum in matre, non in patre, ex sententia hujus legis, ut scilicet bona matris propria, quæ habet, vel habitura est, præsentia, ac futura, à die traditarum ei rerum, & profectarum à priore matrimonio, tacite pignori obligata sint liberis prioris matrimonii, nomine earum rerum, si forte eas dissipaverit, & malè consumpserit, quas debuit servare liberis, in liberorum fraudem, & ut ait eleganter *l.2. C.Th.de sec.nupt. per fraudem sævioris animi.* Quod ostenditur etiam in *l.3. & 5. §.itaque, hoc tit.* sed coangustatur ad matrem secundum has constitutiones. B Verum deinde hoc ampliatum est, & porrectum ad patrem, ut haberet tacitam hypothecam, id est, ut etiam omnia patris bona tacitæ hypothecæ obligata essent pro rebus profectis, & acceptis à matre priore uxore. Et ita quod *§.pen.* statuit de tacita hypotheca in matre, à Justin. porrigitur etiam ad patrem in *l.seq. §.pen. & ult. h.t. & l.cum oportet, §.ult. inf. de bon.quæ lib.* qui *§.ult.* (ne quid objiciatur) manifesto à *§.non autem d.l.cum oportet*, qui bona patris solvit tacita hypotheca, excipit bona profecta à matre, quæ debuit pater servare liberis communibus. Nam earum rerum nomine etiam bona patris sunt tacite obligata. In *§.ult. h.l.* loquitur tam de patre, quam de matre, ut si non veniat ad secundas nuptias, si ut ait in *§.ult. servet affectionem liberorum suorum:* eleganter, quia C sane cui non satis est unum novisse cubile, is deponit omnem affectionam, ut scilicet qui, vel quæ contenta est uno matrimonio, pleno jure habeat quæ accepit à priore conjuge, & ita demum ea redeant ad liberos communes tanquam paterna, vel materna, licet parentum hereditatem non adierint, si vivus parens ea non alienaverit, vel obligaverit, vel consumpserit, quæ potuit consumere quasi dominus, ut *l.4. & 5. sup.* In quibus locis ostendi etiam Novellas hoc correxisse, maxime *Nov. 127.* nempe voluisse, ut etiamsi parens non iteraret nuptias, earum rerum proprietas pertineret ad liberos, nec posset alienari, vel consumi à parente superstite, nisi pro portione virili, in qua ei jus plenum datur pro præmio viduitatis, & continentiæ.

D Ad L.VII. In quibus casibus *pater dotem, mater ante nuptias donationem, vel alias res ad se ex altera parte devolutas filiis utriusque sexus servare præcepti sunt: si quem ex filiis, vel filiabus ante patris, vel matris obitum mori contigerit (sive ante secundas nuptias, sive postea) filio, vel filia, nepote, vel nepte, vel pluribus patre suo adhuc vivo, vel matre superstite derelictis: portionem, quæ defuncto filio, vel filiæ debebatur, vel lucrum ex ea, non ad fratres, vel sorores mortui, sed ad filios ejus, vel filias, vel nepotes utriusque sexus, aut pronepotes, avis, vel proavis superstitibus pervenire decernimus, eligendi videlicet, quos voluerint ex liberis superstitibus, non adempta licentia.*

Ad L.VIII. Si quis prioris matrimonii *filiorum ante secundas nuptias patris, vel matris mortuus fuerit, filiis à se, vel nepotibus, vel pronepotibus relictis, partem ejus non ad fratres, vel si nullus alius frater, vel soror sit, ad patrem,* E *vel matrem ejus pervenire, sed ad filios, vel nepotes, vel pronepotes ejusdem mortuæ personæ sancimus, ut sive unus, sive plures sint, eam tantummodo partem vindicare possint, quæ mortuo competit.*

Ad §.Illud etiam certa sanctione *definire censemus, ut si quis, vel si qua ex alio matrimonio filiis procreatis minime ad secundas nuptias veneris: eodem modo liceat quidem genitori, vel genitrici res ex priori conjugio sibi acquisitas, quomodo voluerit alienare, vel administrare: si quæ vero earum minime sint alienatæ, possunt liberi, etiam non adeuntes paternam, vel maternam hereditatem, eas vindicare.*

Ad §.Certum esse sancimus, *quod etiam illa de cætero videbitur earundem fuisse rerum alienatio, quæ in testamento genitoris, vel genitricis, vel specialiter relinquendo, vel generaliter heredem instituendo facta sit.*

EXplicabimus *l.7.* & initium *l. 8.* & finem addemus huic tit. *de sec.nupt.* hoc posito, quod jam satis multis constitutionibus comprobatum est, morte soluto matrimonio, proprietatem bonorum, quæ à defuncto conjuge superstes accepit, servari liberis prioris matrimonii, si parens superstes veniat ad secundas nuptias, si liberis superinducat novercam, vel vitricum, quod etiam divortio soluto matrimonio, nihil refert cujus culpa, liberis servari vult Justin. in *l.quoniam, §.ult. hoc tit. & Nov.22.* Hoc inquam posito, & concesso, quæro, si vivo parente unus ex eis liberis moriatur, ad quem portio pertineat, quam habuit in eis bonis? Utrum accrescet fratribus, vel sororibus, si plures fuerint liberi ex priori matrimonio: an mortui filii portio accedat patri, qui in eis bonis habet usumfructum? Distinguendum est: Aut defunctus filius unus prioris matrimonii nepotes reliquit, aut non. Priore casu portio ejus pertinet ad nepotes, id est, filios suos, parentis scilicet nepotes, & filios suos, exclusis fratribus, & sororibus, ut in *l.seq.in pr.* Excluso etiam patre, vel matre, qui, quæve iteravit nuptias, exclusa antiquitate, ut utar sermone *l.ult. hoc tit.* si prætermittam Græcas, quæ lex liberos vocat posteritatem, parentes omnes antiquitatem, ut *l.cum scimus, inf. de agr. & cens. lib.11.* Ergo unus filius si moriatur ex priore matrimonio relictis filiis; ii filii, quos reliquit, in portionem, quam pater habuit in supradictis bonis, præferentur avo, vel aviæ, patruo, vel avunculo, amitæ, vel materteræ. Et hoc *l.7.* verum esse ait, sive parens venerit ad secundas nuptias ante mortem, sive post mortem filii, quod est mirum. Nam res quidem facilis, & expedita est, si parens venerit ad secundas nuptias ante mortem filii, quia jam eam sibi unicus filius portionem acquisierat, ergo eam transmittit ad filios suos. Nec jam locus est juri accrescendi. Nam etsi fratres, & sorores natæ ex priore matrimonio conjunctim vocentur ad proprietatem eorum bonorum, tamen post acquisitionem partium, non admittitur jus accrescendi, id est, mihi semel acquisita portio nunquam accrescet collegis, sive conjunctis. Denique proprietas acquisita non admittit jus accrescendi, *l.1. §.ult. D. de usuf. accr.* Sed si post mortem filii parens venerit ad secundas nuptias, id est, si ante secundas nuptias parentis filius finierit vitam, cum vivus in eis bonis nihil juris habuerit, quæ nondum erant commissa liberis prioris matrimonii: cur non solida perveniant ad fratres post mortem ejus, parente veniente ad secundas nuptias? cur potius pertineat ad nepotes, in quos non potuit transferre, quod non habuit, juxta regulam juris: *Nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse habeat?* Et respondeo, ut in hereditatibus ex 12. tabul. ita etiam in iis bonis paternis, & maternis nepotes venire in locum, & portionem patris sui, atque admitti cum patruis, vel avunculis, aut amitis, vel materteris, *§.cum igitur, Instit.de her. quæ ab int. def.* Quod vulgo vocatur jus repræsentationis, quia scilicet nepotes subeunt locum filii, & licet remotiores sint, tamen simul cum proximioribus invitantur, & vocantur in stirpem, in *l.seq. in pr.* id est, eam tantum partem ferunt, etiamsi sint quatuor, aut quinque, aut plures, quam parens eorum tulisset, eamque inter se dividunt in capita, id est, in portiones viriles, & æquales, ut *Nov.22.* Et secundum hæc *l.8. seq.* cum ait: *Si quis prioris matrimonii filiorum ante secundas nupt. patris, vel matris mortuus fuerit*, dum ait, *si ante nuptias parentis mortuus fuerit*, difficiliorem casum ponit. Nam idem est multo magis *si post nuptias mortuus fuerit*, id est, post adquisitam portionem, nimirum ut ea transeat in nepotes exclusis fratribus. Et recte Accurs. in *l.seq.* quæ filio competit mortuo, id est, competere potuit, si non finiisset diem ante nuptias parentis. Et ita in hac *l. 7. quæ debebatur*, addendum, *vel deberi poterat*, ut in 12. tab. *si aqua pluvia nocet*, id est,

A est, nocere poterit. Ergo non distinguimus, utrum parens secundas nuptias ante, vel post mortem filii contraxerit, ut in *h. l. 7.* Et hæc tamen distinctio adhibita est sup. in *l. 3. §. ult.* adjuncta *l. mater*, *inf. ad senat. cons. Tertul.* Sed ne quem hoc perturbet, ibi agitur de aliis bonis defuncti filii, non de iis, quæ à parente, qui prior mortuus est, pervenerunt ad superstitem, qui mox coierit in alterum matrimonium. Itaque non de iisdem bonis hic agitur, *d. l. 3. §. ult.* & *d. l. mater*. Non est omittendum, quod est in fine hujus l. Si filio sunt plures filii nepotes, posse eum antequam moriatur, eligere unum ex iis, qui adscribat in totum portionem, quam habet in supradictis bonis, vel habiturus foret, si mors eum non occupasset. Et hanc electionem, quæ datur in fine hujus l. nulla Nov. abstulit; sed illam tantum (ne B etiam hoc quemquam perturbet) quæ datur in *l. 3.* & *l. general. §. dividendi*, quæ scilicet datur parenti iteranti nuptias, ut cui volet liberorum prioris matrimonii bona quæsita à priore marito, vel uxore adscribat in solidum. Hanc electionem ademerunt Novellæ, ut in illis locis ostendi, non tamen eam, quæ definitur in *hac l. 7.* At nunc videamus, quid sit dicendum si ille filius nepotes non reliquit (quæ eit altera pars distinctionis initio propositæ) Quid ergo si filius ille filios non reliquerit, quid fiet de portione illius? Et hoc casu fratres, vel sorores in ejus portionem admittuntur, si ante nuptias parentis mortuus fuerit, id est, ante adquisitionem portionis; jure adcrescendi fratres admittuntur in ea portione. Si post nuptias, id est, post adquisitionem portionis, jam non possunt admitti fratres jure accrescendi, C quod expiravit post adquisitionem portionis, sed admittuntur beneficio hujus constitutionis, excluso patre, vel matre, qui tamen, quæve in alia bona defuncti succederet una cum fratribus *ex Nov. 118.* In his bonis fratres excludent parentem, qui non abstinuit secundis nuptiis. Et excipitur tantum portio, quam ex pacto convento, non ex lege in tabulis nuptialibus sibi recepit in casum amissi filii, vel filiæ prioris matrimonii, in casum *ἀπαιδίαν*, *Nov. 22.* Quod in ea Novel. Julianus antecessor perspicue interpretatur. Et in hac re explicanda ejus auctoritate utitur Accurs. in *authent. sed & si quis*, quod inseruit in hunc tit. Irnerius, vel Martinus: Nam quæ ex Nov. breviter legitis sparsa per hunc Codicem, ea digessit partim Martinus, partim Irnerius, ut significat *gl. legis fratres, sup. de inoff. test.* Et ita ut dixi in *auth.* D *sed & si quis*, inserta in hunc tit. Accurs. explicandæ hujus rei gratia utitur auctoritate Juliani, non nominans quidem Julianum, sed ita scribens, ut in *Nov. de mul. quæ post. mort. mar. c. nullam post hac*, & *de his, qui ad sec. nupt. mig. c. nulla licentia*. Sed semper Accurs. cum citat Novellas, intelligit Julian. antecessorem, qui Novellas Justiniani latine, & breviter exposuit, vetus auctor, & brevissimus, quo carere non debemus, si volumus intelligere jus novissimum. Ipsas autem Novellas Justiniani, quæ sunt fusiores, & copiosiores Accursius nominat semper authenticas, *l' original*, non Novellas: rectissime ergo cum hac *l. 7.* exposuimus *l. 8.* initium: quod est etiam de eadem re, de uno matrimonii prioris filio mortuo, cui obveniat ejus portio. Nam quæ sequuntur omnia in hoc titulo sup. fere omnia ostendi. Itaque E jam instat finis hujus tit. At ut ostendam quibus locis ea sunt exposita, & si quid sit addendum, addam, *§. 1. l. 8.* fuit expositus in *l. 4.* & *6. §. ult.* In quibus eadem est sententia, quæ in *§. 1. h. l. 8.* ut qui, vel quæ vidua permanet, possit alienare quæ habuit à priore conjunge, quod ostendi mutasse Novellas. Nec enim potest alienare, nisi portionem virilem. Sed additur statim in *§. certum hujus l. 8.* sive earum rerum permittatur alienatio, sive prohibeatur: his casibus in his constitutionibus *alienationis* verbum accipi latissime, ut comprehendat etiam heredis constitutionem, & legatum, & fideicommissum. Si permittatur alienatio parenti viduo, vel viduæ, ut possit non tantum vendere, & donare, aut permutare, aut obligare: sed etiam ut possit in eis bonis heredem insti-

A tuere, vel legare: si prohibeatur veniens ad secundas nuptias, ut nihil horum facere possit. Ergo in his constitutionibus *alienare* non tantum est dare, tradere, donare inter vivos: sed etiam, ut uno verbo dicam, relinquere: aliud est dare, aliud relinquere, dare est viventium: relinquere est morientium, *l. 1. §. si filio, D. de leg. 3. l. 1. §. pen. D. de tab. exh.* Damus libenter. Relinquimus necessario. Si testator rogarit heredem, ut quid det uni ex libertis, vel libertinis, semel tantum potest eligere, id est, non potest mutare electionem, quam fecit semel, *l. 17. §. ult. l. 24. de leg. 2.* Sin autem eum rogaverit, ut relinqueret cui vellet ex liberis, subinde variare potest, & mutare electionem, quamdiu vixerit, *l. unum ex familia, §. etsi fundum, D. de leg. 2.* Et ita rectissime Grammatici *libro 6. Iliados*, notant B Homerum observasse differentiam inter dare, & relinquere, cum dixit Vulcanum sceptrum dedisse Jovi, Jovem Mercurio, Mercurium Pelopi, Pelopem Atreo, Atreum autem reliquisse Thyesti, & Thyestem reliquisse Agamemnoni, quia scilicet Atreus, ne committeret regnum suum filio suo impuberi Agamemnoni, coactus est relinquere Thyesti fratri suo, cum quo tamen gerebat justas inimicitias, interposita fide, ut id restitueret Agamemnoni, cum ad justam ætatem pervenisset: Et ita Thyestes quasi obligatus fideicommisso, id reliquit potius, quam dedit Agamemnoni filio fratris, eumque prætulit Ægysto suo. Illi superiores regnum dederunt ultro, & sua sponte. Atq; ita manifesta est differentia inter dare, & relinquere: utrumque tamen complectitur verbum *alienare* in his constitutionibus. Imo C etiam cum testator vetat aliquid alienari extra familiam, vetat etiam relinqui, vetat institutionem, legatum, fideicommiss. in *l. peto, §. ult. D. de leg. 2.* nisi adjecerit testator, *ne vivus alienaret*: nam tunc non prohibetur relinquere moriens cui volet, *l. pater, §. fundum, D. de leg. 3.* Et addendum est, non semper in omni parte juris *alienandi* verbum etiam testamentum comprehendere, ut comprehendit in his constitutionibus, non certe in edicto *de alienatione judicii mutandi causa facta*, quo dolus coercetur eorum, qui rem, quam possident, alienant, ut opponant duriorem adversarium ei, qui acturus erat in rem. Nam nullus dolus inest in eo, qui heredem instituit, nulla cogitatio mutandi judicii, vel objiciendi potioris adversarii, vel qui legat habituro tantum post mortem suam. Et ideo *alienationis* ver- D bum in eo edicto non comprehendit institutionem, vel legatum in *l. ex hoc edicto, §. alienare, D. de alien. jud. mut. caus.* Id etiam non comprehendit *lex Julia, de fund. dot.* maritus prohibetur alienare fundum dotalem, *l. dotale, §. ult. D. de fun. dot.* Sed non comprehenditur etiam heredis institutio. Nam maritus herede instituto, per universitatem in eum transfert fundum dotalem, sed cum sua causa, ut heres non possit eum alienare, ut servet eum uxori superstiti, & ei reddat constituto die, in *l. 1. D. de fund. dot. l. quædam, D. de acq. rer. dom.* & hoc tantum erat adnotandum ad *§. certum l. 8. §.* vero *talem* jam exposui in *l. 4.* Sed quia eum non intellexit Accurs. & delenda est ejus glossa, quantumvis magna: ostendam erroris causam. Non animadvertit Accurs. in *hoc §. talem* anterius matrimonium dici, sicut prius ma- E trimonium, etsi post illud non fuerit contractum aliud. Nam & ita in uso prius testamentum dicitur, post quod nullum est factum, & sequutum testamentum, non habita ratione secundi, vel posterioris, ut in declam. Quintil. 308. & sic in *§. 1.* & *§. talem*, hac lege, prius & anterius dicitur matrimonium, quod unum fuit, vel quod sequutum non est aliud matrimonium. Et ita ut dixi in *§. 1. h. l.* & *l. 4.* & *l. 6. §. ult.* si parens non veniat ad secundas nuptias, si non mutet matrimonium, bona quæsita à priore marito, vel uxore, quæ tamen non alienavit, ut potuit, vel consumpsit, tamquam paterna, vel materna, redire ad liberos prioris matrimonii, etsi patris, vel matris hereditatem non adierint. Nam ea bona seorsum spectantur ab heredi-

tate,

tate, & fecernuntur. Quod cum ita esset in *§.talem*, quæritur quid sit dicendum, si ex liberis prioris matrimonii, & unius, alii adierint hereditatem patris, vel matris, alii repudiarint? & hoc casu ait, ea bona vindicari ab iis tantum, qui adierint. Hæc est sententia *§.talem*, quæ tamen abrogata est per *Novell.22.* quæ vocat omnes liberos permixtim, sive adierint, sive repudiarint parentum hereditatem.

§.penult. exposui in *l.6. §.ult.*

L.quoniam, & l.ult. fuit exposita in *d.l.6.*



AD TITULUM X.

SI SECUNDO NUPSERIT MULIER, CUI MARITUS USUMFRUCTUM RELIQUIT.

TITULUS 10. est de secundis nuptiis, & quasi codicillus ad titulum superiorem, quo suppletur quod in eo deest: Nam hoc quidem constat ex titul. sup. mulierem, cui maritus rerum quarundam suarum plenam proprietatem dedit, vel donavit, vel reliquit; si post mortem ejus in secundum matrimonium convenerit, eam amittere earum rerum omnium proprietatem, & usumfructum solum earum rerum retinere, proprietatem statim à die secundi matrimonii adquiri liberis primi matrimonii. Sed ex eodem titulo nihil constat quid sit dicendum, si prior maritus uxori, quæ secundo nupsit, dederit, vel reliquerit usumfructum rerum suarum, qua de re agitur in hoc titulo. Finge igitur: primus maritus non reliquit, vel dedit uxori res suas, sed rerum usumfructum. An ex hoc usufructu ei dato, vel relicto ob repetitas nuptias aliquid decerpent liberi primarum nuptiarum? Videamus primum, an jure vir relinquat uxori usumfructum rerum omnium suarum, omnium bonorum suorum, quod hodie est frequens. Et sane uxori jure relinquitur ususfructus omnium bonorum, cum hac conditione, legeque, ut fruatur una cum liberis, & ex eis bonis filios exhibeat, atque tueatur, ut in *l.si mulier, D. de usufr. adcresc.* Et *in oratione pro Cæcinna: Testamento*, inquit, *fecit heredem, quem habebat à Cæcinna filium, usumfructum omnium bonorum suorum Cæcinnæ legavit, ut frueretur una cum filio.* Alioqui soli uxori ususfructus omnium bonorum existentibus liberis inutiliter relinquitur, ne scilicet minuatur portio legitima, quæ debetur filiis, & quæ ad eos dicitur venire pura, plena, integra, illibata, non detracto usufructu ex *Nov.18. de trient. & sem.* Et nequid nos moretur eorum, quæ tractat Accurs. in particulam quandam *Nov.22.* quam constitutioni hujus tituli subjecit Irnerius, si testator (ut assolet fieri) jubeat uxorem esse dominam, & fructuariam omnium bonorum suorum, semper ab hoc legato deducenda est Falcidia debita filiis, si qui sint: reliquum servatur uxori, ususfructus tantum jure: nam etiamsi dixerit dominam, & usufructuariam, dominæ appellationem ex verbo sequenti cogere debemus ad usumfructum: nam & usufructuarius habetur pro domino, *l.in venditione, D.de reb.auct. jud. poss.* dum ait, in venditionem bonorum debitoris etiam usumfructum venire, quia appellatione domini & usufructuarius continetur. Hoc ideo scribit J.C. quoniam in edicto de rebus auctoritate judicis possidendis regulariter faciebat mentionem domini, ut in Quintiana oratione, *dominum invitum detrudere non posse placet*: ubi *domini* appellatio proculdubio etiam comprehendit usufructuarium. Et omnino triplex est dominium: Dominium proprietatis in *l. proprietatis, sup. de probat.* dominium usufruct. & dominium possessionis. Ac sæpissime in libris nostris dominium, id est, possessio, non proprietas: dominus, id est, possessor. Cur in *l.si procur. D.de acq. rer. dom.* J.C. ait, dominium, id est, proprietas? ne quis intelligeret possessionem: nam dominii verbum est ἀμφίβολον. Et ita in *l.4. de aquæd. lib.11. usum aquæ constitutum longo dominio*, id est,

A possessione longa. Verum ergo qui dicit dominam, & usufructuariam dicit, ut Grammatici loquuntur, ἐνδιαδυοῖν, nempe fructuariam tantum. Quid vero dicendum est si maritus uxori dederit, vel reliquerit non res suas ex parte, vel ex asse, sed rerum suarum usumfr. ex parte, vel ex asse, ut frueretur una cum filiis, & post mortem mariti ea mulier venerit ad secundas nuptias? Non potest dici ejus ususfructus, ejus legati dominium, usumfructum esse servandum prioris matrimonii liberiis, quoniam ususfructus non est ususfr. Ususfructus est servitus. Servitus servitutis non est, *l.3. D.de usufruct.leg. l.ususfructus, inf. D. de servitut. rustic. prædior.* Servitus est qualitas prædii, *l.qui fundum, quemadm. serv.am.* Et ut Philosophi loquuntur, qualitas qualitatis non est. Hæc vero quæstio ita definitur in *l.un. hoc*

B *tit.* ut à contractis secundis nuptiis ususfructus statim auferatur uxori, & restituatur liberis prioris matrimonii cum fructibus, si à die secundarum nuptiarum mulier fructus perceperit, forte liberis nondum suæ tutelæ factis, id est, impuberibus, & destitutis auxilio tutorum. Denique mater, quæ repetiit nuptias, liberis prioris matrimonii restituit usumfructum, id est, jus utendi, fruendi, & omnes fructus, quos percepit à die secundarum nuptiarum. Et addamus, quia mala fide possedit mulier, etiam cum fructibus, quos percipere potuit, & debuit, nec percepit: Nam malæ fidei possessor non tantum de perceptis tenetur, sed etiam de percipiendis, *l.fructus, l.si navis, §.ult. D. de rei vind.* Nec nos movere debet *l.si pater, de usuf.* nec *l.si fundum, sup. de rei vind.* quæ dicunt, malæ fidei possessorem, &

C nominatim hanc matrem, cui ususfructus earum rerum legatus est, debere restituere fructus perceptos: nec enim addunt taxationem, perceptos fructus dumtaxat, ut inde non possis colligere, non teneri malæ fidei possessorem de percipiendis. Non omnia possunt exprimere leges, pleraque supplenda nobis relinquunt ex aliis legibus. Et licet igitur ex his locis, *perceptis* etiam addere *percipiendis*. Et ait hæc lex usumfructum esse restituendum cum fructibus competentibus, ad liquidum ratione deducta, *ad unay*, ut cum Curtius Rufus lib.9. ait, *nunquam famam perduci ad liquidum*, id est, rumorem ullum nunquam esse ex omni parte verum. Competentes ergo fructus redduntur ad liquidum, eorum ratione deducta, puta impensis deductis, quas mulier fecit in corpora rerum hereditariarum, quibus utebatur,

D fruebatur: Nam fructus eos esse constat, qui supersunt deductis impensis, hi sunt fructus competentes, & liquidi, *l.fructus, D.sol.matrim.* Et eleganter *l.fundus, qui dot. D.famil.ercisc.* nullum esse casum, qui hoc genus deductionis impediat, & compensationem impensarum cum fructibus. Et tamen extat unus in *l.ultim. inf. de fun. rei priv. lib.11.* admodum singularis, ubi fructus intelliguntur non deductis impensis. In jure nulli sunt termini universales, ut in illo loco, *nullus casus*, & tamen excipitur aliquis. Et similiter in *l. in omnibus 43. D. de solut. In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur. In omnibus*, inquit. Excipienda est tamen confusio, quæ si induxerit liberationem rei, sive debitoris, pignora tamen obligata manent, *l.debitor 59. D. ad Trebell. l. cum quis, §.ult. D. de sol.* Porro constitu-

E tionem hujus tituli comprobarunt Arcadius, & Honorius in *l.1. C.Theod.eod.tit.* Et. *Novel. 22.* significat eam porrectam fuisse ad maritum, cui uxor legasset usumfructum rerum suarum: sed tamen *dict. Novell. 22.* hanc constitutionem penitus abrogat, solvitque secundas nuptias pœna hujus constitutionis, dum scilicet non aliter vult usumfru. auferri conjugi, quem legavit prior conjux, etiamsi repetierit nuptias: quam si id nominatim caverit defunctus. Non vult itaque servari jus, quod inducit constitutio, sed jus, quod fecerit ipse defunctus, vel defuncta, dicendo legem legato, usufructu relicto superstiti conjugi.

AD TITULUM XI.

DE DOTIS PROMISSIONE, ET NUDA POLLICITATIONE.

NUPTIÆ sunt contractus, matrimonium est contractus, ut proxime ante diximus, à Græcis passim appellatus γαμικὸν συνάλλαγμα, id est, *nuptialis contractus*. Posteaquam dixit de eo contractu satis, id est, de nuptiis, transit ad aliud genus contractus, nempe ad dotem. Dotis datio est contractus, *l. contractus*, *D. de reg. jur.* Et dotis quoque promissio est contractus, nempe stipulatio. Dotis item pollicitatio nuda pro contractu habetur, quia obligationem parit. Et omnis obligatio pro contractu est, *l. omnem, D. de judic.* sicut dotis dictio, quæ olim fiebat solennibus verbis citra stipulationem à non interrogato, vel interrogata, contractus erat, vel obligatio civilis. Et dotem igitur conventionem esse definiamus, qua res, aut pecunia certa propter uxorem, propter onera matrimonii pervenit ad maritum. Pervenire accipimus cum effectu: Nam dominium dotis in eum transit, dotis dominium, id est, vel rei, vel pecuniæ dotalis, *l. in reb. tit. seq.* vel etiam conventio, qua compensantur onera Matrimonii, data marito re, aut pecunia certa, ut in *l. si maritus, l. si filia, §. 1. D. famil. ercisc. & l. si pater mulieri, D. de jur. dot. Varro 4. de ling. Latina: Dos, pecunia est nuptiarum nomine data.* Pecuniæ nomen accipitur generaliter. Et ita vulgo dos accipitur non pro conventione, licet conventio sit, & contractus, sed pro re, & pecunia, quæ in conventionem venit, id est, pro eo, quod nomine rei uxoriæ datur marito, *l. si nuptura, §. 1. ff. de jur dot.* Alias dos accipitur pro jure actionis de dote, pro jure repetendæ dotis soluto matrimonio, ut *l. 1. §. Celsus, D. de dot. præleg.* Dixi rem certam esse debere, aut quantitatem, quæ in dotem datur, aut promittitur, alioqui dos incerta nulla est. Verum certa videtur esse dos, quando dos confertur in arbitrium boni viri, quanti æstimaverit bonus vir, vel quantum maritus æstimaverit, ut bonus vir ex æquo, & bono pro modo facultatum suarum, vel pro dignitate natalium utriusque, ut *l. 3. hoc tit.* Nam ut æquitas est certa: ita arbitrium boni viri, qui est arbiter æquitatis, & sacerdos, *l. 1. D. de leg. 2.* Et utique dum pater promittit dotem, promissioni paternæ semper intelligitur inesse tacite arbitrium boni viri, cujus officium est dotem constituere filiæ pro facultatibus: & pro splendore familiæ. Pater igitur etiamsi dotem promittat simpliciter, videtur certam promisisse, *l. cum post, §. gener, D. de jur. dot.* Ex hic est addenda distinctio *l. ult. hoc tit.* ut si dotem promiserit pater, vel constituerit simpliciter hoc modo, *Doti tibi erunt mille*, vel donationem propter nuptias eodem modo: etiamsi filius, vel filia habeant bona propria, videtur de suo dotem constituisse, vel promisisse, vel dedisse, non de bonis filii sui, vel filiæ. Sed si promiserit dotem ex suis bonis, & ex bonis filii, vel filiæ hoc modo: *Doti tibi erunt mille ex bonis meis, & ex bonis filiæ meæ:* vel *donationi propter nuptias tibi erunt mille ex bonis meis, & ex bonis filii mei*: distinguendum est: aut inops est admodum pater, qui eo modo promisit, & eo casu dos tota præsumitur ex bonis filiæ: sed si pater sit locuples, dos tota præstatur ex bonis patris, non ex bonis filiæ, licet hoc ita caverit, ut præstaretur ex utriusque bonis, quod mirum est, & merito abrogatur *l. ult. hoc tit.* à Leone Philosopho in *Novell. 21.* volente ex patris, & ex filii, vel filiæ bonis, sicut est cautum indistincte, sive dives, sive inops sit pater, quantum potest refici dotem, & præstari ex æquis partibus, si non sint dictæ partes. Et hæc de patre promittente dotem. Mulier si promittat dotem, vel extraneus pro ea simpliciter, non dicta quantitate, non demonstrata re dotali, inutilis est promissio, & stipulatio, quia huic promissioni non intelligitur inesse arbitrium boni viri, ut promissioni patris, cui proprie incumbit dotem constituere: quæ est sententia *l. 1. hoc tit.* ut Græci interpretantur, & est elegans thesis, quam Thalelæus proposuit in *hac l. 1.* stipulationem omnem, quæ ad vilissimum deduci potest, non consistere, ut si promittant fundum simpliciter, est inutilis stipulatio, promissioque, quia, ut Varro dixit, fundus est, vel quod funda mitti potest, *un morceau de terre*: & se liberare potest dando, quod funda mittere possit. Libertus Ciceron. sic dicit: *Fundum Varro vocat, quem funda mittere possis.* Et ita in *l. ubi autem, D. de ver. obl.* ostendi fundi promissionem esse inutilem, qui non demonstratur. Et ita dotis promissio simplex est inutilis, quia promissor posset se liberare dando unum nummum. Porro autem olim dicebant dotem datam, vel promissam, vel dictam, ut *l. 3. Cod. Theod. de inc. nupt.* Nam iis tribus modis dos constituebatur, & promittendo dotem omnes obligantur, *l. promittendo, D. de jur. dot.* non etiam dicendo. Nam dictio dotis obligabat tantum mulierem, & patrem mulieris, si dixisset dotem, vel avum paternum, & debitorem mulieris delegatum à muliere ad dotem dicendam, quæ dictio dotis fiebat solemnibus verbis, & hoc ostendit Ulp. in tit. *de dote*, & in *D. de jur. dot.* Hæ formulæ; *Centum tibi doti erunt*; *Quod mihi debes, doti tibi erit*; certe sunt formulæ propriæ dictionis dotis, non promissionis, *l. si mulier, l. nuptura, l. quemadmodum, §. pen. D. de jure dot.* Dicimus hodie dotem datam, vel promissam, vel pactam, vel oblatam ultro per pollicitationem: Nam placet hodie dotem constitui pacto nudo, nuda oblatione, *doti tibi erunt tot*, nuda pollicitatione, *l. 4. & pen. hoc tit.*

AD TITULUM XII.

DE JURE DOTIUM.

DOCUI in superiore titulo quibus modis contrahitur obligatio dotis, quia contrahitur vel re, id est, datione dotis, vel solemnibus verbis, vel stipulatione, onde nascitur actio ex stipulatu, vel pactione, aut quod minus est, pollicitatione nuda, nulla præcedente interrogatione, id est, oblatione nuda dotis quibuscunque verbis, *l. pen. sup. tit. prox.* cui legi conjungenda est *l. 2. sup. de form. & imp.* quæ docet etiam in actionibus instituendis qualiacumque verba sufficere, nec à prætore esse postulandam formulam. Denique iidem Impp. eadem l. quæ tamen divisa est in illas duas partes, substulerunt formulas, & in obligationibus dotium contrahendis, & in omnibus actionibus apud judicem instituendis. Et ex pollicitatione quidem erit condictio ex lege, ut arbitror, sicut ex dictione dotis, quæ fiebat olim solemnibus verbis, fuisse condictionem indicat *l. 1. hoc tit.* quæ fuit de dictione dotis, vel promissione. Sed ut fecit passim in jure Tribonianus, in hac *l. dictionis* nomen mutavit in pollicitationem, quoniam etiam citra stipulationem, vel dictionem dotis, hodie dotis obligatio contrahitur solius offerentis promissione, id est, pollicitatione. Nunc autem in hoc tit. incipit tractare de jure dotium, id est, de causa, conditione, natura, ingenio, privilegiis dotium, vel de dotibus. Et recte in Digest. statim initio hujus tit. *de jure dotium* scribit, *causam dotium esse perpetuam*. Dotis causa, & jus dotis, idem est, sive titulus dotis. Ait igitur l. 1. *D. de jur. dotium*, statim proposito, *tit. de jure dot.* dotis causam esse perpetuam, quod voto ejus, qui dat ita contrahatur, ut semper apud maritum sit, ut emptionem contrahi dicimus, ita ea lex dicit dotem contrahi. Dos igitur est contractus, & ait ita contrahi ex voto dantis dotem, ut semper apud maritum sit. Quamobrem olim auspicantes perpetuitatem matrimonii, ut Festus scribit, ad collocandam novam nuptam in thoro ge-

niali

niali, adhibebantur pronubæ univiræ, id est, quæ semel nupsissent, ominantes, sive auspicantes, ut novi conjuges in eo matrimonio perseverarent usque ad extremum vitæ spiritum. Et inde Claudianus de raptu Proserpinæ: *Stat pronuba juxta stellantes nox picta sinus, tangensque cubile, omnia perpetuo genialia fœdere sanxit.* Et hoc idem votum facit, ut dotis causa sit perpetua: & quia est perpetua, ex eo efficitur dominium rerum dotalium transferri in maritum. Contractuum causæ temporariæ non mutant dominium. Contractuum causæ perpetuæ mutant dominium, & sic quia dotis causa perpetua est secundum votum contrahentium, maritus dotis dominus fit per traditionem, *§. per traditionem, Inst. de rer. div. §. 1. Instit. quibus al. lic.* Dixi, *per traditionem*. Nam ante traditionem res non possunt intelligi dotales. Traditione fit dotalis servus, dotale prædium, dotalis pecunia, *l. 5. D. sol. matr. l. dotalem, §. dotale, D. de fun. dot. l. si socius, D. pro soc.* Traditio igitur facit res dotales, & maritum, qui accepit, facit dominum rerum dotalium pleno jure, sive æstimatæ, sive inæstimatæ res fuerint. Quod adeo verum est, ut & servos dotales possit manumittere constante matrimonio, si solvendo sit. Nam si non solvendo sit, lege *Ælia Sentia* impeditur libertas servi dotalis, & si solvendo sit, jure manumittit servos dotales, eisque præstita libertas nunquam revocatur. Nihil enim difficilius revocatur, quam libertas, *l. 3. hoc tit. l. servum dotalem, D. de manumiss.* Verum hac in re, de qua hic agimus, ut ostendamus maritum esse dominum dotis, quæ ei tradita est, *lex in reb. hoc tit.* videtur adhibere distinctionem, quæ facit utrumque dominum, & maritum qui accepit dotem, & uxorem, quæ dedit dotem, vel cujus nomine data est: Nam ait, juris subtilitate maritum esse dominum, revera, & naturaliter, quod idem est, dominam esse uxorem, non tantum, quod quandoque dos ad eam reditura sit soluto matrimonio, nisi aliud convenerit, quam quod emolumentum dotis constante matrimonio, licet ejus dotis maritus fingatur esse dominus, reipsa redeat ad mulierem: cum maritus sustineat onera matrimonii, *l. quamvis, inf. D. de jur. dot.* Onera matrimonii sunt uxor ipsa, quæ alenda, curanda, tuenda est, & liberi, nova cura, & tutelæ, *l. si maritus, D. fam. ercisc. l. si is, qui Stichum, §. post mortem, D. eod. tit.* Cum ergo maritus sustineat onera matrimonii, onera uxoris: sic fit, ut emolumentum dotis redeat ad uxorem, ut fruatur ipsa dote potius, quam maritus, atque adeo, ut ipsa re videatur esse domina, maritus autem habere nomen domini sine re. Atque ita adhibita hac distinctione secundum *d. l. in rebus*, facies duos dominos ejusdem rei, quidni? & consequenter facies duos possessores rerum dotalium jure dominii, virum, & uxorem, *l. pen. §. si fundus, D. qui satisd. cog.* Ubi ostenditur eum, qui possidet res immobiles, non onerari satisdatione, id est, necessitate dandi fidejussoris, quoniam prædia, quæ possident, satis cautioni sufficiunt, satis cautionis præbent, ut qui prædiis cavet, non necesse habeat dare prædes, seu fidejussores: Finge igitur dotem consistere in immobilibus rebus: Et vir, & uxor earum intelligitur esse possessor, ut non oneretur satisdatione in aliis causis, sive litibus. Et ita conveniens ter *d. legi in rebus*, in *l. quamvis, D. de jure dot.* Quamvis, inquit, dos sit in bonis mariti, mulieris tamen est effectu ipso: dos est in bonis mariti constante matrimonio, ut in *l. Lucius, §. idem respondit, D. ad municipa. l. 7. §. si res, D. de jure dot.* Adeo ut contracta societate omnium bonorum veniat etiam dos in societatem: sed distracta societate maritus percipit dotem, quia apud eum dos semper esse debet, qui sustinet onera matrimonii, *l. actione, §. ult. D. pro soc.* Et ita manifestum est ex nostris Jurisconsultis Boetium sumpsisse, quod in Topicis Ciceronis scribit in hunc modum: *Dos*, inquit, *licet constante matrimonio in bonis mariti sit: est tamen in uxoris jure, & post divortium factum velut res uxoria peti potest.* Qua de causa & veteres doti tribuebant nomen rei uxoriæ potius, quam rei maritalis: Nam certe dominus est verius qui est effectu dominus, quam qui titulo tenus: sed tamen votum coeuntium nuptias inter se facit, ut cum intelligatur dotis causa esse perpetua, dotis titulus esse perpetuus, necessario consequatur maritum accipientem dotem, fieri dominum dotis. Nam causæ temporariæ contractuum hæ sunt, quæ non transferunt dominium, ut causa locationis, quæ fit ad tempus non mutat dominium, *l. non solet, ff. loc.* Causa commodati, quæ fit etiam ad tempus, neque dominium mutat, neque possessionem, *l. 8. & 9. D. commod.* Causa quoque pignoris non mutat dominium, *l. cum & sortis, §. ult. D. de pig. act.* Ideoque licet prædia pupilli non possint alienari sine decreto, tamen prædium, quod pupillus accepit pignori, tutor alienare potest sine decreto, quia non est in bonis pupilli, *l. 5. §. si pupillus, D. de reb. eor.* Et eadem ratione, qui servos legat suos, non videtur legare servos, quos pignori accepit, *l. suos, D. de leg. 3.* quia causa pignoris non mutat dominium. Causæ contractuum temporariæ non mutant dominium, causæ perpetuæ mutant, ut causa emptionis, causa permutationis, divisionis causa, mutant dominium. Et secundum hæc, dum *l. 1. D. de jur. dot.* ait, dotis causam esse perpetuam, significat dotis dominium transferri in maritum. Et ita accipienda est ea *l. 1.* Aliud adjicit *l. 2. eod. tit.* Reip. interesse mulieres dotes suas salvas habere, propter quas nubere possint. His verbis significatur, dotis causam esse privilegiariam. Lex 1. dicit esse perpetuam, *l. 2.* privilegiariam, h. est, mulierem in repetenda dote soluto matrimonio præferri omnibus creditoribus chirographariis, imo etiam hypothecariis antiquioribus, ut infra demonstrabimus. Est autem conjungenda cum *d. l. 1. l. interest, D. de reb. auct. jud. poss.* altas est, *l. 3. D. de priv. cred.* Utraque est ex eodem libro, & idem proponitur in eadem *l.* quod in *d. l. 2.* videlicet privilegium, quod habet mulier in repetenda dote inter actiones personales dari etiam sponsæ, quæ dotem dedit, si postea renuntiatum sit nuptiis: quo casu sponsa dotem, quam dedit, repetit non actione rei uxoriæ, vel ex stipulatu actione de dote, cum proprie dos non fuerit nondum subsequuto matrimonio, & contracto, *l. 3. D. eod.* sed condictione causa data, causa non sequuta. Et in ea condictione favoris gratia idem privilegium datur sponsæ, licet uxor non fuerit. Et ita si minor 12. annis, quæ non est justa uxor, præmaturius domum deducta fuerit, & completa ætate justa repudiaverit eum, qui sponsus fuit ejus, non maritus: similiter dotem repetet, quam dederat condictione ob causam, licet uxor non fuerit. Ea condictio erit privilegiaria, ut indicat *l. si sponsa, D. de jur. dot.* Cur est privilegiaria, quæ proprie non est dos, sed data dotis nomine, & spe? quia Reipub. interest, ut mulieres dotes suas salvas habeant, id quod doti destinarunt, consequantur in solidum, ut ætate permittente alii possint nubere, & invento alio marito, *d. l. interest*. Ergo dotis causa etiam ejus, quæ nomen dotis tantum habet, id est, etiam dotis destinatæ causa privilegiaria est. Ut autem intelligamus quæ sit privilegiaria causa dotis, quæ favorabilis, & perpetua, ut ait *l. 1. D. sol. matr.* imprimis sunt separandæ actiones personales ab actionibus realibus, id est, vindicationibus, vel actionibus hypothecariis. Olim inter actiones personales potior fuit repetitio dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio morte, vel divortio. Etiamsi causæ aliarum actionum personalium tempore antiquiores essent: reddenda erat dos, quod & hodie obtinet mulieri primum, licet posterior sit creditrix; Mulieri igitur in actionibus personalibus postferuntur alii creditores mariti, etiam antiquiores. Et hoc jus semper obtinuit, *l. ult. inf. qui pot. in pig. hab.* Dabatur hoc privilegium mulieri soli, vel filiis ejus, heredibus ejus. Idem jus non dabatur extraneo heredi mulieris repetentis dotem, in *l. 1. inf. de privil. dot.* Et est similis differentia inter heredes in *l. maritum, D. sol. matr. sup. l. 2. C. Theodos. de spons.*

sponſ. Rurſus id privilegium non dabatur tantum mulieri, quæ nupſiſſet, ſed etiam ſponſæ, quæ dotem dediſſet nec nupſiſſet, & mulieri minori duodecim annis, quæ ut uxor haberetur, licet jure nondum uxor ſit, *l. ſi ſponſo*, *D. de jur. dot. l. quæſitum*, *§. ult. & l. ſeq. D. de reb. auct. jud. poſſ.* alias eſt, *l. 2. & 3. de privil. cred.* Et cum *d. l. quæſitum*, *§. ult.* oſtendiſſet, idem privilegium dari ſponſæ, atque minori duodecim annis, ſubjicitur ratio *l. ſeq.* quod non tantum majorem duodecim annorum, & juſtam uxorem, ſed etiam hanc, id eſt, minorem annorum duodecim interſit Reipub. dotem ſuam ſalvam habere, ut ætate permittente nubere poſſit, ideo, & huic dandum eſſe privilegium inter perſonales actiones, id eſt, inter creditores chirographarios (quod idem eſt) ſed ita ea lex ſcripta eſt: *Intereſt enim Reipub. & hanc ſolidam conſequi*, ut ætate permittente, id eſt, cum pubuerit nubere poſſit. Quorſum ait ſolidum? An dubitabatur de ſolidæ dotis recuperatione? An videbatur ex ea dote poſſe aliquid retineri, aut deliberari: nec integram eſſe reddendam, ſine deminutione partis cujuſdam? Hoc vero nemini unquam venit in mentem. Et ibi de privilegio quæritur tantum, id eſt, de prærogativa actionis perſonalis, & condictionis dotis: non de ſolidi recuperatione. Dos non admittit Falcidiam, vel diminutionem. Igitur in *d. l. intereſt*, & in *l. 2. de jur. dot.* quæ illi eſt conjungenda, proculdubio Paulus ſcripſit hoc modo: *Intereſt enim Reipub. & hanc*, id eſt, minorem duodecim annorum, *ſuam dotem conſequi*. Error natus eſt ex iis notis ſive literis ſingularibus, & majuſculis S. temone ſuperpoſito, & D. M. etiam temone ſuperpoſito: quæ notæ utrumque ſignificant, ſuam dotem, & ſolidam. Sed ſuam dotem eſſe potius interpretandam cum res ipſa ſuadet, tum *d. l. 2.* quæ eſt ex eodem libro, & quæ pertinet etiam ad privilegia dotium. Ergo mulier quæcumque ſive juſta, ſive injuſta uxor, ſive nupta, ſive innupta in exactione dotis præponitur omnibus creditoribus, etiam antiquioribus. Et ut ait *d. l. ult. inſ. qui pot. in pign. hab.* habet mulier privilegium contra pene omnes creditores. Addit pene, quoniam excipienda eſt perſonalis actio, quæ Reipub. competit, ſi antiquior ſit argumento, *l. 9. hujus tit.* quæ ait dotis cauſam eſſe potiorem, quam Reipub. ſi maritus poſt nuptias, & dotem acceptam fuerit Reipub. obligatus, id eſt, ſi Reſp. ſit poſterior. Ergo ſi ſit prior Reſpub. non poſtponitur cauſa dotis, quod non male porrigitur etiam ad fiſcum, vel maxime, quod fiſcus ſemper ſit creditor hypothecarius, quia ſemper adquiſitum eſt ei jus tacitæ hypothecæ in omnibus negotiis, quæ nomine ejus geruntur, vel contrahuntur, *l. auſertur*, *§. fiſcus*, *D. de jur. fiſ.* Reſpub. autem non habet tacitam hypothecam, niſi de ea convenerit ſpecialiter, & nominatim *l. 2. inſ. de jur. Reipub. lib.* 11. His igitur exceptis inter creditores chirographarios, mulier etſi poſterior ſit, præfertur omnibus. Aliud erat olim in hypothecis. Nam primum quidem ante Juſtin. id eſt, ante conſtitutionem tituli ſequentis, quæ eſt de rei uxoriæ actione, id eſt, jure repetendæ dotis, mulier dotis ſuæ nomine non habuit ex conventione, ſed & in ea, de qua convenerat, non habebat privilegium aliud quam temporis, ut ſi ei priori res pigneratæ eſſent, præponeretur ſequentibus creditoribus hypothecariis, non etiam antecedentibus, *l. ult. §. 1. inſ. qui pot. in pign. & l. ubi*, *hoc tit.* In qua res viri ſuppoſitas, id eſt, obligatas oportet intelligere ex conventione, quia nondum erant tacite ſuppoſitæ, id eſt, licet *l. ubi*, ſit Juſtiniani, his Juſtin. nondum dederat tacitam hypothecam mulieribus. Igitur agitur in *l. ubi* de conventa, & expreſſa hypotheca, in qua tamen non aliter vult mulierem præferri, quam ſi prior tempore fuerit. Denique non habere niſi privilegium temporis, nec prævenire in hypothecis eiſdem antiquiores, licet præveniat in perſonalibus actionibus. Et hæc quidem ita ſe habuere jure veteri. Hodie mulieris privilegium non tantum vertitur inter actiones perſonales ex noviſſimis conſtitutionibus Juſtiniani: ſed etiam in-

A ter actiones reales, ſive directas in rem, & hypothecarias, id eſt, non tantum inter creditores chirographarios, ſed etiam inter hypothecarios. Sed hic rurſus ſeparandæ ſunt res dotales à cæteris rebus, ſive bonis mariti. Primum enim in *l. in reb. hoc tit.* quæ arx eſt hujus quæſtionis, Juſtin. mulieri dedit privilegium in rebus ipſis dotalibus dumtaxat, in eis ſcilicet vindicandis, vel perſequendis actione hypothecaria, ut præponeretur omnibus creditoribus mariti, etiam hypothecariis, & antiquioribus, puta quibus maritus forte antequam uxorem duceret, vel dotem acciperet, obligaverat omnia ſua bona, etiam futura, ergo, & res dotales, quas poſtea accepturus eſſet: nam & hæ ſunt in bonis mariti. Hoc ergo privilegium, *l. in rebus*, dat tantum in ipſis rebus dotalibus, ſive ut ait æſtimatæ ſint, quarum domi-

B nium proculdubio tranſit in maritum, quaſi ex cauſa emptionis, nam æſtimatio emptio eſt, *l. 5. & 10. hoc tit.* ſive inæſtimatæ ſint, quarum etiam rerum ipſo jure quodammodo maritus intelligitur eſſe dominus, ut oſtendit *d. l. in rebus*. Et velim adjungi huic ſententiæ *l. 23.* dum ait, *uxorem*, *quæ vendidit prædium dotale*, dominium prædii acquiſiti marito ex dotis cauſa, non potuiſſe ei auferri per eam venditionem. Et legitur vulgo in ea *l. 23. nihil intereſſe mulier illa*, *quæ prædium vendidit dotale*, *ſponte nec ne contractum venditionis ratum habuerit*. Apageſis illud *ratum*, quod etiam non habent veteres: ſed legendum, *ſponte necne habuerit illum contractum venditionis*: nam quid de ratihabitione? Eadem eſt ſententia *l. 22.* ut res, quas ſocer dedit in dotem non poſſit alienare, niſi eas recuperaverit ſoluto matri-

C monio. Et ſimiliter in *l. 17. hoc tit.* ſocrum, ſi res quaſdam dederit in dotem, deducto ſibi uſufructu: etiamſi uſumfructum in eis retinuerit, non habere jus auferendæ proprietatis genero vendendique res eaſdem. Ubi etiam in *l. 17.* vel teſte Accurſio, eſt legendum, *res quarum*, non *quas*, *uſufructu ſibi deducto ſocrus in dotem dedit*. Eſt figura, quæ dicitur σύλληψιν, quam non capeſſentes, mutarunt *quarum* in *quas*, peſſime: Nam eſt frequens hoc in noſtris auctoribus, atque etiam in aliis. Ergo, *l. 17. 22. & 23.* oſtendunt, dominium rerum dotalium etiam inæſtimatarum, quæ proprie dicuntur dotales acquiri marito. Sed ad rem. In his igitur rebus dotalibus ſive ſint æſtimatæ ſive inæſtimatæ: In iis, inquam, vindicandis, vel perſequendis actione hypothecaria, quaſi ſuis, vel in iis rebus perſequendis actione hypo-

D thecaria quaſi alienis, etſi non ſuis, ſed obligatis ſibi: (nam rei ſuæ pignus non valet) mulier præfertur omnibus creditoribus etiam antiquioribus. Et liberum eſt ei, vel eas res dotales vindicare quaſi ſuas, (nam & ipſa intelligitur eſſe earum domina) vel etiam eas perſequi actione hypothecaria, quaſi res mariti, non ſuas: Nam & maritus etiam intelligitur eſſe earum rerum dominus. Et promiſcue conjuges ſolent ſe afficere iis nominibus. Mulier maritum ſolet vocare dominum, maritus uxorem vocare dominam. Ergo ex eo intelligitur nihil impedire, quin eandem rem mihi liberum ſit perſequi ut meam, vel ut alienam, ſicut rem legatam licet perſequi, vel actione in rem, vel actione in perſonam, vel vindicatione, vel condictione, *l. 1. inſ. Com. de leg.* id eſt, licet mihi dicere cum voluero, volo litem meam alienam

E videri *l. pen. Quand. ſit app.* Cui in dubium venit quin ſimiliter mihi liceat dicere, volo rem meam, alienam videri, & ita condicere rem non ut meam, nam rei ſuæ condictio non eſt, ſed ut alienam. Quod notandum eſt maxime, & addendum ex *d. l. in rebus*, in rebus dotalibus hoc privilegium dari mulieri perſequendi directa in rem actione, vel hypothecaria: niſi eas actiones amiſerit præſcriptione conſtituti temporis, quod tempus merito lex conſtituit, ut numeretur ab eo die, quo mulieri competere cœperit perſecutio rerum dotalium, id eſt, à die ſoluti matrimonii, morte, vel divortio: vel etiam conſtante matrimonio, ab eo die, quo maritus cœperit labi facultatibus. Quo caſu etiam manente matrim. dos repetitur, *l. ubi*, *hoc tit. l. ſi conſtiterit*, *D. ſol. matrim. l.*

mutus, *§. 1. D. de ju. dot.* Ac postremo addit *l. in rebus*, A
maxime observandum esse ne facto divortio detur locus. Nam possunt conjuges simulare divortium, vel in fraudem stipulatoris, qui excepit sibi dotem, quam dedit pro muliere in casum mortis, non in casum divortii, ut in *l. 3. inf. de repud.* vel in hoc proposito possent simulare divortium, ut marito nondum everso facultatibus, ipsa mulier quasi facto divortio præcipiat res dotales, & excludat antiquiores creditores mariti. Denique possunt simulare divortium in fraudem antiquiorum conditorum mariti, ut reipsa manente matrimonio, factoque divortio, mulier sep̄onat res dotales, summotis creditoribus antiquioribus, & parum, aut nihil restet ex residuis bonis mariti. Hæc fraus, sive simulatio removetur in fi. *d.l. in rebus*, non illa quidem, quam ibi retulit Accursius. Et hæc quidem de rebus dotalibus, ut B
in eis mulier habeat privilegium, & inter personales, & inter reales actiones. An idem habeat etiam in aliis bonis mariti? Minime, quod jam ante docui. Non habuit in aliis bonis mariti ante *legem ultimam, inf. qui pot. in pign. & constitut. tit. seq.* Non habuit, inquam, in aliis bonis mariti tacitam hypothecam, etsi de ea convenisset: in ea non habuit nisi privilegium temporis, per *leg. ubi, hujus tit.* Denique in jure pignoris ne ab ipso quidem Justin. *in lege ubi*, mulier potior habita est antiquiore creditore, aut fisco in *l. 21. inf. de privil. fisc.* Verum postea Justinianus *in constit. tituli seq.* quæ est posterior *lege ubi* amplificavit mulierum privilegia, & dedit mulieribus tacitam hypothecam in aliis omnibus bonis mariti, dotium eis conservandarum causa: Postremo in *l. ult. inf. qui pot. in pign. hab.* dedit etiam mu- C
lieribus privilegium in eis hypothecis tacitis persequendis, ut præponerentur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, sive haberent tacitam hypothecam, sive (ut Martinus rectius censuit, quam Joannes) haberent expressam hypothecam: Nam *d.l. ult.* manifesto doti postponit omnia credita, omnes hypothecas vetustiores generales, vel speciales, tacitas, vel expressas. Idque etiam confirmat *Novella* 97. si ad eam recte animadvertamus. Excipitur tantum dos antiquior. Dos antiquior præfertur novæ doti, vel etiam prior solvitur, vel ut dicam solicitius: mortuo patre meo ego prius solvam dotem matri meæ, quam novercæ: nam inter duas dotes servatur ratio temporis: nec dos posterior potest præferri priori, ut *d. l. ult. & Novella* 91. Puto privilegium idem in hypothecis, quod dat *lex ultima, inf. qui* D
pot. in pign. non esse dandum etiam sponsæ, quæ dedit dotem, & non nupsit, vel minori duodecim annis: sed privilegium tantum personalis actionis, ut dixi: nam iis etiam personis dari tacitam hypothecam, & in ea privilegium nusquam reperias. Et privilegia hujus sunt naturæ, ut non possint sine lege extendi, vel ampliari. Et male contra opinabatur Joannes hac in re, ut ostendit gloss. supradict. *l. quæsitum, §. ult.* Constat etiam mulieres non uti hoc privilegio hypothecæ in persequendo lucro nuptiali, quod capiunt ex donatione propter nuptias mariti. Favet Justin. uxori ne versetur in damno, nec dos ei pereat, non etiam ut lucrum faciat, quod ostendit d. *l. ult. & Nov. 61. &* 109. Puto tamen ex *l. ult. inf. de pact. conven.* dari mulieri tacitam hypothecam, non tantum dotis nomine, sed etiam nomine παραφέρνων, id est, E
nomine eorum bonorum, quæ in mariti domum intulit extra dotem, quæ dicuntur parapherna, & ἐκπροικά, & à Gallis peculium, ut ait *l. si ego, §. dotis, D. de ju. dot.* Quod Gallicum nomen retinent adhuc hodie Vascones, *secoule*. Et Gallicum nomen usurpavere Romani pro suo vocantes peculium, scilicet parapherna in *l. marit. ad l. Falcid. l. donationes, §. species, D. de donation.* pro bonis paraphernis, in quibus maritus nihil prorsus habet juris, ut *l. 8. inf. de pact. convent.* quæ etiam loquitur de paraphernis bonis, pro iis etiam bonis lex dat tacitam hypothecam, & in ea etiam privilegium, quod debuerit maritus in eis rebus servandis, proinde atque in dote, quæ est etiam res uxoria, omnem adhibere diligentiam.

A Ad L. ult. *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati, sive extranei: recte quidem eas mariti sine monumentorum observatione suscipiebant. Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur, & hujusmodi fortuitus casus evenisset: ipsa mulier, utpote à se non facta donatione, propter hoc, quod monumenta deerant, necessitatem habebat actiones in hujusmodi casu ad eum, qui dotem dedit, per cessionem transferre, vel ipsas res reddere: & ita inveniebatur forsitan post prolixa matrimonii annorum curricula, & liberos forte editos, infelix mulier indotata. Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus nullis monumentis rem indigere, sed in omni persona ratas esse hujusmodi donationes: & mulierem ipsam dotem suam habere, (cum fortuitus casus hoc lucrum ei addiderit) & firmiter hoc*
B *apud eam permanere, nisi ipse, qui ab initio dotem dedit, sibi dari in hujusmodi casum stipulatus sit. Tunc enim cum neque ab initio suspicio aliqua liberorum concurrit, sed sibi omnem rem ille, qui dotē dedit, pepigerit hujusmodi tractatus habere locum non potest, atqui in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non est stipulatus, tristitiæ suæ mulier hoc proprium habeat solatium per actionem dotis.*

Ad §. Simili quoque modo, *si quis extraneorum, id est, qui eum, pro quo dat, non in potestate habeat, pro alio ante nuptias donationem nupturæ mulieri dederit, & necessaria monumenta adhibuerit: cum excedat summam legitimam donatio, vel non minor materfamilias nuptura sit: non solum ad eam, cui ante nuptias donatio datur, monumenta suam adhibeant firmitatem, sed etiam ad illum, pro quo dedit; ut si lucrum ei ex dotalibus pactis accesserit, hoc non cedat*
C *donatori, sed in suum lucrum maritus hoc convertat, firmumq; & irrevocabile habeat: nisi donator & hoc sibi reddi hujusmodi casu fuerit stipulatus, ne & in præfato casu simile anteriori vitium oriatur. Sin autem minor quantitas sit, vel ita res gesta sit, ut in monumentorum ex omni parte nulla sit utilitas tunc & donatio ad utramq; personā valeat, & maritus causam lucretur: nisi & hic donator eam sibi stipulatus sit.*

Ad §. Præterea sancimus, *si quis in dotem vel prædia, vel certum reditum, vel ædes, vel panes civiles spoponderit, vel promiserit: si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum, vel pensionum, nec non panis civilis quæstum eum præstare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditæ. Et si tota dos in auro sit, itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimæ præstari: sin autem aliæ res, præter immobiles, vel aurum fuerint in dotem*
D *datæ, sive in argento, sive in muliebribus ornamentis, sive in veste, sive in aliis quibuscunque: siquidem æstimatæ fuerint, simili modo post biennium, & earum usuras ex tertia parte centesimæ currere, æstimatione earum (quia & hoc apertius declarari) oportet ea intelligenda, quæ pro singulis speciebus facta est, vel pro uno quoque genere dotalium specierum, id est pro argento, vel ornamentis, vel veste, vel aliis speciebus, & non esse expectandam post singulas æstimationes unam coadunationem totius calculi: quod satis scrupulosum, & per nimiam subtilitatem perniciosum est. Sin autem minime res mobiles fuerint æstimatæ: ea post biennium observari, quæ leges post litem contestatam pro omnibus hujusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtæ fuerint, & partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus, vel immobilibus, pro jam facta divisione omnia procedere: licentia minime de-*
E *neganda marito, quando voluerit, dotem petere. Nec is, qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus, vel pensiones, vel usuras, vel alias accessiones solventi, dotis solutionem protelare, sed sive ante biennium, sive postea voluerit, dotem pari mariti petere queat, & secundum leges eam exigere.*

INterpretanda est nobis lex ultima tituli duodecimi, antequam accedamus ad tit. 13. Continet enim multa nova, & perutilia, & quæ usui forent tit. 13. nec possum eam l. sine pernicie prætermittere. Tribonianus sane fuit maximus J.C. hæc laus ei eripi non potest, idq; ostendunt omnes leges, quæ ab eo editæ sunt sub nomine Justiniani. Nam plenissimæ sunt eruditionis, & prudentiæ legitimæ, quamobrem sum omnibus auctor, ut omnes

Ju-

Justiniani constitutiones perlegant, diligenterque perscrutentur. Cum quærit de insinuandis donationibus, separandæ sunt donationes propter nuptias à dotibus, quam veteres J.C. etiam dotes numerarint inter donationes, ut ait *l.1. §. ult. sup. de don. ante nupt.* Nam donationes propter nuptias si excedant 500. aureos, non valent sine actorum, sive monumentorum publicorum insinuatione, & scriptura, nisi fiant mulieribus minoribus 25. annorum, *in l.17. & l.ult. §. simili, sup. de don. ante nuptias, l. sancimus, §. alias, infra, de donat. ante nuptias,* & in hac *l. ult. §. simili, & in l.3. & ult. C. Theod. de spons.* Dotes autem non insinuantur, licet excedant summam 500. aureorum, quia contractus potius sunt, quam donationes, nempe pensationes onerum matrimonii, atque ideo dicuntur repensatrices à Martiano Capella, id est, dotes. *Num,* inquit, *repensatrix data?* id est, dos. Et hoc jus semper obtinuit, ut dotes non insinuarentur actis, sive gestis publicis. Et ideo si extraneus (quo nomine, & in hac *l. ult.* & in *tit. seq. §. extraneum,* significatur quicunq; mulierem in potestate non habet) si, inquam, extraneus pro muliere dotem det, eam maritus accipit recte sine insinuatione, & proscriptione publica. Sed si extraneo proroganti dotem pro muliere animus fuerit donandi mulieri (quem utique videtur habuisse, si eam dotem sibi non receperit in casum morte soluti matrimonii, id est, si eam non exceperit sibi) tunc quia ex parte mulieris donatio est, sane ea donatio, si excedat summam 500. aureorum constitutione definitam, videtur non valere, nisi insinuata fuerit. Et ideo secundum hoc jus, quod olim obtinuit, si mulier, pro qua extraneus dotem dedit, stipulata sit à marito post mortem ejus dotem sibi reddi, quæ stipulatio valet, quia dotem dedisse videtur mulier, quam alius pro ea dedit, id est, sive ea dederit, sive alius pro ea, *l. ex morte, §. ult. inf. de pact. convent.* & deinde moriatur maritus, solvaturque matrimonium morte mariti, & is, qui dedit dotem pro muliere, contendat inutilem esse donationem, quam fecit mulieri dotandæ ejus gratia, quod scilicet non fuerit insinuata; sane necesse erat mulieri ob defectum insinuationis, quasi donatione irrita, donatori cedere actionibus suis, donatori cedere repetitionem dotis, quæ ea competit adversus heredes mariti, vel necesse erat eidem reddere res dotales, si mulier egisset ex stipulatu (nec eum agentem heredes mariti repellere possunt) & recuperasset res dotales. Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas, ut significat *l. ult. inf. de donat.* vel etiam vindicare, ut indicat *l.38. quæ est Græca, sup. de episc. & cler.* Et hæc quidem ita se habent in casu proposito, ut licet dos, quæ datur marito, non indigeat insinuatione: donatio tamen, quæ fit mulieri dotis constituendæ causa, non valeat sine insinuatione. Denique ut possit revocari à donatore, vel condictione, vel vindicatione. Verum hæc constitutio Justiniani abrogat jus vetus, & constituit specialiter, ut donatio ab extraneo facta mulieri dotis constituendæ gratia, si eam sibi extraneus non receperit, ac proinde si eam plane donarit mulieri, non indigeat insinuatione. Denique ex hac lege ultima donatio facta mulieri dotis constituendæ causa non insinuatur, licet excedat summam legitimam, *Gloss. in l.pen. inf. de don.* colligit septem casus, quibus donationes non desiderent insinuationem: iis addendus est octavus *ex hac lege ult.* Dos igitur, quam extraneus dedit pro muliere, habens animum donandi mulieri, mortuo marito repetitur à muliere, & permanet apud eam, nec potest ullo modo revocari à donatore, licet non intervenerit insinuatio. Permanet etiam apud mulierem lucrum, quod ei obtigit ex morte mariti in donatione propter nuptias. Denique mulier lucratur *casum,* ut lex loquitur, & *casum* vocat simpliciter *casum dotis,* id est, dotem, quæ cadit, reditque ad mulierem cadente marito, & non tantum casum dotis, ut in *Novella* 123. sed etiam casum lucri ex donatione propter nuptias, quod secundum pacta conventa instrumento dotali mulieri contingit in

A casum mortis mariti. Et ita è contrario dicimus casum donationis propter nuptias, & lucri dotalis, quod obvenit viro secundum pacta conventa, mortua in matrimonio uxore. Et omnino posteriores videntur appellasse casum omnem mortis causa capionem, id est, quodcumque ex causa mortis alterius nobis obvenit. Et ita dicimus casum *ἀπαιδίας*, vel casum mortis liberorum in *Novella 22. & 68.* lucrum, quod ad parentem redit ex dote, vel ex donatione propter nuptias ex morte filiorum. Et similiter dicimus casum militiæ in *Novellis 53. & 97.* Gallice, *le vacant.* Cum quis miles, id est, officialis, moritur, *le vacant est à ses heritiers,* id est, lucrum, quod datur vice solatii mortuo milite palatino debetur ejus heredibus, idque lucrum appellatur casus militiæ. Et Græci quoque legitimam portionem solent appellare casum,

B cum definiunt casum hoc modo, ut sit *μέρος νόμιμον*, id est, *legitima portio,* & *μέρος τέταρτον*, id est, *quarta pars.* Igitur casus nomen mortem significat, & lucrum ex morte alterius, triste lucrum. Et ita in his locis hujus legis ultimæ est legendum: *Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur,* id est redditionem dotis, & lucri nuptialis moriente marito. Et paulo post ita legendum est: *Actiones hujusmodi casus, actiones ad persequendum casum.* Et paulo post legendum: *Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus.* Et in sequentibus ita legendum est: *Sibi dari hujusmodi casum stipulatus sit,* non in *hujusmodi casu.* Et in §. simili similiter legendum: *Nisi donator, & hoc sibi reddi hujusmodi casum,* non *casu stipulatus sit.* Et in fine ejusdem §. *& maritus casum lucretur.* Ergo secundum ea, quæ posuimus, etiamsi ea dona-

C tio dotis facta mulieri ab extraneo actis non fuerit insinuata, revocari non potest, nisi donator sibi eam dotem, quam dedit pro muliere, receperit stipulando, vel paciscendo eam sibi reddi soluto matrimonio, quæ dicitur dos receptitia, *l. mortis, §. sed & dos, D. de donat. caus. mort.* & in lib. sing. reg. tit. *de dot. Ulp.* (nam hodie costat fragmenta, quæ dicuntur Ulpiani esse librum singularem) Formula hujus stipulationis erat, *dotem reddi.* Et inde ratio dubitandi ad *l. 8. hujus tit.* Extraneus dando dotem pro muliere, eamque sibi excipiendo in casum soluti matrimonii, non est usus hujus formulæ verbis: *dotem sibi reddi:* sed dixit, *ut quæ dedisset in dotem pro muliere, se sequerentur, vel ad se pertinerent.* An ideo minus utilis est stipulatio, quod formula stipulationis non sit observata? Minime, quoniam

D sensum potius spectamus, quam verba in contractibus, qui ita hoc, vel illo modo stipulando, vel etiam paciscendo initio dandæ dotis ex continenti, ac similiter stipulando ex continenti, quoniam ex post facto nihil ageret: Ita ergo dicendum est, qui ita sibi recipit dotem, non videtur voluisse donare. Et notandum est hac in re esse differentiam inter extraneum, & patrem. Nam extraneus sibi recipit dotem stipulando, vel paciscendo ex continenti initio dandæ dotis, *l. ob res, §. 1. de pact. dot. l.24. hoc tit.* Pater autem dotem, quam dat pro filia, sibi recipit stipulando. Nam paciscendo, nisi adhibeat stipulationem, nihil agit. Hæc differentia proponitur in *l. avia, hoc tit.* Et ratio differentiæ hæc est: quia cum patria officium sit filiæ dotem constituere, & conservare, *l. ult. sup. de dotis promiss.* non quolibet pacto potest

E eam in se transferre, etiamsi fiat ex continenti. Stipulatione opus est facta similiter ex continenti: & hæc quidem de dote. In *§. simili* idem ostenditur pene observari in donatione propter nuptias, quam scilicet pro viro extraneus offert mulieri majori 25. annor. si excedat 500. aureos, nam ea insinuanda est donatio. Sed insinuatio, quæ intervenit, proficit non tantum mulieri, sed etiam viro, vel lucra conventa ferat ex dote mortua uxore, & repetat donationem propter nuptias cum eadem exceptione, nisi extraneus eam sibi receperit, quæ etiam potest dici donatio propter nuptias receptitia. Additur etiam hæc exceptio, quia extraneus, qui recipit .i. qui excipit sibi donationem propter nuptias, quam offert pro marito: plane ostendit, scilicet viro res in eam donationem

collatas, donatas nolle. Quod si ea donatio propter nuptias A non indigeat insinuatione, ut si non excedat supradictam summam: vel si facta sit mulieri minori 25. annorum, donatio valet tam ex parte viri, quam ex parte uxoris, si modo extraneus eam sibi non receperit, ut scilicet vel maritus, vel uxor lucretur casum, quoniam uterque contulit, quod debuit: mulier dotem, vir donationem propter nuptias, quam pro eo ultro, & benigne contulit in mulierem extraneus. Et hæc est sententia *§.simili*. Deinde in *§.præterea hujus l.* corrigit etiam Justin. jus vetus favore dotium. Jure veteri dotis promissæ per stipulationem, vel per pollicitationem usuræ non debentur citra stipulationem, *l.2. sup. de dot.promiss.* quoniam dos, quæ promissa est, ut dixi, stricto judicio debetur, & in strictis judiciis usuræ non veniunt sine stipulatione, in *l.3. sup.de usur. l.Titius, ff.de præscrip. verb. l.qui negotia, ff.mand.* B Neque enim ut actio ex stipulatu, quæ datur mulieri repetenti dotem soluto matrimonio, hodie est bonæ fidei ex titul. sequent. ita etiam actio ex stipulatu, quæ datur mariti petenti dotem promissam, est bonæ fidei. Non est hæc etiam bonæ fidei, sed stricta. Quod tamen Accursius in *gl.l.de divis.D.sol.matr.* non inspexit. Cum ergo sit stricta secundum regulam juris, in eam non veniunt usuræ dotis citra stipulationem. Hoc mutat Just.in *§.præterea.* Et vult ut usuræ dotis promissæ marito debeantur ipso jure sine interpellatione, quasi mora fiat in rem post cessationem biennii, id est, si post dotem promissam, & nuptias secutas in ea solvenda promissor traxerit biennium. Et ita evenit in casu *l.3. §.nonnunquam, D.de usur.* ut in strictis judiciis favore pupillaris ætatis ipso jure veniant usuræ. Sed hac in re utitur Justinianus accuratissima di- C stinctione rerum, quæ promittuntur in dotem; distinctio hæc est: aut res, quæ promittuntur in dotem mobiles sunt, ut aurum, & argentum, aut res immobiles. Rebus immobilibus adnumerat panes civiles. Nam ut supra dixi in *l.hac edictali, de secund. nupt.* ædibus debebantur panes civiles, aut possessoribus propter ædes, quas habitabant, non personis. Basil. addunt in hoc §. etiam mancipia rustica, ut *dict.§.his illud, & l.jubemus, sup. de sacr. eccles.* Nam & hæc mancipia pars sunt rerum immobilium, id est, fundorum. Et quod valde notandum est hic §. etiam immobilibus adnumerat reditus certos, atque pensiones, quæ ex rebus immobilibus rediguntur. Et hoc jure utimur: *Toute rente est immeuble, soit qu'elle soit fonciere, ou constituee à prix d'argent. rentes fonciere, c'est*, cum traditur fundus ea lege, ut pensites mihi D certos reditus quotannis: *constituee à prix d'argent*, cum dato certo pretio, ego in toto fundo mihi comparo certum reditum. Et hic reditus potest redimi à domino fundi, *non pas une rente fonciere.* Uterque tamen reditus, etiam ille, qui potest redimi antequam redimatur, adcensetur rebus immobilibus. Nec est alius locus in jure, qui dicat id præter hunc §. Ergo summa de rebus immobilibus est: & post biennium rerum immobilium omnes fructus quæstus marito debentur, cui non est soluta dos intra biennium. Quod si aurum datum sit in dotem, ut hujus auri indistinctè, sive æstimatum fuerit, sive non, veluti si vasa aurea data sint, ut post biennium hujus auri debeantur marito usuræ trientes, quæ est *au denier vingt & cinq.* Sed si in dotem datæ sint res mobiles, vel argentum, non aurum, aut ornamenta muliebria, vel vestes, ut Strabo scri- E bit de moribus Massiliensibus, maximam dotem fuisse aureos centum, & in vestimenta aureos quinque, & in mundum muliebrem quinque. Atque ita etiam vestes, quæ dabantur mulieri, & ornamenta muliebria, *joyaux* computabantur in dotem. Videndum autem est, utrum hæ res æstimatæ fuerint, an non. Si enim æstimentur, æstimandæ sunt singulæ separatim, & æstimationis cujusque post biennium sunt marito solvendæ usuræ trientes, numerato biennio à die æstimationis cujusque rei. Plerunque multis diebus opus est in ponenda æstimatione rerum dotalium, in vocandis arbitris, & æstimatoribus, in perpendendis pretiis cujusque rei. Ideo usuræ trientes currunt à die æstimationis cujusque rei, non à die summæ summarum, ne scilicet tarditas consummationis summæ summarum, ut Plautus loquitur, sit fraudi mariti, quod prudenter Justinianus constituit in hac lege. Sed si sint inæstimatæ, non admittit earum usuras, sed vult servari jus commune, ut post litem contestatam veniant fructus rerum inæstimatarum tantum, & omnis causa, non etiam usuræ, ut *l.videamus, §.si actionem, ff.de usur. l.8. D.de re jud.* Etiam notandum est valde, quod est in extremo hujus legis, nec reperitur alibi, non repelli creditorem petentem sortem, si paratus sit debitor solvere usuras, reditus, vel pensiones annuas, non auditur scilicet debitor, si dicat, ne me cogas solvere sortem, perseverantem in usuris persolvendis, nec detrectantem earum solutionem. Nam cum volet creditor, suum exiget: nec excludetur oblatione usurarum.



AD TITULUM XIII.

DE REI UXORIÆ ACTIONE IN EX STIPULATU actionem transfusa, & de natura dotibus præstita.

Ad L.I. Rem in præsenti non minimam *aggredimur, sed in omni pene corpore juris effusam, tam super rei uxoriæ actione, quam ex stipulatu; earum communiones, & differentias resecantes, & in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriæ jus, quod dignum esse valere censemus, concludentes. Rei uxoriæ itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo etsi inutiliter facta est stipulatio, adjuvari enim eam magis, quam evanescere oportet. Si enim cum una in instrumento stipulatio valida inveniatur, aliis etiam inutilibus, suam noscitur præstare fortitudinem: quare non ex nostra lege hujusmodi stipulationibus robur accedat legitimum. Est enim consentaneum nobis, qui censemus ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam: & multo magis etiamsi inutilis, validam eam effici.*

HIC titulus est etiam de jure dotium, ac præcipue de repetitione dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio: non de repetitione donationis propter nuptias, quod miror tentasse Accursium. Favorabilior est causa dotis. Et verum quidem est, quod ait *lex in multis 9. ff.de stat.hom.* in multis articulis juris, deteriorem esse conditionem fœminarum, quam masculorum: sed in causa dotium certe melior est conditio fœminarum, quam masculorum. Nam quæ data sunt dotibus, non etiam simul omnia concessa sunt donationibus propter nuptias. Repetendæ igitur doti certæ (incerta enim nulla est dos, *l.1. sup. de dot. pro.*) & constitutæ, olim erant proditæ duæ actiones: ut non male Justin. *l. ult. sup. tit. prox.* plurativo numero dixerit actiones (nam & casus plurativus dualem complectitur) cum scilicet nondum ex duabus actionibus fecisset unam, quod fecit in hoc *tit.13.* Et alia quidem erat actio rei uxoriæ, quæ erat actio bonæ fidei: alia actio ex stipulatu ad repetendam dotem, quæ erat stricta, videlicet si, ut fieri plerunque solebat, in danda dote intervenisset stipulatio dotem reddi. Melior certe est, & utilior, & commodior actori actio stricta, quam bonæ fidei, licet aliud sentiat *gl.in l.si cui legetur, §.ult.ff.de leg.1.* tum quod in judiciis bonæ fidei libera sit potestas judicis statuendi de re, qua de agitur *§.in bonæ fidei, Instit.de action.* atque adeo periculosum sit suam rem committere arbitrio judicis. In strictis autem judiciis formula judicem constringit. Tum etiam, quod si actio stricta melior non esset actori, contractus bonæ fidei, ut fit, non concluderentur, non confirmarentur, non sepirentur verbis stipulationis. Ergo melior est actio stricta actori, quam bonæ fidei. Et ob id olim erat frequentior stipulatio, dotem reddi. Actio rei uxoriæ etiam dicitur arbitrium rei

uxo-

uxoriæ, ut arbitrium tutelæ, arbitrium pro socio, quod ejus judicii potestas omnis sit in arbitrio sive judice dotis reciperandæ, & hic modo judex dicitur, modo arbiter, *l. Titia. ff. de sol. l. 1. ff. de pact. dot. l. sin autem. §. pen. D. de rei vindic.* Boetius in Topica Ciceronis, Judicium rei uxoriæ esse ait, quoties, post divortium de dote contentio est. Recte. Nihil enim aliud est res uxoria, quam dos, quæ tametsi in bonis mariti sit, tamen mulieris est, *l. quamvis, D. de jur. dot.* Apud Suidam ita legitur ῥεπότεια, quod videtur esse res uxoria, apud Romanos, inquit inter virum, & uxorem successio est, vel hereditas mutua: ῥεπότεια ἡ μετὰ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀλληλοκληρονομία. Quid est ἀλληλοκληρονομία? est conventio mutuæ successionis, cum duo inter se paciscuntur, ut qui supervixerit alteri heres existat, quæ conventio reprobatur legibus, quod heres fiat testamento, non pacto, nisi inter commilitiones, in ipso procinctu, *l. licet, sup. de pact. l. 4. inf. de inutilib. stipul.* quas leges duas Harmenop. posuit sub tit. περὶ ἀλληλοκληρονομίας, id est, de mutua successione. Sed ut dixi, huic rei, sive conventioni mutuæ successionis non convenit rei uxoriæ nomen. Vel ἀλληλοκληρονομία est cum vir, & uxor se in eisdem tabulis mutuo heredes scribunt, quod & alii quilibet jure efficere possunt, ducti affectione mutua, *l. captatoria, D. de hered. instit. & Novel. Valent. de test.* Sed hoc quoque non significat rei uxoriæ appellatio. Nec puto latine uno nomine hanc, vel illam ἀλληλοκληρονομίαν significari posse. Quamobrem, ut Græci solent quæcunque latine efferunt, efferre depravate: ita existimo Suidam depravato illo nomine ῥεπότεια significasse ea, quæ dicuntur repotia, quo verbo significatur dies post nuptias, quo se vir, & uxor mutuis conviviis afficiunt, & se invicem invitant ad epulas una cum cognatis, & quasi reficiunt compotationem. Nam & in glossis veterum ea repotia invenio corrupte dici reperidia hoc modo: reperidia, ἡ τρίτη τῶν γάμων ποδοστροφία. *i. tertia à nuptiis comessatio.* Itaq; vere affirmabo apud Suidam esse legendum, qui voluit interpretari, quæ essent repotia, non ἀλληλοκληρονομίαν, sed ἀλληλοκλητόρεια: Invitationes enim ad cœnam Græci vocant κλητόρεια, ut apud Cedrenum sæpe, & duobus locis corrupte κλητόρεια, pro κλητώρεια. Et hoc valde confirmat Acron integer in Horat. his verbis: *Repotia*, inquit, *dicuntur dies, qui sequuntur nuptias, quoniam mutuis conviviis sese frequenter invitant, quæ Græce ποδοστρέφια, aut mutuæ invitationes dicuntur.* Sed pergamus. Cum duæ propositæ essent actiones dotis recuperandæ gratia, post dissolutionem matrimonii, rei uxoriæ, & ex stipulatu, sane multæ, & variæ inter eas actiones erant differentiæ, & longa ex earum inter se communitate, aut differentia disputatio, quæ diffusa erat in corpore juris, ut ait Justinian. initio hujus *tit.* Corpus juris vocans jus publicum, plebiscita, leges, constitutiones, responsa prudentium, ut Livius libro tertio, *adjectis duabus tabulis absolvi posse velut corpus omnis Romani juris.* Et Leo in Novell. 1. vocat τῶν νόμων σῶμα, corpus juris, legum corpus, ut Homeri corpus, in *l. librorum 52. §. si Homeri, ff. de legat. 3. il faut dire, un corps de droit, non pas un cours*, Justinianus autem nos levat hac constitutione onere disputandi de communitate, vel differentia actionum inter se, sublata actione rei uxoriæ, & retenta sola actione ex stipulatu de dote recuperanda, in eamque translatis iis, quæ erant in actione rei uxoriæ accommodatiora dotibus, & propriora, eaque ipsa actione ex stipulatu, ad dotem repetendam scilicet, tantummodo bonæ fidei effecta, non quod melior sit actio bonæ fidei, quam stricta: quin potius, quod tum plenior esset actio ex stipulatu de dotibus cum erat stricta, ut in *§. fuerat, institut. de actio.* & in *hoc tit.* eam ut erat plenior magis retinendam esse censuit, atque eo amplius augendam titulo, jureque bonæ fidei actionis, confusa utriusque actionis potestate, utique meliore, & dotibus servandis accommodatiore in actionem unam. Ac præterea vult statim ab initio hujus constitutionis Justinianus, semper dotem repeti actione ex stipulatu soluto matrimonio, licet nulla stipulatio intervenerit, quasi ex stipulatione tacita. Sicut in aliis quibusdam causis legimus induci tacitas stipulationes, & omissa stipulatione, agi tantum ex stipulatu utili, *l. his verbis. ff. de adopt. l. pecuniæ, D. de adim. leg.* Igitur, etiamsi non intervenerit stipulatio *dotem reddi*, intelligitur intervenisse. Unde consequens est, ut si stipulatio intervenerit, nihil intersit jure legitimo, & solemniter interposita sit, necne, utilis sit, necne: Nam qui potest non interpositam stipulationem habere pro interposita, potest & inutiliter interpositam corroborare, ut argumentatur Justinianus, & habere pro utili: ejusdem est. quod factum non est, habere pro facto, & quod factum est inutiliter, quod est simile non facto, habere pro facto utili. Argumentum est à comparatione, à pari, non à majori, ut gloss. vult, & laudo quod Azo notavit in hunc locum: *Nota*, inquit *argumentum à similitudine, vel inductione, quo plurimum usus est Socrates in suis sermonibus, ut est in Topicis Marci Tullii.* Neque vero hoc novum est, ut subveniatur stipulationi inutili per stipulationem, cum & in conventionibus, ut ait, si in uno instrumento duæ sint, vel plures stipulationes, & ex eis alia sit utilis, alia inutilis, tantum abest, ut vitietur utilis per inutilem, *l. 1. §. pen. ff. de verb. obligat.* ut per utilem potius confirmetur inutilis, quod ex veterib. Jurisconsultis haud dubie sumpto exemplo hic nobis Græci exposuere recte: Exemplum est ejusmodi: Post mortem meam si stipuler mihi dari, inutilis est stipulatio jure veteri, *§. post mortem, Instit. de inutil. stipul.* Aliud dicemus si quis ita sit stipulatus: Promittis post biennium mihi dari, sive vixero, sive mortuus fuero? Ex casu utili, si vixero, succurritur casui inutili, si mortuus fuero. Idcirco etiam post mortem finito biennio valebit stipulatio, quod potuerit etiam ab ipso stipulatore incipere, si vixisset completo biennio. Sic igitur in hac specie pars stipulationis utilis sustinet partem alteram, quæ per se fuisset inutilis. Idem evenit in mandato tua gratia, si quid tibi tua gratia, *à vostre profit* mando, non nascitur mandati obligatio, *§. tua, Inst. de mand.* sed si tua, & mea gratia, vel tua & aliena, omnimodo valet mandatum, & altera pars mandati opem fert alteri, *l. 2. D. mand.* Et ad eundem modum Seneca libr. 6. de benef. *multum interest*, inquit, *beneficium det quis sua gratia, an nostra, an sua & nostra.* Idem etiam evenit in auctoritate, quæ præstatur pupillis negotium gerentibus, *l. 1. §. 1. D. quod fal. tut. auct.* Si falso tutore auctore gestum sit negotium cum pupillo, non valet quod gestum est: sed is, qui contraxit cum pupillo, habet adversus falsum tutorem restitutionem in integrum, ex illo edicto quod falso tutore auctore gestum sit, sive actionem restitutoriam in id, quod interest, quod si quid gestum sit, adhibito tam falso, quam vero tutore, valet quod gestum est: nec ex eo edicto tenetur falsus tutor: propter verum tutorem falsus tutor servatur indemnis, *d. l. 1. §. 1. D. quod fal. tut.* Et ita hic locus hujus constitutionis explicandus est. Apagesis glossa in illum locum, *fortitudinem*, quæ ut obiter hoc admoneam, male efficit inter cætera ex *l. cum quidam, D. de his. quibus ut indig.* inutile testamentum vitiare utile, quod est falsissimum. Prius testamentum non rumpitur posteriore, nisi posterius sit utile, & jure perfectum, *§. posteriore, Institut. quib. modis testam. infirm.* Neque *d. l. cum quidam* hoc probat, inutile testamentum vitiare utile. Nam species hæc est, eum, qui fecerat justum testamentum, deinde aliud fecisse, inque eo scripsisse heredes incapaces, quod notand. Igitur posterius non alio laborat vitio, quam quod in eo erant scripti heredes incapaces, cum quibus non erat testamenti factio. Lex non dicit posterius testamentum, quod est inutile, vitiare prius. Manet enim prius firmum, & incorruptum, sed fiscus primis heredibus aufert hereditatem, quasi indignis, quando habuerunt supremam voluntatem defuncti, quodque defunctus videatur eos existimasse indignos, qui eis prætulit incapaces. Non cuilibet heredi habenti supremam voluntatem defuncti aufertur hereditas quasi indigno: sed ei tantum,

cui

cui defunctus, quantum in se fuit prætulit incapacem. Idem Accursius male tentat ex *l.* 1. *ff. de adim. leg.* utile legatum non confirmare inutilem ademptionem. Quod fatebor quidem, & utcumque dicam colligi ex d. *l.* 1. dum ait, *eum*, *qui legavit actum*, quo nomine continetur iter & via frustra adimere iter, cum actus non possit esse sine itinere, nec invenietur actus ademptus. Id ex ea specie utcumque colligo, quod proponit Accurs. & interim fateor legati dationem non confirmare ademptionem. Hoc enim natura abhorret, ut datio confirmet, quod dationem evertit. Datio legati, vel repetitio confirmat dationem legati inutilem, *l.legata inutiliter*, *ff. de leg.* 1. *& l.leg. inutil. ff.de adim. leg.* Datio, ut corroboret ademptionem, quæ dationi contraria est, non patitur.

Ad §. Et ut plenius dotibus *subveniatur, quodammodo in administratione pupillarium rerum, & in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus: ita & in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis, sive ipsæ principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliæ pro his personæ: & dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris juris nominationem. Ita enim & imperitia hominum, & rusticitas nihil eis poterit afferre præjudicii: cum nos illis ignorantibus, & nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut n. & stipulationes, & hypothecæ inesse dotibus intelliguntur, & inutiles stipulationes emendantur: sic & in posterum causa invenietur valida, & perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis à prudentissimis viris confectis. Et nemo putet, nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quæ instrumentis receptæ sunt. Nihil enim prohibet, & si sine scriptis dos vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur: simili modo intelligi factam stipulationem, & hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta. Et natura quidem ex stipulatu actionis hæc intelligatur, re uxoria in posterum cessante.*

Ad §. Sed etsi non ignoramus *ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam, & non ex bona fide descendere, tamen quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit: accommodetur ei natura rei uxoriæ, & bonæ fidei beneficium, & omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei uxoriæ actione invenimus, hoc in præsenti specialiter ei addimus: ut sit & nova ista ex stipulatu, quam composuimus, & non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulcritudine decorata.*

IN hoc §. Justinian. dum satis non habet dotium mulieribus servandarum causa induxisse tacitam stipulationem: initio hujus constitutionis, etiam inducit tacitam hypothecam, ut scilicet, pro dote mulieris profectitia, vel adventitia, nihil refert (hanc dat extraneus pro muliere, id est, adventitiam: illam parens, in cujus potestate est puella) ut inquam pro omni dote bona omnia mariti sint tacito jure pignori obligata, eaque ut persequi possit, actione hypothecaria, si soluto matrimonio dos ei non reddatur, restituatur: recte, ut in *l.ult. inf. qui pot. in pign.* Et hoc novum est minus, quam illud de tacita stipulatione: Nam in multis aliis casibus justa præsumptione, ut ait *l. ult. inf. in quibus caus. pig. tacit. contr. κατα πρόληψιν*: introductæ sunt legibus tacitæ hypothecæ, ut in bonis tutoris favore pupillorum, quorum bona administravit, vel administrare debuit, *l.pro officio*, *inf.de adm.tut.l.*1. *sup. rem al. ger. non interd. re. suar.* Et in bonis parentis favore liberorum prioris matrimonii, quibus servanda sunt bona, quæ ad parentem superstitem pervenerunt à defuncto parente, *l.hac edictali*, *§.pen. sup. de sec. nupt.* Et in bonis testatoris legatorum, aut fideicommissorum nomine, favore ultimæ voluntatis, *l.*1. *Inf.com. de leg.* Et in contractibus argentariorum, ex edicto Justin. 7. & in plerisque aliis casibus, qui proponuntur in suprad. *tit. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contrah. ff. & C.* Et hanc igitur tacitam hypothecam pro dotibus Justin. dedit, ut ipse ait; etiam invitis mulieribus, & ignorantibus, sicut jure civili constitutum est, inviti, & ignorantis meliorem conditionem fieri posse, veluti solvendo pro alio, vel fidejubendo, *l.solvere*, *ff. de solut. l.*30. *ff. de fidejuss. quæ sunt conjungendæ*. Si privatus inviti & ignorantis meliorem conditionem facere potest, & Princeps igitur, ut in hac specie, ultro data tacita hypotheca, atque etiam intellecta tacita stipulatione, & tacita cautione. Et quidem Justin. non tantum pro dote dedit tacitam hypothecam, sed etiam pro paraphernis, id est, pro aliis bonis mulieris extra dotem, quæ pertulit domum viri, contulitve in manum viri: nam & pro his rebus Justin. dat tacitam hypothecam in rebus mariti, *l.uls. tit. seq.* Unde eleganter ait Justin. in *hoc §.* cum ipse satis, abundeque prospexerit dotibus pro eis tacito sensu admissa stipulatione, & hypotheca: Jam igitur in dictandis dotalitiis cautionibus non esse opus Jurisconsf. se dotibus servandis addidisse catenas, nec esse opus nodoso Jurisconsulto, ut utar verbis Horatii *l.*2. *serm.*3. *Satyr.* . . . *Adde Cicutæ.*

Nodosi tabulas centum, mille adde catenas:
Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Protheus.

Jurisconsulti est addere catenas, id est, cautiones, & vincula obligationibus. Et ob id nodosus dicitur, quod adhiberetur vinciendis omnib. obligationib. & firmandis stipulationibus. Ovidius epistola Acontii ad Cydippen.

Dictatis ab eo fecit sponsalia verbis:
Consultoque fui juris amore vafer.

Et 1. Amor. eleg. 13.

Atque etiam sponsum consulti ante atria mittis,
Unius ut verbi grandia damna ferat.

Illud verbum est spondeo, & inde in antiquo titulo monumenti cujusdam jubetur lacere Jurisconsultus his verbis: *Dolus malus abesto, & Jurisconsultus; in hoc monumento jus aditus, ambitus libertis, libertabusque meis pateat. Sesterium mille dato ad sacrificia facienda quoties opus erit:* Jubetur etiam facessere Jurisconsult. à testamento elegantissimis verbis, & memoriæ infigendis in *l.pen. §.ult. ff. de leg.*2. *L.Titius* (hæc sunt verba) *hoc meum testamentum scripsi sine ullo Jurisperito, rationem animi mei potius sequutus, quam miseram, & nimiam diligentiam*, quam *l.postumus*, *ff. de inju. rup.* vocat *juris scrupulositatem, nimiamque subtilitatem*. Ille testator, ut cœpi dicere, nec peregi, ita dixit, *Lucius Titius*, &c. deinde addit, *& si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*: quæ verba efficiunt, ut testamentum illud non valeat ut justum testamentum, sed ut codicilli. Hodie igitur & à dotibus quodammodo facescere jubetur Jurisc. cum eis satis prospexerit Justinianus ipse, inducta cautione tacita, tam in rem, quam in personam, id est, stipulatione tacita, & tacita hypotheca: sed ab hoc beneficio tacitæ hypothecæ excluduntur mulieres, quæ sibi prospexerunt, & caverunt jam speciali hypotheca. Nam æquum est, ut ea hypotheca sint contentæ, quam sibi pepigerunt. Ubi est conventionalis hypotheca, supervacua est legitima. Et hujus rei argumentum est evidens in *l.ult. inf. de pact. conv.* Excluduntur etiam à tacita hypotheca mulieres, quæ remiserunt maritn hypothecam, *§.cum autem*, *hoc tit.* Nam remissio pignoris, vel hypothecæ, neque est intercessio, ut si facta sit à muliere, possit infirmari Senatusconsf. Vellejano: nec est donatio, ut si remiserit hypothecam mulier, irrita fiat 12. *tab.* quæ donationes inter virum, & uxorem nolunt valere. Igitur remissioni pignoris nihil est impedimento factæ à muliere, quia neque est intercessio, neque donatio. Et hoc ostenditur in *l.quamvis*, *in pr. D. ad Vellej. l.etiam. & l.jubemus sup. ad Vell. l.*3. *in fin. D.quibus mod. pign. vel hyp.* quæ etiam ostendit, legem Cinciam, quæ coercebat donationes, dona, & munera, & ob id ipsum dicta est lex muneralis, non pertinere ad liberationem pignoris. Nam liberatio pignoris non est donatio. Notandum autem est præterea in hoc §. non tantum tacitam hypothecam dari mulieri repetenti dotem soluto

to

to matrimonio, vel constante matrimonio marito ver- A gente ad inopiam, sed etiam viro in bonis uxoris petenti dotem datam, vel promissam competere jus taciti pignoris, sive hypothecæ. Denique non tantum mulier pro dote in bonis mariti tacitam habet hypothecam, sed & pro eadem maritus in bonis uxoris, si petat dotem promissam, vel dote data, si agat de evictione rerum dotalium, quæ forte ei ablatæ sunt jure, judicioque, actione ex empto, cum datæ sint æstimatæ, ut in *l.1. sup. tit. prox. de jur. dot. & l.quoties, D. eod. tit.* Vel etiam si agat de evictione rerum dotalium inæstimatarum, quæ propriè sunt dotales, quando scilicet mulier in eis rebus dandis ultro cavit marito de evictione, ut in *l.non solum, D.de jur. dot.* Non cogitur cavere, sed si caverit, maxime stipulanti præstabit evictionem, & ita donator non tenetur de evictione, quia re donata evicta, donatario nihil perit, B donatarius nihil damni facit. Et quia æquum non est, eum periclitari ex sua liberalitate, *l.Aristo, §.ult. D.de don. l.Julianus, in fin. D.de verb. oblig.* Sed tamen donator, si stipulanti caverit de evictione, tenebitur, *l.2. inf. de evict.* stipulatione opus est: pactum enim nudum non potest donatorem obligare ob evictionem, etiamsi ex continenti in re donata tradenda factum sit. Et ita vides in *l.avia, sup. tit. prox.* patrem in danda dote pro filia, stipulatione sibi dotem recipere posse ex continenti, non etiam pacto .i. non temere, neque hic, neque ille, sed cautione solenni. Ut ergo mulier, sic maritus si ei dos promissa non præstetur, vel præstita evincatur, eam servabit sibi exercendo tacitam hypothecam in bonis cæteris uxoris. Ergo in causa tacitæ hypothecæ idem est jus viri, & uxoris, in hac una causa, inquam. Nam in aliis largiter refert vir, C an uxor agat de dote. Nam privilegium, quod datum est mulieri, non est etiam datum viro petenti dotem, vel agenti de evictione dotis. Et mulieri post annum, quam cœpit competere repetitio dotis, debentur usuræ, *§.exactio, hoc tit.* viro post biennium, in *l. ult. tit. præced.* Et actio ex stipulatu de dote, quæ marito competit, est stricta: quæ autem mulieri competit, est bonæ fidei ex *§. sed etsi non ignoramus, hoc tit.* Nam cum essent duæ actiones ad repetendam dotem, rei uxoriæ, & ex stipulatu, ut dixi supra, Justinianus retinuit tantum actionem ex stipulatu, utpote pleniorem, ut ait in *§.fuerat, Instit. de act.* & si quid erat optimo jure in actione rei uxoriæ, quod non esset in actione ex stipulatu olim cum esset stricta, eo auxit actionem ex stipulatu, eamque fecit bonæ f. ut quæ suo jure habebat actio ex stipulatu, suo jure ea etiam ho- D die haberet. Ac præterea, si quid melius, aut pinguius inerat actioni rei uxoriæ, quam bonæ fidei. Nam & si melior sit actio stricta quam bonæ fidei, eo quod libera non sit potestas judicis in judicio stricto, includitur enim formula, & ideo Græci strictas has actiones hoc loco vocant ἠναγκασμένας, id est, coactas, strictas, & constrictas, & etiam quod solerent contractibus bonæ fidei addere stipulationes strictas, & etiam quod in *l.si vendidero, §.si Titius, ff. de furt.* melior est condictio furtiva, quæ stricta est, & est stricta, quam actio negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei, & proprio nomine competebat, ut similiter in *l.cum quis, §.1. D. de solut.* Ut igitur melior fuerit actio stricta, tamen & optima quædam habuit actio bonæ fidei, quæ non habuit actio ex stipulatu. Et inter cætera, ut esset vindex doli mali, imo & culpæ. Nam ver- E bum bonæ fidei non tantum excludit dolum, sed etiam culpam, *l.18. juncta l.19. §.Scævola, D. de neg. gest.* Actio stricta non vindicat dolum malum, veluti actio ex stipulatu, & si dolus intervenerit in contractu stricto, necessaria est actio de dolo, non sufficiente ipsa contractus actione, nec idonea doli mali vindex est, *l. & eleganter, §.1. D.de dol.* Item in casibus certis, in actionibus certis, quibus certam summam, vel rem persequimur, est periculum plus petendi, quod quidem magnum est, nempe amittendæ litis, maxime secundum jus vetus. Igitur cum certum petis, veluti ex stipulatu, vel certi condictione periculum est ne plus petas, *l.1. D. de inter. in jur.fac.* In actionibus incertis, nullum est periculum plus petendi,

A ideoque pleraque negotia, ex quibus agi poterat, certis legibus facta sunt bonæ fidei, evitandi periculi causa, ne quid plus peteretur, sed ut peteretur incertum, quod ex bona fide dari oporteret. Omnis actio bonæ fidei est incerta, quod indicat M.Tull. pro Rosc.Com. Cur autem actiones aliæ sunt bonæ fidei, aliæ strictæ, & nulla sunt interdicta bonæ fidei? quia scilicet interdicta sunt de re incerta, id est, de possessione, quæ incerta res est. Et nullum igitur subest periculum in eis plus petendi, ut opus fuerit ope, & auxilio legum, quo fierent omnia interdicta, vel frequentiora ex eis bonæ fidei. Nam lex est, quæ facit judicium bonæ fidei, & si quæratur, cur hæc actio est bonæ fidei, non stricta? R. quia legi ita placuit: motæ tamen ea ratione, quam retuli, servandi periculi plus petitionis, actio ex stipulatu de dote repetenda, quæ olim B fuit stricta, Justinia. fecit eam hodie bonæ fidei. Petitio hereditatis essetne bonæ fidei, an stricta olim controvertebatur, adeout in *l.utiles, & l. ult. D. de pet. hered.* dicatur petitioni hereditatis esse opponenda in casu proposito exceptio doli mali, quasi scil. strictæ actioni: Nam si esset bonæ fidei, non esset necesse opponi exceptionem doli mali, quia bonæ fidei judicio ipso jure, sive judicii ipsius potestate inest exceptio doli mali, *l. sed etsi ideo maritus, §.ult. ff. sol. matri.* Contra in *l.plane, D. de pet. her.* dicitur, actioni bonæ fidei non esse opponendam exceptionem doli mali. Itaque juris controversi fuit, an esset donanda petitio hereditatis beneficio bonæ fidei, necne. Hodie Justin. hoc definivit, ut esset bonæ fidei in *l.ult. in fin. sup. de pet. her.* Igitur lex est sola, quæ indidit naturam, cuique judicio, potestatemque, & C aliud fecit bonæ fidei, aliud strictum.

Ad §.Primum itaque *quid naturale sit ex stipulatu actionis exponatur: ita si quid ex actione rei uxoriæ supervenerit addatur. Sciendum itaque est, edictum prætoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare: ita ut uxor & à marito relicta recipiat, & dotem consequatur: nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.*

Ad §.Maneat ex stipulatu *actionis jus ad successores, & sine mora transmissionis incorruptum.*

IN hoc §. Justinia. incipit tractare quæ habuerit olim actio ex stipulatu de dote, & habeat etiam hodie me- D liora iis, quæ inerant actioni rei uxoriæ, & ea, quibus aucta est actio ex stipulatu ex jure actionis rei uxoriæ, quod in eam transfusum est, id nempe, quod erat melius, & utilius dotibus. Ac primum quidem in actione rei uxoriæ valuit edictum prætoris de alterutro, ut appellatur in hoc §. & in *l. ult. C. Th. de testam.* Nam edicti sententia hæc fuit, ut si uxori vir tantum reliquisset legati, aut fideicommissi jure, quantum esset in dote, eligeret mulier utrum mallet, dotem repetere, an capere quod ei maritus testamento reliquisset, alterutro contenta abiret, nec consequeretur utrumque, electo uno ne posset transire ad aliud, puta electa dote, ne ageret ex testamento legati, vel fideicommissi nomine, vel electo legato, ne ageret rei uxoriæ. Quinimo ut satisdaret heredibus, electo uno, nihil amplius peti. Cujus satis- E dationis fit etiam mentio in *d.l.ult.* Et similiter uxor heres instituta interveniente forte Falcidia non poterat uti edicto de alterutro, id est, duplici deductione, Falcidiæ scilicet, & dotis quasi debitæ. Nam heres non deducit, quod sibi defunctus debuit, nisi cum inducitur lex Falcidia. Nam ante omnia deducitur omne æs alienum, etiam id, quod debuit heredi, licet aditione confusum sit, *l.6. l.8. inf. ad leg. Falcid. l. 15. §. quod avus, & l.qui fundum, §.si quis heredem, ff. eod.* Nam etiamsi aditione confusa sit obligatio, & actio, atque sublata, deductio tamen non est sublata, vel retentio, vel computatio ejus, quod defunctus heredi debuit. Denique non est sublata naturalis obligatio, quæ etsi non proficiat ad actionem, tamen proficit ad retentionem & de-

ductio-

ductionem, *l. debitor, D. ad Trebellian.* At cum uxor erat instituta secundum edictum de alterutro, interveniente Falcidia. non poterat, & dotem sibi debitam deducere, & deducto omni ære alieno, deinde ex reliquo Falcidiam, quia alterutro contentam eam esse oportebat, hereditatis Falcidia, vel dote. Sed hoc ita verum erat, nisi nominatim maritus testamento cavisset, se velle mulierem utrumque consequi, relictum scilicet, & dotem; quod utique satis declarat, si ei prælegat dotem, & hoc amplius rem certam, videlicet si dote prælegata, eam heredem instituat ex parte: hoc modo maritus utrumque ei defert, & vacat edictum de alterutro, *l. cum heres, l. Lucius, §. maritus, D. ad Trebell.* Et observandum ex jure antiquo, in *d. §. maritus*, poni uxorem heredem institutam ex tertia parte, quoniam exceptis certis casibus, quibus uxor assem capere poterat ex testamento mariti, quæ habuit liberos, potuit institui tantum ex tertia parte, ut scribit Ulpian. *lib. sing. regul. tit. de decimis*; vel si mulier non habuerit liberos, ut ait, ei potuit tantum relinqui ususfructus tertiæ partis, non tertia pars. Et inde in jure frequens mentio mulieri relicti ususfructus tertiæ partis, *l. partis, D. de præscr. verb. l. ult. D. de usufruct. leg. l. pen. de usur.* Ergo, ut satis liquet ex supradictis, ea in re actio rei uxoriæ in dote plus tribuit marito, quam uxori, nempe, ut si quod relinquitur uxori, tantum efficiat, quantum in dote est, eo electo amittat repetitionem dotis, vel electa dote ut amittat petitionem, aut persequutionem legati, nisi, ut dixi, si testator aliud caverit. Actio autem ex stipulatu plus dabat uxori, nempe utrumque, relictum, & dotem, etiamsi hoc non expressisset testator, ut cuilibet alii creditori, cui debitor aliquid reliquerit, integra est petitio utriusque, relicti, & crediti, *l. in imponenda, inf. ad l. Falc. l. paterfam. D. eod.* Et ita si erat heres instituta uxor, interveniente Falcidia, forte hereditate onerata legatis, vel ea rogata alii hereditatem restituere, non tantum deducebat Falcidiam, sed etiam dotem debitam ex stipulatione, & si quid aliud præter dotem ei debuisset maritus, in *§. igitur debitam, hoc tit.* Ergo dotem quidem judicio rei uxoriæ, & relictum testamento mariti utrumque non consequebatur uxor, nisi id cavisset maritus in testamento: Dotem tamen debitam ex stipulatu, & relictum testamento mariti mulier consequebatur, sicut quilibet creditor. Quod etiam verum est cum hac exceptione: nisi quod maritus reliquit uxori, id nominatim reliquerit pro dote debita ex stipulatione compensandi animo. Hoc enim casu, ut ostenditur in *hoc. §.* electo eo, quod relictum est, mulier dotis repetitionem, vel deductionem amittit: vel electa dote relictum amittit, *l. si filia, §. pen. ff. famil. ercisc. l. 6. ff. quand. dies leg. l. cum ab uno, ff. de leg. 2. l. 2. §. 1. ff. de dot. præleg. d. l. Lucius, §. maritus.* Quod obtinuit etiam in quolibet alio creditore, ne haberet crediti petitionem electo legato, quod ei debitor reliquisset compensandi animo, *l. 12. ff. ad leg. Falc. l. cum pater, §. Titio, & l. creditorem, D. de leg. 2.* Magna igitur hæc fuit differentia inter actionem rei uxoriæ, & actionem ex stipulatu. Justin. autem in hac re magis probat jus actionis ex stipulatu, quam rei uxoriæ, ut scilicet mulier utrumque consequatur, nisi appareat testatorem compensandi animum habuisse. Nam si hoc non appareat, magis est, ut voluerit eam utrumque percipere, videlicet, cum non adjecit se legare pro dote, aut dotis vice. Loquimur autem de stipulatione vulgari dotem reddi. Nam ut in hac constitutione eleganter scribit Thalelæus ex veteri jurisprudentia, alia fuit stipulatio vulgaris, cujus hæc est formula: *Soluto matrimonio dotem reddi, l. 8. sup. tit. prox.* quæ stipulatio hodie intelligitur inesse doti ex hac constitutione, licet interposita non fuerit: Stipulatio vulgaris est, quæ inesse intelligitur doti tacite ex hac constitutione, non ea quam mox dicemus. Hæc stipulatio vulgaris, vel actio, quæ ex ea nascebatur longe distabat ab actione rei uxoriæ. Alia erat stipulatio dotis, quæ concipiebatur hoc modo: *Quod ex causa rei uxoriæ dare facere oportet, id dari.* Et actionis ex hac stipulatione idem prorsus jus erat, quod actionis rei uxoriæ, sicut cum dominus ita stipulatur de fure: *quod ex causa condictionis furtivæ dare facere oportet*: Hæc stipulatio idem jus habet, quod condictio furtiva, & utilis est stipulatio, *l. scire, §. ult. D. de verb. oblig.* Possum rem meam condicere furi, non alii: Possum etiam rem meam stipulari à fure, non vulgariter, & simpliciter rem dari, quoniam rei meæ stipulatio vulgaris non valet, nempe rem meam mihi dari, sed adjecta causa recte stipulabor, quod ex causa condictionis mihi dari oportet, & sic stipulabor rem meam. Sed jam tractandum est aliud discrimen, quod est inter hanc, & illam actionem in *§. maneat.* Actio rei uxoriæ soli mulieri dabatur, non heredibus ejus, nisi maritus jam viva uxore moram fecisset post divortium in reddenda dote, quod ita eleganter scribit Ulpian. *lib. sign. reg. tit. de dot.* Et semel maritum moram fecisse satis erat, ut transmitteretur actio in heredem mulieris, *ut in l. semel mora, ff. sol. matr.* Omnis mora semel committitur, aut mora semel commissa sufficit ut sequantur quæ sequuntur moram jure ipso, damna scilicet, & pericula, quæ post moram sequuntur debitorem, *l. Titia, §. usuras, D. de leg. 2.* Una igitur interpellatio, id est, semel facta morosum debitorem facit. Et lex, quæ sequitur *d. l. semel mora, lex si post divortium*, videtur esse accipienda de muliere mortua post divortium, ut ponit, & post moram mariti, de qua etiam agebat lex præcedens, ut scilicet agente herede mulieris rei uxoriæ de restituenda dote, eadem interveniant, quæ ipsa muliere agente observari solent, puta ut iisdem diebus dos restituatur, iisdem pensionibus, annua, bima, trima die, ut non condemnetur maritus ultra facultates suas: Nec enim mulier plus commodi heredi suo relinquit, quam ipsa habuerit, *l. nemo, D. de reg. jur.* Ipsa non potuit maritum condemnare ultra quam facere possit, nec heredem ejus igitur. Item ut herede mulieris agente rei uxoriæ post moram mariti, retentiones ex dote fiant, quæ fierent agente muliere. Ac præterea ut fundo dotali alienato salva sit vindicatio tam heredi mulieris, quam mulieri: idemque auxilium præstetur heredi, quod mulieri præstaretur, *ut l. dotali, §. heredi, D. de fund. dot.* non etiam & hoc solum excipiendum est, ut heres non habeat privilegium idem in actione de dote, quod habuit mulier, quoniam personale est privilegium, & cum persona extinguitur, *l. 1. inf. de privil. dot.* Concludamus igitur, post divortium mortuam mulierem non transmittere actionem rei uxoriæ in heredem, nisi moram fecisset maritus ante mortem mulieris. Et addamus, mortua etiam muliere in matrimonio, dotem non redire ad heredem ejus secundum jus rei uxoriæ: sed si sit profectitia, redire ad patrem, vel parentem: si adventitia, eam remanere apud virum, *l. usufruct. D. solut. matr. l. mulier, D. de cond. instit. l. dotale 15. D. de fun. dot. & l. 23. de evict.* Et hæc de actione rei uxoriæ. Actio ex stipulatu transmittebatur ad heredes etiam sine mora, ut ait in *hoc §.* qui locus non bene intelligitur, id est, etiamsi moram nullam fecisset maritus viva uxore. Et ideo in *hoc §.* subdistingue *mora*, id est, post vocem *mora*, addas virgulam, & ita componas verba hujus *§. maneat*, incorruptum jus transmissionis actionis ex stipulatu ad successores uxoris, *& sine mora*, id est, etiamsi nulla mariti mora intervenerit. Et ait, *maneat*, ut in *§§. seqq. taceat, & sileat.* Hoc vero obtinuit in actione ex stipulatu, ut transiret in heredem mulieris, non tantum post divortium, sed etiam in ipso matrimonio mortua muliere, quod probat *§. illo procul dubio, inf. hoc tit.* Ergo videtur actio rei uxoriæ etiam fuisse data tantum in maritum, soli scilicet mulieri in maritum solum, non in heredem mariti, nisi moram maritus fecisset, quoniam in *d. l. si filia, §. ult. D. famil. ercisc.* dum ponit in heredem mariti dari actionem de dote, ponit eam venisse in stipulationem, quia scilicet actio rei uxoriæ neque heredi, neque in heredem dabatur, nisi ex mora: denique actio rei uxoriæ videtur tantum fuisse inter maritos. Et inde M.

Tul-

Tullius in Top. in arbitrio rei uxoriæ disceptari ait quid virum uxori, & quid uxorem viro præstare oporteret, & peti, hæc est formula rei uxoriæ actionis: *Quantum æquius, & melius esset dari, repromittive:* ad quam formulam omnino respicit *l. pen. §. ult. ff. sol. matrim. & l. si cum Corn. ff. de sol.* dum utuntur iisdem verbis, *melius, & æquius est.* Itemque *l. eas obligationes, ff. de capit. min.* dum ait, *Actionem de dote, videlicet rei uxoriæ esse conceptam in æquum, & bonum:* plane concipitur in bonum, & æquum, in qua est, quod melius est, & æquius id dari, ideoque salvam eam actionem manere, etiam post capitis deminutionem; ideoque, ut subiicit l. quæ sequitur *d. l. eas*, etiam emancipatam agere de dote, imo, & deportatam, *l. 5. ff. de bon. damn.*

Ad §. Taceat in ea, *retentionum verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto? vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatari facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium.*

IN hoc §. incipit tractare de retentionibus, quæ fiunt ex dote, quam repetit mulier post divortium, quæ & deductiones dicuntur, & compensationes, & vel fiunt quasi pignoris nomine dote retenta, ut recte ait *l. dote, D. de dot. præl.* sicut venditor rem venditam retinet veluti pignoris nomine, aut loco propter pretium, quod nondum solutum est, *l. Jul. §. offerre, D. de act. emp.* similiter commodatarius rem commodatam retinet pignoris loco ob impensas factas in rem commodatam, *l. creditoris, inf. D. de furt.* Pignus contractum non est his casibus, sed retentio coloratur pignoris nomine: vel igitur retentiones ex dote fiunt à marito, veluti pignoris loco, *d. l. dote*, vel ipso jure, veluti ob impensas necessarias factas in res dotales. Nam hæ ipso jure minorem dotem efficiunt, ita ut non reddatur integra, sed ex ea tantum retineatur, quantum in dotem maritus expendit necessario, *d. l. dote, & l. dot. D. de rit. nup. l. 5. D. de pact. dot.* Et hoc genus retentionis ob impensas necessarias non est sublatum à Justiniano; namque etiam hodie is, à quo repetitur dos, utitur quasi retentione ob necessarias impensas, & eo minus reddet ex dote, *§. item si de dote. Inst. de act.* Cæteris retentionibus ex aliis causis non est hodie locus in actione ex stipulatu, ubi stricto jure agitur in rem, vel quantitatem certam, & integram, in id quod pro uxore marito illatum est, quod jus hodie retinet actio ex stipulatu, quasi plenius, licet sit facta bonæ fidei. Igitur excepta causa necessariæ impensæ, hac actione solida dos repetitur sine deminutione, aut deductione ulla, quod obtinet etiam in actione ex testamento, qua uxor petit dotem sibi prælegatam, *d. l. dote, D. de dot. præl.* cujus species est elegans. Quidam legavit uxori dotem, quam ab ea acceperat, in quo legato licet res uxoria fuerit, inest commodum repræsentationis, quia scilicet ex causa legati confestim res restituitur, sine cunctatione, aut dilatione ulla. Cum ergo mulieri dotem maritus prælegasset: ea egit ex testamento dotis legatæ recuperandæ gratia, an poterit heres mariti differre solutionem dotis ob res donatas uxori (quæ donatio non valet, si eam revocaverit defunctus) Et ait heredem ob res donatas uxori non posse uti retentione dotis, non posse differre præsentem solutionem dotis: Et tamen ob impensas necessarias differet solutionem dotis, si petatur integra. Et ratio differentiæ est magna. Aliud enim est dotem ipso jure minorem esse factam, quod contingit necessariis impensis: Nam cum sit facta minor ipso jure, minor utique reddetur, non quanta fuit ab initio. Aliud autem est, rem retineri veluti pignoris jure, ob ea, quæ invicem mulierem marito præstare ejus heredi oportet, veluti ob res donatas: nam huic retentioni locus non est in actione stricta, qualis est actio ex testamento, & fuit actio ex stipulatu de dote, ante con-

A stitutionem Justiniani, quæ tamen hodie retinet illud jus strictum quasi optimum maximum. His retentionibus fuit tantum locus in actionibus bonæ fidei, id est, rei uxoriæ, ex quinque causis, propter res donatas, propter res amotas, propter mores, propter liberos, propter impensas, quas Ulp. exponit *lib. reg. tit. de dotib.* Et Anianus auctor est in *l. 2. C. Theod. de dotib.* eas etiam explicasse Paulum *2. Sentent. tit. de dotib. & in respon. tit. de re uxor.* Hæ sunt quinque causæ retentionum, quarum ea tantum hodie manet, quæ ex jure venit ob impensas necessarias. Et post divortium quidem valebat pactio ne fierent hæ retentiones ob res donatas, vel ob res amotas, vel ob impensas, *l. ob res, D. de pact. dotal.* Vel etiam ob mores, ne ageretur ob mores post divortium, ut liceret pacisci, ut ibidem addunt Græci *lib. 28.* B *Basil.* Ante divortium hæ pactiones erant illicitæ, *l. 5. ff. de pact. dot.* puta ne ageretur ob mores, ne quid retineretur ob mores, quia publica coercitio morum non potest privata pactione tolli, sicut inutiliter paciscor ne mecum agatur furti, si quandoque furtum tibi fecero, turpis pactio est, quia invitat ad furandum. Cæterum post factum furtum nemini in dubium venit ex XII. tabul. licere pacisci ne agatur furti, *l. si tibi, §. 1. & l. jurisgentium, D. de pact.* Similiter non valet pactio ante divortium, ne agatur ob res amotas, vel ne quid ex dote retineatur, quia invitat mulierem ad furandum. Non valet item ne agatur ob res donatas, quia hæc pactio impugnat jus civile, quo inter maritos interdictæ sunt donationes. Non valet item pactio ne agatur ob necessarias impensas, quoniam ipsum jus has vult minuere dotem, C quod potius, potentiusque est pactione privatorum, *l. jus publicum, ff. de pact.* propter liberos ne ageretur, neve quid deduceretur ex dote, etiam ante divortium licebat pacisci. Sed ut hæc omnia genera retentionum sigillatim exponamus, primum ob res donatas uxori, quod non valeat donatio, non fit retentio ex dote, quia huic retentioni non fuit locus in actione ex stipulatu, quæ salvo hoc jure, sola hodie repetit dotem, ut & donata etiam jure actionis bonæ fidei. Namque eo jure donata est integris manentibus suis propriis juribus, quæ repetitionis dotis causam meliorem facerent. Sed tamen de hac retentione ob res donatas, quæ fiebat in arbitrio rei uxoriæ, fit mentio in *l. fructus, §. ob donationes, & l. alia, §. pen. ff. solu. matr. l. 5. l. ob res, de pact. dotal. l. sin autem, §. pen. ff. de rei vend.* Et inde etiam in *l. pen. §. ult. ff.* D *de don. inter vir. & uxor.* ob res donatas sponsæ ante nuptias nihil ex dote deduci: sed per arbitrum tantum rei uxoriæ: hodie non vult Justinianus ob eam causam, maxime amplexus naturam actionis ex stipulatu, jusque pristinum, quod ea actio habuit proprie, non vult, inquam, ob eam causam, rem donatam scilicet quicquam retineri ex dote, quoniam ait, marito, qui eas donavit inutiliter, suppetere sat multa remedia, quibus eas res recuperare potest, & retrahere, ut ait *l. 6. sup. de don. ante nupt.* Ad cujus interpretationem proprie accommodabitur lex *inter vos, ff. de donat. inter vir. & uxor.* hoc modo: donatio facta uxori, vel marito ante nuptias valet, nec retrahi potest, aut revocari: facta post nuptias non valet: facta à sponso valet: facta à marito non valet, & retrahi potest. Et rursus facta ante nuptias valet, etiamsi E facta sit in die ipso nuptiarum, priusquam uxor duceretur in domum viri, nam die nuptiarum, quæ fit in domo viri, post nuptias fit, & non valet, quæ eodem die fit in domo sponsæ, fit ante nuptias, & valet *d. l. 6.* Remedia autem, quæ competunt marito ad revocandam donationem, hæc sunt: directa in rem actio, ut hic proponit Justin. vel utilis in rem actio, vel condictio sine causa, aut ex injusta causa, unaquæque locum habet suis casibus. Directa in rem, si res donatæ extent, quia maritus non desiit esse earum dominus, ergo jure directo vindicat, *l. si donatæ, & l. uxor marito, D. de don inter virum, & uxorem.* Utilis in rem datur, si ex pecunia donata uxor comparaverit rem mobilem, vel immobilem, quia ea res non est mariti, & ideo non eam vindicat di-

recto, sed utiliter. Et ideo si ex lana donata uxor vestem fecerit, hanc vestem persequitur maritus actione in rem utili, non directa, quia vestis domina est mulier, non vir, *d.l.uxor marito, & l.si mulier ex pecunia, & l.sequent. eod.tit.* Condictio autem sine causa, vel ex injusta causa marito datur ob res donatas, si res donatæ sint consumptæ, *l.si sponsus, §.ult. & l.seq. D.eod.tit.* Imo si mulier res donatas dolo malo consumpserit, vel corruperit, etiam tenetur actione ad exhibendum, & actione legis Aquiliæ, si corruperit, *l.si mulier dolo, D.de don. inter vir.* maxime si id fecerit post divortium: nam manente matrimonio non potest conveniri pœnali actione, qualis est actio legis Aquiliæ: & hæc est sententia *dict.l.si mulier dolo*. Multæ ergo suppetunt actiones marito ad retrahendas res donatas uxori. Igitur nec utetur retentione dotis ob res donatas, cum aliunde suppetant alia remedia. Sed dices, melius est pignori incumbere, quam in personam agere, melius retinere, quam agere, *§.furti, Instit.de oblig. quæ ex del.nasc.* Fatebor ita esse: Sed meminisse oportet, favorem hunc esse præstitum doti, ne earum redditioni mora fieret. Et probatur magis dotium favore jus actionis ex stipulatu, quam rei uxoriæ. Et eadem ratione, licet ob res amotas (quod est secundum genus retentionis) retentio fieret ex dote, ob res scilicet amotas ab uxore divortii causa, & in arbitrio rei uxoriæ, tamen nec olim, nec hodie huic retentioni locus est in actione ex stipulatu, & vult Justin. ut contentus sit maritus actione rerum amotarum, nec ob res amotas veluti pignoris loco retineat dotem. Et ita etiam definit Justinia. De hac actione rerum amotarum est proprius titulus infra, ubi de ea plenius dicemus: erat etiam retentio portionis dotis ob mores in arbitrio rei uxoriæ. Nam ob mores mulieris leviores, qui causam præbuissent divortio, maritus retinebat octavam partem dotis, ut Ulpianus explicat supradicto *libro regul.* Ob mores graviores retinebat sextam partem dotis. Et ob graviores mores adulteria tantum censebantur: cæteri mores leviores censebantur, eodem Ulpiano auctore. Et ita *l.cum mulier, D.sol.matrim.* ait, nihil retineri ex dote ob adulterium mulieris, si adulterata sit viri lenocinio. Cur enim improbaret maritus mores, quos vel ante corrupit, prostituendo uxorem accepta pecunia: vel postea approbavit, forte uxore in adulterio deprehensa retenta in matrimonio, quod lenocinio est proximum. Ergo ex contrario ea lex significat ex dote retineri portionem ob adulterium uxoris, cum ei maritus lenocinatus non est. Et ita etiam *l.miles, § socer, D.ad leg. Jul de adult.* retineri lucrum ex dote, inquit, ob causam adulterii, non totam dotem. Hoc fuit jus vetus. Et eo nomine erat marito non tantum retentio portionis dotis sextæ, vel octavæ, ut dixi, sed etiam actio de moribus, ut ex aliis causis non tantum retentio, sed & actio quædam. Et hic igitur erat actio de moribus uxoris puniendis, quæ divertisset, aut quæ divortio causam dedisset, quæ actio licet sit civilis, tamen accusatio dicitur in *l.viro, & l.cum mulier, D.sol.matrim.* Sicut accusatio suspecti tutoris, accusatio ingrati, accusatio inofficiosi testamenti, quæ tamen sunt actiones civiles, non criminales. Et de hac actione de moribus est *l.1. Cod.Theodos. victum civiliter, criminaliter agere non posse, & l.1. C.Theod. de dotibus:* quæ etiam ostendit hanc actionem de moribus dari soli marito, non heredi mariti, vel in heredem, *l.rei judicatæ, §.1. D. sol.matrim.* quæ dicit heredem mariti non habere morum coercitionem, quia hæc actio de moribus vindictam persequitur, causam doloris agit, qui ea actione agit, ut qui agit actione injuriarum, vel qui agit ingrati, *l.7. inf. de revoc.don.* vel qui agit in factum ex edicto de in jus vocando, in aureos 50. quod vocaverit in jus parentem, vel patronum sine venia, *l.pen. D.de in jus voc.* Hæ actiones quatuor, quæ persequuntur vindictam, non damnum pecuniarium, sed dolorem tantum imminuti honoris, imminutæ existimationis, nec heredi dantur, nec in heredem, *§.cum autem, Inst. de perp. & temp.act.* ubi Theophilus recte actioni injuriarum adjecit illam actionem in factum de in jus vocando: actiones pœnales, quæ spectant ad damnum rei familiaris, hæ dantur heredi, sed non in heredem: possumus dicere, hanc retentionem, quæ fit ex dote ob mores, esse actionem de moribus, quæ inest actioni rei uxoriæ. Nam lego apud Quintilianum *libro 7. Quod in scholis Rhetorum est actio malæ tractationis, id in foro esse actionem rei uxoriæ*. Et generaliter cum quæritur, utrius culpa divortium factum sit, actio inest actioni. Quidni? Actio de in rem verso inest actioni de peculio, actio de dolo inest actioni ex empto, vel rei uxoriæ. Et generaliter omni actioni bonæ fidei inest actio de dolo, imo & de culpa, vel de moribus: quoniam, ut dixi supra, bonæ fidei nomen excludit non tantum dolum, sed etiam culpam. Igitur actio rei uxoriæ etiam mores mulieris mulctat, & culpam, ut dicit *l.Lucius, D.solut. matrim.* culpam mulieris mulctari, videlicet portione dotis. Et plerumque in hoc tractatu culpa accipitur pro dolo, ut in *l.si ex causa, §.si mulier, D.de minor.* ubi si mulieris culpa factum sit divortium, ait non esse modicum delictum. Igitur adversus illud delictum eam non posse restitui in integrum, sicut nec restitueretur adversus adulterium. Et ita Tiberius Donatus in illum locum Virgilii, *hoc prætexit nomine culpam: Usus est*, inquit, *verbo juris, ut diceret culpam. Namque ita definitum est, mulieris culpam esse si in pudoris causa peccaverit*. Ut rem finiam, atque explicem tandem, Justinianus hodie probat magis actionem ex stipulatu, atque ita tollit etiam retentionem ob mores, tollit actionem de moribus, ut in *l.ult. inf. de rep. & judicio de moribus sublato*: nam & ea actio de moribus minus frequentabatur, maxime viro agente ob graviores mores, quia malebat quisque agere criminaliter judicio publico lege Julia de pudicitia. Cur non utimur hodie actione furti civili in duplum, vel quadruplum? quia malumus agere criminaliter. Et hac via electa, amittimus actionem furti, *l.interdum, §.qui furem, D.de furt.* Cur non utimur hodie actione civili de albo corrupto ex *l.7. D.de jurisdict.*? quia malumus agere criminaliter ex lege Cornelia de falsis, *l.pen. D.ad leg. Cornel. de fals.* Nec tamen Justinianus ideo minus coercet malos mores: Nam mulierem, cujus culpa divortium fit, mulctat dote tota, cum olim parte tantum damnaretur, & lucro nuptiali, *l.consensu, §.vir, infra de repud. l.ult. inf. ad legem Juliam de adult.* quod etiam probatur a Leone Nov.32. & à Pontifice in *cap.plerumque, de don.inter virum, & uxorem*. Et videtur etiam jure vetustissimo idem tenuisse, maxime ob graviores mores, ut mulier amitteret totam dotem. Nam Horatius ait, *deprehensam doti metuere*. Et Cato *lib. de dote: Si quid perverse, tetrèque factum sit à muliere eam mulctari, si vinum bibit, si cum alieno viro probri aliquid facit.* Et similiter Plinius, eam dote privari, quæ vinum bibisset, secundum illius seculi verecundiam, quo etiam minimi à pudore excessus puniebantur. Valerius Max. C.Titianum insidiantem bonis Fanniæ impudicæ mulieris, eam de industria duxisse uxorem, ut propter impudicitiam spoliaret dote, quod tamen non obtinuit judice Cajo Mario, quod jam ejus mores approbasset, & sciens mulierem adulteram duxisset, ut est in *l.cum mulier, D.sol.matrim.* Et addit Justinianus, præter dotem amissam adulteram tantum præstare, quantum facit tertia pars dotis, in *Nov.22. & 117. & 134.* vel si mulier fuerit indotata, præstat, si culpa ejus divortium factum sit, quartam bonorum suorum partem, quæ pœna est communis viro, & uxori, si vir non contulerit donationem propter nuptias, modo ea quarta non excedat 100. libras auri, *l.ult.infr.de repud.*

Ad Versic. Sileat ob liberos retentio, *cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur, ne varium genus culpæ mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea.*

idonea. Cum enim necessariæ quidem expensæ dotis minuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriæ actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, siquidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem à nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri; quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, adservari. Vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere. Quod si voluptariæ sint, licet ex voluntate ejus expensæ: deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei, marito relinquatur: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, & ex stipulatu actio marito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.

SUpra diximus de retentionibus dotium; quæ fiunt propter res donatas, vel propter res amotas, vel propter mores: nunc dicemus de reliquis duabus, quæ fiunt propter liberos, & propter impensas factas in dotem. Ac primum quidem, ut incipiam ab ea retentione, quæ fit propter liberos, si divortium factum sit culpa mulieris, singulorum liberorum nomine, si qui existant, maritus retinet sextas ex dote, non tamen plures, quam tres sextas, id est, non ultra dimidiam partem dotis. Et hoc aperte scribit Ulp. *lib. sign. regul. tit. de dotib.* qui jam diu editus est in lucem. Idem Boetius etiam retulit ex Paulo *lib. 2. Instit. tit. de dotib. si divortium est*, inquit Paulus, *matrimonii, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integre repetitur. Quod si culpa mulieris factum est divortium, in singulos liberos sexta pars dotis à marito retinetur, usque ad mediam partem dotis duntaxat*, id est, *tres sextas*. Igitur cum culpa mariti divortium factum C est: tunc cessat retentio propter liberos, & integra dos restituitur, & tum demum retentioni propter liberos est locus, videlicet dimidiæ partis dotis, vel sextarum, cum culpa mulieris divortium factum est: cum etiam eo casu ex pacto dotali propter liberos amplius retineri potest, quam pars dimidia, vel tota dos, puta si convenerit, ut divortio facto culpa mulieris tota dos pro liberis maneat apud virum, *l. si inter virum, D. de pact. do.* Quem locum Pauli protulit Boetius in Topicis Cic. *ut dixi sup.* & idem Boetius alio loco. *Si viri culpa divortium factum est: æquius melius est nihil apud virum remanere: si mulieris culpa, æquius melius est sextas retineri pro liberis*. Ipse etiam M. Tullius in Top. *si viri culpa factum est divortium, & si mulier nuntium remisit, tamen pro liberis nihil manere oportet*. Ergo ex contrario, si mulie- D ris culpa factum est divortium, pro liberis remaneant sextæ, ad summum tres. Idem etiam Græci adnotarunt in hunc locum, quos poteritis ipsi consulere. Nam maxima pars eorum, quæ Græci J C. scripserunt de dotibus, edita est in lucem, & facta Latina ab Gentiano Herueto. Non ignoravere retentionem propter liberos esse sextas, & ei retentioni locum esse non aliter, quam si mulieris culpa factum fuerit: Sed iidem Græci male hoc loco liberos interpretantur filios, cum oporteat liberorum nomen accipi latissime. Sicut in pactis dotalibus, quando convenit, ut dos apud liberos resideat, vel divortio facto culpa mulieris, vel mortua muliere in matrimonio, liberorum nomen comprehendit etiam nepotes, *l. si dotali, ff. solut. matrimon.* Nec tamen nepotes omnes, sed nepotes susceptos ex filiis maribus, nam ii E soli pertinent ad onus mariti: nepotes ex filiabus pertinent ad onus patris eorum, non ad onus avi materni, *l. pen. D. de agn. vel al. li.* Olim non erant descripta culparum genera, nec certæ causæ justi divortii, & justi dissidii, quod à Græcis dicitur *ἀποστάσιον*, nec possit in Evangelio Domini, *ἀποστάσιον* elegantius verti, quàm dissidium. Non erant igitur certæ causæ divortii, & rejiciendæ uxoris, vel repudiandi mariti, sicut olim non erant certæ causæ exheredationis liberorum. Et ideo hoc in loco Justin. ait, cum nondum essent certæ causæ dissidii, interveniente dissidio, maritos, ut propter liberos sextas retinerent, solitos plerasque culpas excogitare, & fabricare fortasse in innocentes mulieres. Nam

A hæc res pendebat ex arbitrio mariti, ut objiceret quamlibet culpam probabilem, & probaret: hodie sunt certæ causæ dissidii, certa merita, sicut exheredationis liberorum, *l. consensu, & l. ultim. de repud. inf.* De hac retentione, quæ fit ad certum modum propter liberos, agitur *in l. secun. in fin. C. Th. de repud. Super retentionibus dotium*, inquit, *propter liberos antiqui juris decreta volumus observari*: puto etiam de hac retentione propter liberos intelligendum esse hunc locum, *leg. ult. sup. tit. prox.* qui à me non fuit expositus, nempe quod expositionem ejus in hunc locum remisissem, & est alioquin valde obscurus, dum tractat de extraneo, qui pro muliere dotem dedit donandi causa, ut neque ea dos, neque ea donatio indigeat insinuatione: sed si non donandi causa, frustra de insinuatione quæri, quoniam non B est donatio, videlicet, si pactus sit ab initio dandæ dotis pro muliere omnem rem sibi reddi, cum nec ab initio suspicio aliqua liberorum concurreret, id est, omnem rem, nullo scilicet relicto pro liberis. Nam extraneo initio dandæ dotis nulla fuit cogitatio aut suspicio liberorum, quandoquidem incertum est etiam an ex matrimonio sint liberi nascituri. Igitur nihil reservavit liberis, si qui nascerentur, cum posset legem dicere doti, quam dabat de suo: hanc dixit, ut omnis res ei redderetur, & utique omnis reddenda erit ex pacto. Ita ille locus explicandus est ni fallor. Et hæc quidem locum habuerunt in arbitrio rei uxoriæ, non in actione ex stipulatu, cujus naturam hac in re Justinianus sequitur, & probat, ut scilicet hæc actio ad repetendam dotem, quæ competit, non admittat retentionem ullam C propter liberos, & utitur duplici ratione Justinian. quia liberi non sunt alendi ex dote matris. Et retentio fiebat olim propter onus liberorum, quod maxime in alimoniis consistit: sunt enim alendi ex bonis patris. Æquius est liberos communes ali ex bonis patris, quam ex dote matris. Hoc est unum onus matrimonii, quod sequitur patrem, etiam post divortium. Duplex erat olim retentio propter liberos, una divortio facto culpa mulieris, ut exposui: altera, de qua nondum dixi, mortua in matrimonio filia: quo casu dos profectitia revertebatur ad patrem, ne dolori amissæ filiæ etiam adderetur damnum dotis, quintis relictis ex dote apud maritum pro liberis ejus matrimonii. Videtur non tantum sextas Justin. sustulisse, sed etiam quintas. Quoniam & in quintis eadem ratio valet, ut alantur liberi ex bonis D patris, non ex dote. Et sane si Justinian. noluisset tollere quintas, earum mentionem aliquam permisisset fieri in *ff. vel in C.* & earum nulla mentio tamen usquam reperitur. Alia ratio Justiniani hæc est, quia culpa mulieris facto divortio, hodie constat mulierem spoliari non sextis, non semisse, sed tota dote, sive extent liberi, sive non. Non igitur hodie spoliatur dote tota beneficio liberorum, aut eorum contemplatione: sed pœnæ nomine, culpæ nomine, *in d. l. consensu*. Et de retentione ob liberos hactenus. Ultima retentio est ob impensas factas in res dotales non modicas. Impensarum tres sunt species, necessariæ, utiles, & voluptariæ. Ego non adferam exempla, quæ licet discere *ex leg. impensæ, de verb. sign. & ex tit. de im. in res dot. fact.* Videamus in unaquaque harum impensarum, quid juris fuerit. Ac pri- E mum quidem ob necessarias impensas, sine quibus periisset res, aut deterior facta fuisset, dos ipso jure minuitur. Ideoque retentio, quæ fit ob necessarias impensas, non est proprie retentio ex dote, sed quasi retentio: quia quod retinetur pro modo, & rata necessariæ impensæ, jure ipso desiit esse dotale: nec est igitur ex dote retentio, sed quasi retentio: quæ facta est præveniente lege, dotemque ipsam minuente pro rata impensæ, & imminuente universitatem ipsam, non corpora singularia, ut eleganter ait *l. 5. D. de imp. in reb.* quo genere est Falcidia, quæ imminuit legata: imo quæcumque Falcidia, quæ minuit legata ipso jure, vel fideicommissa, vel defuncti bona, sumitur ex universo, non ex singulis rebus, & corporibus. Et hoc ostenditur *in d. l. 1. & d. l.*

dote, *D. de dot. præleg. & l. dote, D. de rit. nupt. l. si is, qui Stichum, §. quod dicitur, D. de jur. dot. & in tit. de imp. in res dot. fact.* Ob utiles autem impensas fit retentio ex dote, deductio, reputatio, compensatio (tot nominibus idem significatur) dicitur etiam detentatio *in l. 5. D. de impens. in res dot. fact.* sicut *in l. ab hostibus, §. ult. D. ex quibus caus. mai. detentatio*. Et ita Justinianus hoc loco, quæ detinentur ob impensas. Sed hoc leve est, pergamus. Ob utiles impensas est retentio proprie ex dote, quæ minuunt dotem ipso jure, si modo ex voluntate mulieris factæ sint, non si invita ea, vel ignorante: nam si invita ea, vel ignorante factæ sint utiles, impensæ, quæ res dotales fecerunt meliores, si factæ sint meliorationes, seu *ἐμπονήματα*, hæ non aliter reputantur mulieri, quam si eas solvere aliunde possit. Doti igitur non reputantur, sed aliis bonis mulieris si habeat: si nihil aliud habeat, cedunt damno mariti, & lucro mulieris, *l. utilium, D. de impens. in res dot. fact. l. impens. D. de verb. sign.* Hodie etiamsi voluntate mulieris factæ sint impensæ utiles, ex hac constitutione, naturaque prima actionis ex stipulatu de dote, ob impensas utiles non fit retentio ex dote: sed dos integra redditur, impensis utilibus non imputatis, quia sufficere debet marito, quod impensarum earum nomine, si eas fecerit voluntate mulieris, habeat actionem mandati. Voluntas est pro mandato. Habet autem actionem mandati, ut eas recuperet auctoritate Justiniani, *auctoritate nostra*, inquit. Quid opus fuit auctoritate Justiniani ad impensas recuperandas in danda actione mandati, cum eas impensas uxor mandavit fieri? Et eleganter ait Thalelæus in hunc locum, videri cessare actionem mandati, quia ea mihi non competit adversus alium si quid impendero in rem meam, & dos mariti est. Videtur ergo actio mandati ei non competere de eo, quod impendit utiliter in dotem. Sed auctoritas Justiniani tollit hanc subtilitatem, qui etiam *in l. rebus sup. de jur. dot.* definivit dotem non tam esse viri, quam mulieris: quod si factæ sint utiles impensæ sine voluntate mulieris, etiam marito competit actio negotiorum gestorum, quasi re uxoria gesta utiliter, videlicet si aliunde solvere possit quam ex dote, non aliter. Alioquin non esset sublata retentio ob impensas utiles. Igitur veniunt hæ impensæ utiles in actionem mandati, vel negot. gestorum, etiamsi sint modicæ, quoniam in has actiones vel minimæ impensæ veniunt, nummus unus. Cur de nummo uno recuperando non agam, quem impendi in rem alienam? Sed longe aliter servabatur in arbitrio rei uxoriæ, in quo quid æquius, justius, benignius esset, semper quærebatur. Nam arbiter dotis recuperandæ non curabat modicas impensas, *in l. omnino, D. de imp. in res dot. fact.* Et hoc de utilibus. Ob voluptuarias impensas, neque olim, neque hodie est retentio, vel repetitio, licet factæ sint voluntate mulieris, si modo mulier parata sit pati maritum tollentem ea, quibus ornavit res dotales ad sensum, & delectationem, aut voluptatem, non ad utilitatem, & necessitatem. Pati igitur debet tollentem ea, quibus exornavit prædia dotalia, si separationem recipiant, si revelli possint sine damno rei dotalis, & si sint profutura ipsi marito. Et ideo ut utar exemplo, pati debet ut tollat loricationes, *les lambris*, veluti tabulas affixas parietibus: nam hæ possunt prodesse marito: Cæterum non cogitur pati, ut maligne corradat picturas, vel ut inducat tectoria, nihil laturus, nisi ut officiat mulieri, nihil lucrifacturus. Et hæc ostenduntur *in l. pro voluptuariis, & l. voluptuariæ, D. de imp. in res do. fact. l. in fundo, D. de rei vind. l. 3. §. sed si mutuam, D. de in rem vers.* Exposui quinque genera retentionum. Addendum unum tantum est ex iis, quæ dicta sunt, esse observandas, & colligendas differentias, quæ iis retentionum speciebus sunt inter se. Prima differentia est hæc: Ob res donatas, vel amotas, vel ob impensas, vel ob mores, non tantum esse retentionem, sed etiam actionem: Ob res donatas vindicationem, vel condictionem: Ob res amotas, actionem rerum amotarum: Ob impensas etiam condictionem *in l. 5. §. ult. D. de imp. in res do. fact.* Ob mores, actionem de moribus. Ergo in arbitrio rei uxoriæ, licet concurreret actio ob eas causas: tamen & retentio admittebatur. Ob liberos erat tantum retentio, non petitio, ut eleganter *Ulp. lib. sing. reg.* ostendit. Non plures, inquit, quam tres sextæ sunt *in retentione, non in petitione*, quod evenit sæpissime in jure, ut sit retentio, non actio, *l. ex quib. D. de cond. ind.* Debiti naturalis est retentio, non petitio. Falcidiæ olim erat retentio, non petitio: secundum Just. petitio, vel deminutio, quæ fit ipso jure, & quasi retentio. Ob sumptum, quem fecit bonæ fidei possessor in rem alienam, est retentio, non petitio, *l. Paulus, D. de dol. exc.* Et ita ob liberos erat retentio sextarum, non petitio. Secunda differentia hæc est: Ob alias causas retentionum ante divortium non paciscimur probe, ne his retentionibus utamur, *l. 5. D. de pact. dot.* Ob liberos etiam ante divortium paciscimur quidlibet, quod multæ leges indicant *in d. tit. de pact. dot.* Tertia differentia hæc est: Ob res amotas, vel donatas, vel ob impensas, retentio fit non tantum facto divortio, sed etiam morte viri soluto matrimonio ab herede viri, *l. rei, §. 1. D. solut. matrim.* Morte autem mulieris soluto matrimonio dos tota remanet apud virum, vel profectitia redit ad patrem, nisi convenerit, ut remaneret pro liberis, quod §. sequenti explicabitur accuratius. Ob mores fit retentio facto tantum divortio. Itemque ob liberos facto tantum divortio, ut Martinus recte sensit. Cujus sententiam glo. hoc loco dicit observari. Ergo morte viri soluto matrimonio non fit retentio ob liberos, etiamsi ita convenerit ex continenti à muliere ipsa, vel patre dante dotem: nam ea pactio est injusta, nempe contra dotem, & morte viri soluto matrimonio non licet facere deteriorem conditionem dotis, ne dos integra redeat divortio facto, aut mortua muliere in matrimonio, quia non fit deterior causa dotis, nisi divortio facto culpa mulieris, *l. 1. D. de dot. præleg. l. 3. titulo sequenti, l. 2. D. de pact. dotal.* Et hoc etiam recte adnotavit *gloss. in l. cum ad patrem, sup. tit. proxim.* Mortua etiam muliere in matrimonio nihil retinebatur propter liberos, quia vel dos remanebat apud virum, vel revertebatur ad patrem, hoc casu retentis tantum quintis, nisi convenisset, ut retineretur dos propter liberos, *l. si pater, l. inter, §. cum inter, D. de pact. dot.* Et quarta differentia hæc est, quia actio ex stipulatu hodie sicut olim nullam admittit retentionem, præter eam, quæ fit ob necessarias impensas, *§. item si de dote, Instit. de action.* Et ultima differentia hæc est: Quod ob res donatas specialiter, etiam ante Justinian. non fiebat retentio, si vir non mutasset voluntatem. Quia ex oratione D. Severi, & senatusconsulto confirmatur donatio inter virum, & uxorem, si in eadem voluntate permanserit donator, *l. 1. D. de dot. præl. l. cum hic status, §. oratio, D. de don. inter vir. & uxor.* Hodie etiamsi mutaverit voluntatem, non fit retentio dotis ob res donatas in actione ex stipulatu, vel in alia actione, veluti in actione ex testamento, *l. 1. D. de dot. præleg.* quia alia remedia comparata sunt.

Ad §. Illo proculdubio *in ex stipulatu actione servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur.*

IN hoc §. tractatur differentia dotis profectitiæ, & adventitiæ. Modestinus JC. scripsit librum de *differ. dot.* ex quo est *lex 13. de jur. dot.* de differentia dotis profectitiæ, ut opinor, & adventitiæ. Et videtur is liber fuisse portio librorum differentiarum, quos edidit idem Modestinus. Profectitia dos est, quam pater dedit pro filia: adventitia, quam dedit alius quilibet, vel etiam pater ipse non ut pater, sed ut extraneus, *l. profectitia, §. si pater pro filia, ff. de jur. dot.* Et hæc in glossis veterum dicitur *προσγινομένη*: illa dicitur *ἀποδημητική*, insulso, ineptoque errore, quasi scil. profectitia dicatur à profectione .i. peregrinatione, & adventitia, quasi dicatur ab adventione, aut puncii veluti personæ cujusdam: eodem errore repotia in-

gerpre-

terpretantur [illegible], quasi dicantur à repedatione, sive reditione, non à reputatione. Hujusmodi ineptiæ sunt frequentes in auctoribus Græcis imperitis linguæ latinæ. Hoc posito ita distinguamus: Aut divortio solvitur matrimonium, aut morte viri, aut morte mulieris. Et rursus si divortio; aut post divortium vivit mulier tempore repetendæ dotis: aut mortua est antequam dos repeteretur. Si vivit tempore recuperandæ dotis: de hoc casu agetur in *§. accedit*, *& §. seq. inf.* Igitur hunc casum reservemus in illum locum. Si post divortium mortua sit mulier ante repetitam dotem: de hoc casu actum est in *§. maneat*, *sup.* Ex quo intelleximus actionem rei uxoriæ, mortua muliere post divortium, non aliter transmitti ad heredem, quam si moram in dote reddenda maritus fecisset. Et ita videtur accipienda *lex 26. & l. si post divortium*, *ff. sol. matr.* Actionem autem ex stipulatu transmitti etiam sine mora, ut ait *d. §. maneas*, id est, etiamsi mariti nulla mora intervenerit, id est, si per maritum factum non fuerit, quominus dos redderetur: quam interpretationem illius loci, etiam inveni confirmare Græcos, qui loco illorum verborum *& sine mora*, scribunt, *sive mora facta fuerit*, *sive non*: εἴτε γέγονεν ὑπέρθεσις, εἴτε μή. Et hoc jus actionis ex stipulatu, ut transmittatur indistincte ad heredem mulieris, mortua muliere post divortium, Justinian. magis probat in *d. §. maneat*. Quid si morte viri dissolvatur matrimonium? Utimur eadem distinctione, & eodem jure, quod diximus primo casu, si divortio solveretur matrimonium: Nam si post mortem viri mox etiam moriatur mulier, ante repetitam dotem: vel dos redit ad patrem, vel ad heredem mulieris: nam sive divortio solvatur matrimonium, sive morte viri, mox etiam sequuta morte mulieris separanda est dos profectitia ab adventitia, ut adventitia redeat ad heredem mulieris: profectitia ad patrem, qui supervixit filiæ. Quod African. notavit recte in *l. ult. in prin. ff. rem rat. hab.* & ibi exposui copiosius. Sed si mulier vivat post divortium, vel mortem viri, tempore repetendæ dotis, sequemur ea, quæ proponuntur in *d. §. accedit*, ubi etiam hoc casu aliqua differentia est inter dotem profectitiam, & adventitiam, ut ibi demonstrabimus. Quid autem fiet, si mulier moriatur constante matrimonio, si morte mulieris solvatur matrimonium? Et hoc casu aliud etiam est jus rei uxoriæ, aliud actionis ex stipulatu. Item aliud est jus dotis profectitiæ, aliud dotis adventitiæ. In dote profectitia est commune jus utriusque actionis, ut scilicet redeat ad patrem, unde profecta est, *l. jure*, *ff. de jur. dot.* ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiat, ne, ut ait Plin. in *Panegir. Trajani: eodem momento, quo desiit esse pater, hoc quoque amittat, quo pater fuit*. Dos igitur profectitia observatur in omnibus judiciis, ut redeat ad patrem, nisi convenerit, ut remaneret apud virum mortua muliere in matrimonio, vel pro liberis, vel etiam si nulli exstent liberi, *l. si pater*, *l. inter*, *§. cum inter*, *ff. de pact. dot. l. si dotali*, *ff. sol. matrim.* Si hoc non convenerit, proculdubio mortua in matrimonio filia dos profectitia redit ad patrem moribus quarumdam nationum, veluti Tholosanorum, remanet apud virum, etiamsi nulli exstent liberi, etiamsi nihil de eo convenit, vel si uxor moriatur post triduum nuptiarum: sed non jure civili populi Romani, quo mortua muliere constante matrimonio, dotem profectitiam patri reddi oportet indistincte, sive exstent liberi, sive non ex eo matrimonio. Sed ut eleganter Ulpian. docet *lib. sing. reg. tit. de dot.* exstantibus liberis, pater defunctæ mulieris, sive eorum liberorum avus maternus debet relinquere liberis quintas ex dote penes maritum, & liberis singulis in infinitum, inquit. *Quomodo liberis singulis relinqui possunt quintæ ex dote in infinitum?* quæso videamus. Si sunt quinque liberi, nihil ex dote revertetur ad patrem, nam quinque quintæ explent assem dotis: si sint sex filii, ex dote non possunt sumi sex quintæ: non septem si sint septem filii: non octo, & sic deinceps: Nam in toto sunt duæ tantum dimidiæ partes, & similiter tres tantum tertiæ, & qua-

A tuor tantum quartæ, & sex tantum sextæ, & consequenter quinque tantum quintæ, & sic deinceps. Finge 12. esse filios, non possunt ex dote universa deduci 12. quintæ. Quamobrem existimo hac in re eandem rationem esse sequendam, quam sequimur in quarta pluribus filiis relinquenda ad excludendam inofficiosi testamenti querelam: Finge 12. esse, est singulis relinquenda non quarta bonorum omnium, sed quarta ejus, quod habuissent, si decessisset pater intestatus: habuissent autem singuli unciam: ergo singulis, ut eis satisfiat, est relinquenda unciæ quarta, quæ latine dicitur sicilicus. Et ita etiam patre repetente dotem filia mortua in matrimonio, si sint 12. filii, singulorum nomine maritus retinebit quintam partem ejus, quod habuissent filii, si tota dos pro eis remansisset apud patrem, ex æquo inter eos dividenda,

B eisve servanda. Habuissent autem singuli eo casu unciam, ergo singulis est relinquenda quinta pars unciæ; & ad summam, omnibus 12. sunt relinquendæ duæ unciæ integræ, & ex altera uncia duæ quintæ, reliquum omne est reddendum patri, à quo dos profecta est. Hodie quintæ illæ sunt sublatæ, ut sup. ostendi: ergo integra dos profectitia redit ad patrem, non tantum si filia fuerit in potestate ejus, ne fallamur, etiamsi quædam lex dicat, mortua filiafam. in matrimonio dotem redire ad patrem, ut *l. dos*, *inf. sol. matr.* Nam non ideo negat idem esse in emancipata filia. Ergo sive dos filiæf. sive filiæ emancipatæ profecta sit à patre, sive hujus, sive illius filiæ, ea mortua in matrimonio reddenda est patri, quod confirmant multæ leges, *l. pater*, *de evict.* ubi unum casum sic interpretari oportet, si filia eman-

C cipata moriatur in matrimonio, ut dotem profectitiam reddi oporteat patri, *l. profect. §. si pater pro filia*, *ff. de jur. dot. l. si filia*, *ff. de divort. l. si ab hostib. in pr. ff. sol. mat.* Et ut dixi initio, hoc jus dotis profectitiæ est commune actioni ex stipulatu, & actioni rei uxoriæ, quia pater præsumitur tacite stipulatus sibi dotem reddi in casum mortis filiæ, patri datur tacita stipulatio, *§. extraneum inf.* Quem male huic sententiæ vulgo objiciunt, quod scilicet male ei respondeant, non quod male objiciant: nec enim ille §. loquitur de casu nostro, de soluto matrimonio morte filiæ, quo dicimus dotem profectitiam redire ad patrem indistincte, si fuerit filiafamil. sive emancipata: sed loquitur hic §. de matrimonio soluto divortio, quo casu si filia sit emancipata, sola repetit dotem, *l. si cum dotem*, *§. eo autem*, *l. Titia*, *ff. solut. matri.*

D *d. l. pater*, *de evict.* quæ ait, si filia sit emancipata, non aliter dari repetitionem dotis patri, quam si ipsa moriatur in matrimonio, non igitur si diverterit à marito: sed si filia sit in potestate, pater dotem repetit, adhibita tamen voluntate filiæfamil. quia communis dos est, aut esse intelligitur. Hoc casu differentia est inter filiamfam. & emancipatam, non in proposito casu. Et hæc de dote profectitia. In dote adventia eodem casu, morte scilicet mulieris soluto matrimonio: est differentia, etiam inter actionem rei uxoriæ, & actionem ex stipulatu. Nam ex judicio rei uxoriæ dos adventitia, mortua in matrimonio uxore, vel ad extraneum redit, à quo profecta est, si eam receperit sibi stipulatione, vel pactione, vel si non receperit, apud virum remanet semper, Ulp. *in tit. de dot.* id est, sive exstent liberi, sive non. Et hoc etiam

E admodum multæ leges probant, *l. si ab hostib. §. 1. ff. solut. matr.* In quo ponimus dotem fuisse adventitiam: posse igitur eam lucrari maritum morte uxoris. Nam hæc est natura adventitiæ dotis non receptæ ab extraneo, qui eam dedit, quod cogitans maritus occidit uxorem, ut dotem lucraretur, hoc casu inquit, maritus reddit dotem heredibus mulieris, quia non debet ob suum facinus dotem lucrari. Idem etiam ostenditur in *l. 5. de bon. damn. l. mulier*, *D. de condit. inst. l. Celsus*, *D. de rel. & sumpt. fun. l. 1. sup. si adv. dot. l. dotale*, *D. de fund. dot. l. cum mortem*, *ff. de jur. fisc. l. ult. sup. tit. prox.* Nec hoc ignoravit Cornutus antiquus Grammaticus in Persium: *Dos*, inquit, *à cive Romano data*, *non patrio dicta nomine*, id est, *dos adventitia*, *non profectitia*, *si repudium*

non

non intervenerit; post mortem uxoris ad maritum pertinet. Et quo magis hoc videatur esse verum, nam refractariis quibusdam hoc non potest persuaderi, moneo ut caveant à *l. si filia, ff. famil. ercisc.* quæ ait esse imperitiam, si quis forte existimaverit, post mortem uxoris dotem adventitiam non remanere apud virum. Et addamus etiam dotem profectitiam remanere apud virum, post mortem uxoris. Non sum mihi contrarius: Nam hoc intelligo, si pater prior decesserit constante matrimonio, deinde ipsa filia, dos profectitia pertinebit ad maritum, non ad heredes soceri, *l. cum patrem, sup. de jure dotium*: quæ est maxime notanda. Et Ulpianus *in dicto tit. de dotib. Mortua in matrimonio*, inquit, *uxore, dos à patre profecta, si pater non sit, apud virum remanet*. Et hoc est jus actionis rei uxoriæ. At actio ex stipulatu de dote adventitia recuperanda, mortua in matrimonio uxore transmittitur ad heredes mulieris, nec cedit lucro mariti, nisi ita convenerit instrumento dotali, quæ est sententia hujus §. Nam Justin. magis hodie probat jus actionis ex stipulatu, ut non remaneat dos adventitia apud virum post mortem uxoris, nisi ex pacto dotali.

Ad §. Cum autem *in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis à patre mariti uxori illico, & in solidum fieri jubebat, rei uxoriæ autem annua, bima, trima die, in his, quæ pondere, numero, mensura consistunt, exactionem pollicebatur, & non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuerit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut si matrimonium fuerit dissolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest: quia hoc æquissimum est, & reverentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est, cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel semoventibus, vel incorporalibus, cæteris videlicet rebus, quæ solo continentur illico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis. Sin autem supersederis res mobiles, vel semoventes, vel incorporales post annale tempus restituere, vel cæteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras æstimationis omnium rerum, quæ extra immobiles sint, usque ad tertiam partem centesimæ ex bona fide introducendas maritus præstet, fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii præstandis, similique modo pensionibus, vel vecturis navium, sive jumentorum, vel operis servorum, vel quæstu civilium annonarum, & aliis, quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

Ad §. Igitur & in sequenti *capitulo sua ex stipulatu actio utatur natura, ut si mulier à marito fuerit heres instituta, & legis Falcidiæ ratio emerserit, etiam dotis debitum liceat ei, sicuti alia debita ex substantia mariti subtrahere, & sic quartam partem deducere.*

QUæstio hujus §. est de die reddendæ dotis, & si respicias ad jus actionis rei uxoriæ, dos, ut ait Ulpianus in *tit. de dotib.* quæ continetur pondere, numero vel mensura, redditur uxori soluto matrimonio, annua, bima, trima die, id est, anno, biennio, triennio, tribus pensionibus, quod statutum legibus tempus dicitur, *l. Atilicinus, D. de pact. dot.* & statutum dilationis tempus in *l. jurisgentium 7. §. ut puta, ff. de pactis*. Et ubique Tribon. propterea quod Justinianus hoc tempus mutavit, tresque pensiones dotis vertit in unam; Ideo ubi scriptum erat *annua, bima, trima die*: Tribonianus reposuit *statuto tempore*, sicut in tractatu de usucapionibus semper *statuto tempore*, vel *legitimo tempore*, quod usucapionum tempora mutasset Justin, ubi Jurisconsultus scripserat *anno, biennio, triennio*, posuit *tempore statuto*. Et ut dixi in *l. jurisgentium, §. ut puta, ff. de pact. statuto dilationis tempore*, quo scilicet differtur solutio, & restitutio dotis. Et ex illo §. quod non animadverti, explicanda sunt hæc verba hujus §. (nullo pacto adhibito) hoc modo: quia divortium est contractus, ut constat *ex l. si uxor, ff. de judic.* Igitur si in ipso divortio incontinenti vir, & uxor paciscantur, ut dos præsens reddatur, quæ continetur pondere, numero, vel mensura; ea pactio utilis est ad agendum, id est, efficiet, ut confestim mulier repetat dotem, quia est adjecta contractu, id est divortio ex continenti, ergo inest etiam ex parte actoris, sed ut ait *§. ut puta*, si post divortium, ex intervallo scilicet, idem convenerit, ex eo pacto non nascitur actio, quia non inest contractui ex parte actoris, quod post contractum paciscimur, & divortium est contractus. Et ita est explicandus omnino ille *§. ut puta*. Et *in hoc §. cum autem*, illa verba, *nullo pacto adhibito*, videlicet in ipsa dissolutione matrimonii, remissione nuntii, repudio, divortio, quod dicimus dotem illam esse reddendam annua, bima, trima die, secundum naturam arbitrii rei uxoriæ. Aliquando dicunt compendio orationis, annua die dotem esse reddendam, *ut in l. 1. ff. de dote præl.* annua die, id est, annua, bima, trima die. Et similiter in *l. talis, ff. de leg. 1. & Ulpian. in supradicto tit. de dot. in ea*, inquit, *dote, quæ annua die reddi debet*, & similiter idem possunt significare, nempe tres pensiones, Gallice *trois payes*, hæc verba trima die, etiam omissis prioribus, annua, bima. Et in hanc rem est elegans *l. 3. §. penult. D. de an. leg.* Testator jussit Titio dari 100. trima die. Quæritur an sint præstanda tribus pensionibus, an post triennium demum? Lex ait, in dubio ea verba sic esse accipienda, ut 100. præstentur legatario tribus pensionibus, id est, annua, bima, trima die: vel quod ea adjectio esset olim frequens Romæ in omnibus causis ob minuendam exactionum acerbitatem: vel etiam quod eo minus gravetur heres, si legatum solvat tribus pensionibus, id est, per partes: quam si integrum post triennium. Et in dubio favemus heredi potius, quam legatario, parcimus heredi, ut ait eleganter *l. Sempronius, ff. de l. 2.* quod potest hodie dirimere multas controversias, si insit memoriæ hæc sententia. In dubiis esse favendum, & parcendum heredi, id est, esse exonerandum heredem. Et est elegans species *d. l. Sempronius*. Ejusdem patrisfamil. proferuntur binæ tabulæ eodem tempore scriptæ exemplari, causa, ut solent testatores duobus exemplaribus, sive codicibus scribere testamenta sua, ut uno amisso superstit aliud, vel ut unum domi relinquant, alterum peregre secum ferant, *ut §. pen. Instit. de testam. ordin.* Ergo finge: sunt binæ tabulæ testamenti, in eis congruunt omnia, præterquam quod in unis legantur Titio legata 50. in aliis eidem Titio inveniuntur 150. Quæritur utrum debeantur ei 150. an 200. conjuncto utroque legato, an 50. Et quia unum tantum legatum facere voluit testator, concludamus necesse est legatario deberi 150. ut est in unis tabulis, vel 50. ut est in aliis: Sed melius est ut in dubiis heredi parcamus, atque ideo dicamus heredem liberari solvendo 50. quod minimum est, nam in dubiis heredi parcendum est. Sic in dubio, ea verba trima die accipimus pro tribus pensionibus. Et hoc de dote, quæ pondere, numero, mensura constat, ut reddatur per partes, id est, tribus pensionibus. Reliquæ dotes, quæ consistunt in corporibus, rebusque certis, redduntur præsenti die, post solutum matrimonium, redduntur statim secundum naturam arbitrii rei uxoriæ. Et secundum naturam ejusdem maritus, vel socer non condemnatur in solidum, sed in quantum facere potest, si modo non in fraudem uxoris bona sua deminuerit dolo malo, ut ait Justin. hoc loco. Et confirmatur *l. etiam, §. 1. D. sol. matr.* Nam & hoc quisque facere posse videtur, quod dolo malo fecit quo minus posset: dolus est pro facultatibus; sicut dolus dicitur esse pro possessione in *l. qui dolo, ff. de reg. jur.* quia non æquum est dolum suum quenquam relevare. Et ita est proditum in *l. verum, §. tempus, ff. pro soc.* Hac in re dolus malus tantum arguitur, non culpa. Nam quod culpa, id est, negligentia, & desidia amisit, id non videtur facere posse, id non videtur possidere: Dolus pro posses-

sione

sione est, non culpa: qui dolo desiit possidere, pro possessore damnatur, non qui culpa. Hoc autem privilegium, quod datur marito, datur etiam uxori, quacunque ex causa inter se agant privilegium est reciprocum, nisi ex maleficio agant. Hoc, inquam, privilegium non datur tantum marito, sed etiam filio communi heredi mariti, *l. maritum, l. etiam, l. rei judicatæ, §. ult. ff. sol. matr.* Atque ita differentia est in hac re inter heredem filium, & heredem extraneum. Privilegium personale transit in filium heredem, non in extraneum. Sicut alias etiam privilegium, quod datur mulieri, ut præferatur omnibus creditoribus etiam antiquioribus, datur tantum filio, non heredi extraneo, *l. 1. inf. de priv. dot.* Et valde notandum est, quoniam potest ad alia pleraque accommodari quod est scriptum in *l. ex diverso, §. ult. ff. sol. matr.* Finge: Judex imperitia juris lapsus maritum condemnavit in solidum, quem non debuit condemnare ultra facultates. Ex ea condemnatione sequitur carcer. Nam debitor, qui non potest facere, qui non est par solvendo, carcere coercetur, *l. 1. & ult. inf. qui bon. ced. pos.* Magna fuit imperitia judicis, & facit sane judex litem suam, id est, tenetur damnum præstare condemnato, sed interim mulier exiget solidum ex re judicata; verum repelli poterit exceptione doli mali. Exequenti judicatum opponetur exceptio doli mali. Remedii istius est vis magna; nam sic fiet ope exceptionis, ut res semel judicata retractetur, *il faudra revoir le procez*, quod regula juris non patitur. Et hoc belle confirmat *l. non distinguemus, §. cum quidam, ff. de recept. qui arb. rec.* Finge: arbiter sumptus est ex compromisso, id est, compromissa invicem pœna, ni starent sententiæ arbitri, à qua constat non posse appellari, *l. 1. supra, de rec. arb.* Jure nostro: nam constitutiones regiæ permittunt appellationem etiam à sententia arbitri compromissarii, jure inquam nostro à sententia compromissarii appellari non potest, & qui ei non paret, committit pœnam compromissam, & exigi potest. Hoc cognito, pone: arbiter antequam sententiam dixisset, manifesto apparuit inimicus ex nova quadam causa uni ex litigatoribus. Et cum ab eo testationibus esset sæpe conventus ne sententiam diceret *qu' il le recusoit*, is nihilominus nullo cogente sententiam dixit; cui damnatus parere noluit, nec obtemperare. Igitur exigitur pœna compromissa. Quid faciet apud judicem, apud quem pœna petitur? Opponet exceptionem doli mali, quod arbiter sententiam dixerit dolo malo, & per inimicitias, & contra testationem, & ultro, & nemine cogente. Eaque exceptio inquit, erit appellationis species, licet appellari non possit ab arbitro, quoniam efficit, ut sententia arbitri retractetur, & eadem lis ex integro agatur. Et hæc de actione rei uxoriæ. Actio ex stipulatu recuperandæ dotis erat asperior, quam rei uxoriæ actio, ut semper omnis actio ex stipulatu est aspera, directa, simplex, ac proinde commodior, & utilior actori, quod agat præcise, nec quicquam ponat in arbitrio judicis. Nam hæc actio ex stipulatu maritum condemnabat in solidum, non habita ratione facultatum ejus, & exigebat dotem præsentem, id est, statim à soluto matrimonio. Hanc asperitatem actionis ex stipulatu, qua sola vult hodie repeti dotem Justin. mitigat in hoc §. & hac in re jus utriusque actionis immutat ad aliquid, novumque jus, & novam formam dat actioni ex stipulatu. In superioribus casibus, qui supra sunt tractati, veterem conservat formam actionis ex stipulatu, naturam, jus reprobat actionis rei uxoriæ: In hac quæstione, & casu de die reddendæ dotis actioni ex stipulatu Justinianus adjicit hoc, scilicet quod inerat actioni rei uxoriæ, ut maritus non condemnetur ultra facultates, atque ita mitigat actionem ex stipulatu, probato magis jure actionis rei uxoriæ, quod est mite, & moderatum. Nam sit hoc esse debitum reverentiæ maritali, ne acerbius exigatur, si absit dolus malus, etiamsi non absit culpa; quæ reverentia adeo debetur marito, ut de ea non exhibenda, puta de marito conveniendo in solidum pacisci turpe sit, & improbum, *l. alia, §. ult. ff. sol. matrim.* At præterea si

A conventus fuerit maritus in id, quod vires facultatum suarum ferebant duntaxat, si in id tantum condemnatus fuerit, cavere etiam debet hoc modo, quod in præsentiarum facere non potest, quandoque poterit, reddi. Quod etiam proponit Justinian. in *hoc §.* nam post condemnationem illam moderatam, integra manet mulieri residui petitio, si postea aliquid adquisierit maritus, quod idoneum emolumentum contineat, atque sufficiat explendæ doti, & persolvendæ. Et nota non esse dubitandum, hanc cautionem esse tantum nudam repromissionem fidejussoribus, hoc probat evidenter *l. verum, §. item videndum, ff. pro soc.* Et quod generaliter Justinian. definivit in *l. 3. inf. de verb. sign.* in legibus cautionis nomen si nihil addatur aliud, puta si non dicatur, ut præstetur idonea cautio, vel satisdatio, semper esse

B accipiendum de stipulatione nuda promittis? promitto. Idemque significare simplex cautelæ nomen, videlicet ἀσφαλείας, quoniam quam nos dicimus cautionem, Græci ἀσφάλειαν, id est, securitatem vocant: ergo & in hoc §. cautionis nomen accipiamus pro nuda repromissione. Idem Justinian. in hoc §. nove constituit, ut dos quæ consistit in mobilibus rebus, vel semoventibus, inquit, quas Græci vocant αὐτοκίνητα, puta in mancipiis, vel jumentis, aut pecoribus, item dos, quæ consistit in rebus incorporalibus, puta in nominibus debitorum. Denique si dos consistat in pondere, numero, & mensura, quæ res veniunt etiam mobilium appellatione, veluti pecunia numerata, vinum, frumentum, oleum, vasa argentea, aut massæ aureæ, aut argenteæ. Et generaliter, si consistat in quibuscunque mobi-

C libus, vel semoventibus, vel juribus, vel actionibus, ut ea dos non reddatur annua, bima, trima die, neque etiam præsenti die, rejecto jure utriusque actionis, sed intra annum. Et hic valde laudo, quod decidit Accursius, quod quærit primum, ac deinde respondet. Dos igitur ea reddenda est post annum. Interim unde se, & suos alet, & tuebitur mulier? unde vitam tolerabit suam? finge eam alia nulla bona habere, *ut l. ult. inf. qui pot. in pign. hab.* Plerunque ait mulieres solam dotem habere in bonis. Et prudenter definivit Accursius, mulierem, quæ aliunde se tueri non potest, intra eum annum esse alendam sumptibus mariti, vel heredum ejus, quod & ipsi dote utantur fruantur. Quid autem fiet si dos consistat in rebus immobilibus? ut olim obtinuit in utraque actione, reddenda est statim, hoc est apertissimum. Et

D in ea quidem, quæ reddenda est intra annum: intra eum annum, est immunis ab usuris præstandis mulieri. Sed si post annum reddantur, incipiunt currere usuræ dotis trientes; usuræ ergo moventium, ut mancipiorum, jumentorum, id est, æstimationis earum rerum, qua in re distat vir à muliere: Nam viro petenti dotem debentur usuræ trientes *à quatre pour cent* post biennium, *l. ult. §. præterea, supra titul. proxim.* mulieri repetenti post annum. Etiam ex *d. §. præterea, & ex l. hac edictali, §. his illud sup. de sec. nupt.* intelleximus antea, rebus immobilibus adnumerari panes civiles, & mancipia rustica, & reditus, vel pensiones prædiorum rusticorum, vel urbanorum. Ex hoc loco annumerabimus etiam rebus immobilibus, vel fructibus earum, aut quæstubus vecturas navium, vel jumentorum, ac si naves sint res immobiles, & jumenta, & operas servorum, quæ locari solent, quod

E videtur tantum accipi posse de servis rusticis, vel de jumentis rustico operi destinatis. Nam hæc mancipia, vel jumenta, veluti pars fundorum sunt. Ergo veluti res immobiles, *ut ait Julian. in Novell. 7.* Et his addatur *l. moy-cedes, de pet. her. §. seq.* exposuimus in *§. primum itaque*, quia pertinet ad edictum de alterutro.

Ad §. Cumque ex stipulatu *actio in his casibus, quos enumeravimus propriam naturam habeat: necessarium est in sequenti tractatu ea exponere, quæ vel communia sunt utriusque actionis, vel quæ in solam ex stipulatu actionem colligi oportet: vel propria quidem rei uxoriæ actionis, ex inde autem ex stipulatu actioni accommodanda. Itaque par-*

tes

tus dotalium ancillarum, id est, quæ æstimatæ non sunt, A *vel quæ servi dotales ex quacunque causa (nisi ex re mariti, vel operis suis) adquisierunt, ad mulierem pertinere utraque actio similiter voluit. Fœtus autem jumentorum, & omnia, quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive non æstimata, sive æstimata sint. Sed & novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari, commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non æstimatis. Æstimatarum enim rerum maritus quasi emptor & commodum sentiat, & dispendium subeat, & periculum exspectat.*

JUstinianus cum antea satis ostendisset quæ retinuerat ex natura, & jure actionis ex stipulatu longe diversa ab actione rei uxoriæ: nunc incipit tractare quæ sunt communia actionis utriusque, quæ etiam ipse retineat, B & probet. Et jam in *§. cum autem, sup.* occupavit dicere hoc esse commune utriusque actionis, ut prædia dotalia soluto matrimonio statim reddantur, reliquæ dotes etiam redduntur statim ex natura stipulationis, ex natura rei uxoriæ annua, bima, trima die: Ex nova forma, quam Justinianus indidit actioni ex stipulatu, intra annum reliquæ dotes redduntur, quæ non consistunt in rebus soli, vel quæ in mobilibus rebus adnumerantur. Sequitur in hoc §. aliod commune utriusque actionis, ut in neutram actionem veniant fructus dotis percepti constante matrimonio. Hos enim maritus lucratur pro oneribus matrimonii, *l. dotis fructus, ff. de jur. dot. l. pro onerib. sup. eod. l. cum pater, l. quæris, ff. de pact. dot.* Dixi constante matrimonio, nam fructus percepti ante nuptias, puta, cum traditio dotis vetustior C est nuptiis, hi fructus augent dotem, & reddendi sunt quandoque soluto matrimonio, quasi dotales, *d. l. dotis, §. 1. l. si servo in dotem, de jure dot. l. 6. ff. sol. matr.* Rursus recte dixi, percepti constante matrimonio, nam percepti post solutum matrimonium ex prædiis dotalibus, etiam augent dotem, non cedunt lucro mariti, *l. si marito, §. ult. ff. solut. matrim.* Et ideo ejus anni, quo divortium factum est, vel quo morte viri solutum est matrimonium, *ut in l. 7. §. interdum, in fin. soluto matr.* vel etiam morte mulieris, si dos profectitia fuerit, quæ sit reddenda patri mulieris superstiti, ejus, in quam, anni fructus extremi anni nuptiarum dividuntur inter virum, & uxorem, aut socerum, pro rata temporis, quo stetit matrimonium, ut recte ait Justin. *in hoc §. &* J. C. *in l. si alienum, ff. sol. matr. l. cum in fundo, §. divortio, ff.* D *de jur. dot.* Et Paulus *2. sentent. tit. 22.* Exempli gratia: Si novissimo anno matrimonium steterit quatuor mensibus tantum, cum forte una fuissent per quinquennium, aut decennium; ex novissimo anno, quo conjuges una fuerunt quatuor mensibus tantum, ex fructibus ejus anni maritus feret trientem, uxor bessem, id est, maritus tertiam, quia tertia parte tantum ejus anni stetit matrimonium, tertiaque tantum parte ejus anni sustinuit onera matrimonii: uxor feret duas tertias, nisi aliud convenerit, *l. penult. ff. de pact. dot.* Et inde illa nobilis quæstio, de divisione fructuum inter virum, & uxorem in *d. l. 7. §. Papinianus, ff. sol. matr.* quam satis diligenter, ut arbitror, memini me exposuisse tribus in locis; in *sententiis Pauli, in feudis, & in obser. 14. cap. 22.* Aberrarem longe si ea quæstio esset mihi nunc retexenda: E sed ex eis locis licet unicuique petere certam ejus definitionem, maxime ex *obser. 14.* Ubique tamen semper servanda est illa regula, ut novissimi anni fructus capiat mulier pro rata temporis, quo nupta viro fuit, & vir æque pro rata temporis, quo ei nupta mulier fuit: quæ ratio, ut in illis locis ostendi, etiam servanda est inter dominum, & fructuarium, ut ejus anni, quo finitur ususfructus, pro rata temporis, quo stetit ususfructus, eo anno fructus partiantur inter se, abrogata communi opinione, quæ ducebatur *ex l. defuncta, de usufru.* male intellecta. Nam & audio Senatum Parisiensem ea in re abrogasse communem opinionem, id est, id quod plerique existimant, quod etiam dicitur regula. Nam in jure A regula est, quod plerique juris auctores existimant, sive opinio communis. Et hoc de fructibus ejus anni, quo factum est divortium bona gratia. Nam si culpa intervenerit viri, vel mulieris, servanda sunt ea, quæ antea diximus de mulctandis conjugum culpis, qui dissidium fecerunt. Porro aliis annis percepti fructus, quibus nullum fuit inter conjuges dissidium, cedunt lucro mariti in vicem onerum matrimonii, nec veniunt in repetitionem dotis, etiamsi ususfructus datus sit in dotem; non fuit reddendi fructus soluto matrimonio, quia nisi aliud apparet actum, jus ipsum utendi fruendi videtur esse in dotem, non fructus, qui percipiuntur. Igitur satis est cedi jus ipsum utendi fruendi soluto matrimonio, nec perceptorum fructuum repetitio est, & quod dixi, eos fructus cedere lucro mariti onerum matrimonii vice, *l. dotis, §. si ususfr. D. de jur. dot.* ex eo B J. C. recte colligit in *l. quominus, D. de jur. dot.* dotem quamvis sit in bonis, & dominio mariti, tamen etiam mulieris esse ex effectu ipso, quia fructus dotis effectu redeunt ad mulierem, cujus onera sustinet maritus, & hominum ejus puta, ancillarum, & servorum. Denique & jure, & re ipsa mulier est domina dotis etiam constante matrimonio. Igitur maritus non est solus dominus dotis, sed sunt veluti duo domini dotis, & duo possessores. Maritus igitur non omnino comparandus fructuario, ut glossa tentat in hoc §. Est enim plus quam fructuarius, nempe dominus, id est, proprietarius: nam & fructuarius posset dici dominus, & quam legem nondum in hanc rem attuli, aperte *l. quoties, §. ult. D. de pecul.* ait, dotis datione dominium mutari, sicut emptione, aut venditione facta à domino, & legato: nam legati C dominium acquiritur ipso jure *ex 12. tab.* ut *Ulp. ait lib. reg. tit. de dom.* Fructuarius non potest servum manumittere, in quo habet usumfructum, cum nec jure veteri nudus proprietarius ante Justin. potuit manumittere: pleni dominii erat dare plenam libertatem, non vel proprietarii tantum, vel fructuarii, *l. 2. D. de manumis. vind.* Maritus potest manumittere servum dotalem, si sit solvendo, id est, si pretium capitis manumissi possit refundere uxori, sicut alienare potest quamlibet rem dotalem mobilem æque, si sit solvendo, *l. 3. sup. tit. prox.* Nam lege Julia prohibetur tantum alienatio fundi dotalis, vel ædium, servus non est hujus generis. Ac præterea manumissio non est alienatio, qui manumittur, non alienatur, hoc est perspicuum. Et ideo in jure D semper separatur alienatio à manumissione, *l. ex judiciorum, D. de accus. l. prospexit, D. qui, & quib. man.* In fructibus autem, quos diximus lucrari maritum, quoniam & Justin. hoc attingit in hoc §. numerantur, ut certum est, vindemiæ, & segetes: in fructibus dotis sunt etiam lana, & fœtus pecorum, exceptis fœtibus, qui submissi gregem retinent, atque reficiunt. Nam si grex ovium datus sit in dotem, maritus in locum demortuarum debet submittere fœtus, atque ita retinere gregem integrum. Et hi fœtus submissi non habentur in fructu, sed in dote, *l. plerumque, §. si servi, D. de jur. dot. & l. 7. §. non solum, D. sol. matr.* In fructibus etiam sunt, aut vice fructuum usuræ collectæ ex nominibus dotalibus, argumento *l. deducta, §. ante, D. ad Trebell. & l. usuræ, D. de usur.* Usuræ fructuum vicem obtinent. Quid est E usura? fructus, sive reditus pecuniæ, sive earum rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, in quibus tantum mutuum consistit. Usura est hujus pecuniæ reditus, *l. Titius, D. de præscript. verb.* Et in fructibus numerantur pensiones prædiorum urbanorum, in *d. l. 7. §. de pensionib. l. prædiorum, ff. de usur.* Non loquuntur hæ leges de pensionibus rusticorum prædiorum; nam has certum erat esse in fructu, quia rusticis prædiis fructus parere proprie innatum est ingenitumque. Sed dubitabatur an etiam pensiones urbanorum prædiorum in fructu essent? quod magis placet: item vice fructuum sunt, & ideo cedunt lucro mariti quæ servus dotalis adquirit ex re mariti, vel ex suis operis, ut ait Justinian. in hoc §. vel etiam si aliquid servis dotalibus

bus relinquatur hereditatis, aut legati titulo contemplatione mariti, id est, quod testator velit ad maritum pervenire, non ad uxorem, nam & hoc videtur esse ex re mariti, ex *l. aditio, inf. D. de acqu. hered. l. si legato, aut hered. ff. de jur. dot.* Sunt & alia pleraque in fructu, quæ necesse non est omnia recitare. Dicamus de his, quæ non sunt in fructu dotis, quæ sunt in fructu, maritus non reddit, quæ non sunt in fructu, reddit uxori, quia augent dotem. Dos constante matrimonio crescere, & decrescere potest. Idemque de ea dici potest, quod de peculio, similem esse homini dotem, ut peculium simile esse homini dicebat Papirius Fronto: Nascitur dos cum traditur, nuptiæque sequuntur, aut præcesserunt: crescit alluvione, crescit confusione ususfructus, & iis, quæ mox subsequuntur: decrescit etiam casu fortuito, & moritur soluto matrimonio. Quæ non sunt in fructu accrescunt doti, augent dotem, ut lapides cæsi, & arbores quædam, veluti grandes, & frugiferæ, nam hæ non sunt in fructu, ut maritus possit eas cædere: itemque res comparatæ ex dotali pecunia non sunt in fructu, sed dotales sunt, *l. si ex lapidicinis, & l. res, quæ ex dotalib. D. de jur. dot. d. l. 7. §. si fundum*. Et, ut dixi sup. fœtus, qui submissi gregem supplent, non sunt in fructu: Itemque acquisitiones aliæ servorum dotalium, id est, extra rem mariti, vel operas servorum, sunt etiam dotales, non in fructu, *l. 3. D. de fund. dot.* Itemque partus ancillarum, ut ait Justin. hoc loco, *& l. cum post. §. ult. D. de jur. dot.* Nam partus non est in fructu, neque in reditu. Absurdum visum est, ut homo homini esset in fructu, *l. fœtus, D. de usufr. l. in peculium, D. de usur.* Igitur partus neque in fructu est, neque in reditu, quia, ut utar alia ratione, etiam ancillæ non ita comparantur, ut gallinæ, nempe ut pariant. Hæc ratio ponitur in *l. ancillarum, de pet. hered.* Partus igitur earum merito dicuntur non esse in reditu. Et in hoc consentiunt omnes juris auctores, qui extant, neque, ut ego ostendam infra, ulla lex huic sententiæ refragatur, nam quas objiciunt, eas ostendam potius corroborare sententiam. Extremum erit, hæc nos dicere de rebus dotalibus inæstimatis, quæ etiam propriæ sunt dotales: harum periculum spectat ad mulierem: ergo & compendium, sive commodum. Inæstimatæ res meliores, aut deteriores, aut minores, aut majores fiunt mulieris periculo, ac proinde ei conservantur incrementa dotis, id est, quicquid est extra fructus dotis, sicut deminutiones dotis etiam ei imputantur, cum dos est inæstimata. Nam æstimatarum rerum dotalium alia est conditio, quia eas emisse videtur maritus, qui soluto matrimonio liberatur solvendo pretium, sive æstimationem conventam initio dotis dandæ. Et hujus fundi dotalis æstimati lex Julia non prohibet alienationem, sed inæstimati: nam æstimatio facit maritum solum, & plenum dominum, non etiam uxorem, *l. 5. sup. de jur. dot.* æstimatæ dotis est dominus solus maritus. Et ideo omne ejus dotis commodum, & periculum ad eum pertinet. Denique non tantum fructus, sed & cætera, quæ non sunt in fructu, *l. plerumque, in principio, & §. 1. & l. si mancipia, D. de jure dotium*. Ergo partus ancillarum etiam ad eum pertinent, quasi emptorem ancillarum. Nam æstimatio vera emptio est, cum ex eo negotio sit actio ex empto, & vendito, *l. quoties, D. eodem titulo*. Ex superioribus intelleximus, partum ancillæ non esse in fructu, vel reditu, & augere dotem, si ancilla dotalis fuerit, quod hodie post multas controversias constat inter omnes juris auctores, & dirimit hæc definitio multas quæstiones juris. Fac aliud esse fructum, aliud reditum, ac proprie reditum, qui & proprie redactus, & refectus dicitur, esse id, quod redigitur ex locatione, & conductione, in *l. fundi, D. de usufruct. leg. l. liberto, D. de annu. legat. l. penult. §. insulam, D. de leg. 2.* vel id, quod redigitur ex fœnore, *ut in l. Titius, D. de præscriptis verbis, l. alumnæ, D. de aliment. legat.* Nam fœnus quasi conductio est nummorum, & locatio, ut in illo loco Horatii: *Conductis coemens obsonia nummis*, id est, fœnori acceptis: vel fac aliquando, esse idem reditum, & fructum, *ut in l. quidam, leg. qui fructus, D. de usufructu leg. l. 12. D. de alim. legat.* Vel hoc si feceris, vel illud semper verum est, partus ancillarum non esse fructus, non esse reditus, & ideo non dissidet ab hac definitione Paulus, quod tamen plerisque videtur in *l. 14. D. de usuris, & leg. 24. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Quorum locorum interpretationem pollicitus sum. Cum nominatim scribat Paulus *3. sentent. tit. de legatis*: legato usufructu ancillæ, partum ejus non pertinere ad legatarium, sive fructuarium. Ergo Paulus idem admisit, quod cæteri omnes, partum ancillæ non esse fructum. Sed diligenter, ut res tota intelligatur, nobis explicanda est *d. l. 14. ff. de usur.* Initio lex proponit, post moram in fideicommisso solvendo factam, fideicommissario esse restituendos partus ancillarum, quæ fideicommisso continentur, videlicet editos post moram. Ergo per contrarium indicat statim ab initio, & manifestius in sequentibus, partus editos ante moram non esse restituendos fideicommissario, sed remanere penes heredem. Et hoc proposito idem Paulus eodem in loco ponit hanc speciem: Heredem rogatum restituere hereditatem post mortem suam, id est, heredis, nam olim fideicommissum potuit relinqui post mortem heredis, non etiam legatum. Recte igitur rogatus est heres post mortem suam restituere hereditatem, in qua erant ancillæ, & adjecit sine reditu, id est, ut restitueretur hereditas post mortem heredis excepto reditu. Quæritur an partus editi vivo herede, id est, ante diem fideicommissi cedentem, & ante moram, an mortuo herede sint restituendi fideicommissario? Et videbatur esse restituendos, quia testator tantum excepit reditum, ne is restitueretur, ne fideicommisso contineretur, vel hereditate fideicommissaria. In reditu autem non sunt partus, ergo partus excepti non videntur. Sunt igitur restituendi, quasi insint hereditati. At Paulo aliud judicium est, nimirum ut partus editi vivo herede ante diem fideicommissi cedentem, non veniant in restitutionem, non contineantur fideicommisso. Et hoc ita existimat Paulus, non quod excepto reditu, excepti videantur partus, quos sciebat non esse in reditu, vel fructu, sed quia ea adjectio testatoris; *sine reditu post mortem tuam restituito hereditatem meam*, sit supervacua, & perinde res habeatur, atque si apposita non fuisset. Illa autem clausula non apposita, *sine reditu, deducto reditu, excepto reditu*, procuidubio non venirent in restitutionem fructus percepti ante moram, ante diem legati cedentem, ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Hæc tria idem demonstrant tempus, ante moram, ante diem legati cedentem, & ut est in *l. 42. D. de usur.* ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Nam ut legatum statim ut cessit dies ejus, ipso jure acquiritur ex 12. tabulis, id est, dominium ejus rei, quæ legata est, *l. quoties, §. ult. D. de pecul.* ita etiam jure prætorio statim ut dies cessit ex causa fideicommissi dominium acquiritur, vel dominium possessionis, quoniam prætor facit possessorem, non dominum unquam, *l. qui usumfructum, D. si usufr. pet.* Ergo ut uno verbo dicam, fructus perceptos ante diem fideicommissi cedentem, heres rogatus restituere hereditatem, post mortem suam retinebit, neque restituet. Et sunt duæ rationes hujus sententiæ, prima hæc est, quia rogatus est tantum restituere quod esset hereditatis. Fructus autem medio tempore percepti non hereditati accepto feruntur, sed rebus hereditariis, quæ multum distant ab hereditate. Nam hereditas est res incorporalis: res hereditariæ sunt corporales. Usuræ autem medio tempore perceptæ, non etiam accepto feruntur hereditati, sed nominibus hereditariis. Ac proinde in restitutionem non veniunt fructus medio tempore percepti, vel usuræ nominum hereditariorum, quæ vicem fructuum obtinent. Et hæc ratio proponitur in *l. in fideicommissaria, §. 1. D. ad Trebell.* nam §. s. est ratio sententiæ propositæ initio hujus l. Altera ratio hæc est, quia fructus ab herede percepti medio tempore rogato restituere hereditatem, post tempus videntur percepti

judicio defuncti, id est, videtur defunctus voluisse, ut A interim heres fructus suos faceret, & intercapedinem illam temporis adscripsisse in gratiam heredis, *in l. mulier, §. si heres, D. ad Trebell.* Ergo non debet eos restituere, quia voluntas defuncti hæc fuit, ut venirent in fideicommissum. Quæ ratio etiam efficit, ut fructus medio tempore percepti, heredi imputentur in quartam, *d. l. in fideicommissariis.* Nam quicquid heres percepit judicio defuncti, jure hereditario, non alio titulo, id inquam solum, non quod aliu titulo capit, imputat in quartam, *l. in quartam, ff. ad legem Falc.* Ergo fructus medio tempore percepti non veniunt in restitutionem, cum sint percepti judicio defuncti, sed eadem ratione imputantur heredi in quartam. Paulus existimat idem statuendum esse in partu, quod est receptum in fructu, quod etiam confirmat, de fructu scilicet *l. ita tamen,* B *§. 1. ad Trebell. & l. 26. & l. quod his verbis, D. de leg. 3.* Et excipiuntur soli filii, quo jure utimur hodie destricte, ut filii à patre rogati restituere hereditatem vel aliis liberis, vel extraneis post tempus, omnimodo fructus medii temporis lucrifaciant, nec imputent in quartam: Sed præter fructus medii temporis etiam deducant quartam integram. Hoc solis filiis dedit Zeno Imperat. *in l. jubemus, inf. ad Trebell.* Hæc inquam omnia, quæ dicuntur de fructu, Paulus etiam admittit in partu, & in partu partus, videlicet partum, vel partuum partus non contineri fideicommissu hereditatis, sed imputari in Falcidiam heredi, *in l. 24. §. 1. D. ad l. Falcid.* quoniam & in partu intervenit eadem ratio, eadem utilitas, par in utroque est ratio, & utilitas, argumento *l. ult. ff. de cloacis, & l. 5. §. constitutio, D. ut in* C *poss. leg.* Communis ratio hæc est, quia ut fructus, ita partus, qui eduntur medio tempore (quia fideicommissum dilatum est in tempus in gratiam heredis ex tacita voluntate defuncti) debent pertinere ad heredem, id est, non fructus tantum, sed etiam omnis causa hereditatis, omne commodum, omne interusurium, quod pendente die fideicommissi heres capit rogatus restituere hereditatem post tempus. Non vult Paulus partum esse in fructu, sed sequi jus, & conditionem fructus, ut evenit in multis partibus juris. In actionem quod metus causa non veniunt tantum fructus, sed etiam partus, quamvis non sint fructus, & partuum partus, *l. sed & partus, D. quod metus causa.* Et similiter in actionem Paulianam, *l. ait prætor, §. partum, D. quæ in fraud. cred.* & in rei vindicationem officio judicis, post D litem contestatam veniunt fructus, veniunt partus, venit omnis causa ejus rei, de qua agitur, *l. Julianus, §. 1. D. de rei vindicatione,* & in petitionem hereditatis, & nominatim *in l. ancillarum, D. de petit. hered.* ancillarum hereditariarum partus, & partuum partus venire in petitionem hereditatis, quamvis in fructu esse non existimentur, inquit, quod vix ancillæ ejus rei gratia comparantur, ut pariant, ut sint reditui, fructuique, sed ut serviant utiliter. Ergo nihil vetat aliquid non esse in fructu, & ejusdem esse juris, & conditionis, cujus est fructus. Et hoc voluit Paulus *in d. l. 14. de usuris,* sed non fuit contentus hoc ita demonstrasse; voluit etiam id confirmare *in d. l. 14.* ex eo, quod retulit Neratius *in lib. 1. respons.* ut opinor, ex communi auctorum sententia, quod si ancilla sit legata sine reditu, sicut ante E propositum fuit, hereditatem fuisse relictam per fideicommissum sine reditu: si inquam ancilla similiter relicta sit per fideicommissum, legata per fideicommissum, partus ex ea nati, ante fideicommissi diem cedentem, ante moram, non veniunt in restitutionem, non sequuntur matrem. Et sane de hoc constabat inter omnes auctores, ancillam legatam vel directo, vel per fideicommissum non sequi partum editum ante moram. Hoc aperte probat *l. uxorem, §. sorori, ff. de leg. 3. & l. penult. ff. de optio. leg.* Sed huic *l.* penultimæ, ne quem perturbet varia scriptura, modo affirmativa, modo negativa, quæ est in ea *l. penult.* duobus locis, & ut asseramus, & vindicemus, veram esse scripturam vulgarem, manus ei porrigenda est, exposita breviter specie: Quidam filium, & uxorem suam heredes instituit, & filiam exheredavit, & ei legavit certam summam, cum in familia nuberet, & insuper eidem filiæ legavit decem mancipia cum nupserit, quæ scilicet elegisset uxor mater filiæ statim post aditam hereditatem, ante nuptias filiæ: quæritur, si ante nuptias mancipia enixa sint, & pepererint, an partus debeantur filiæ, qui nati sunt ante diem fideicommissi cedentem, id est, ante nuptias? Respondet non deberi filiæ, partum matrem legatam non sequi: non est igitur perpetuo verum quod dicitur partum sequi matrem. Est verum cum quæritur de dominio, ejus scilicet esse partum, cujus est mater, *l. partum, supra, de rei vindic.* Et heredis igitur esse partum editum medio tempore, quia medio tempore ancilla heredis fuit. Et etiam id verum si quæratur de statu partus vulgu quæsiti, non justi partus, id est, ex justis nuptiis: nam partus non intervenientibus justis nuptiis sequitur statum matris, ex serva servus nascitur, ex libera liber, ex latina latinus: ca est lex naturæ, quæ sola spectatur in vulgo quæsitis seu spuriis, *l. lex naturæ, D. de statu hominum.* Cæterum partus, qui jam factus est heredis, non sequitur matrem jure legati, aut fideicommissi transeuntem ad alium, quia non sunt comprehensi fideicommisso, vel legato. Et rursus in eadem *lege penul.* quæritur, an usus, & fructus partuum editorum ante nuptias pertineant ad matrem, cui maritus permiserat electionem decem mancipiorum dandorum filiæ exheredatæ cum nuberet? Et respondet lex, nihil proponi cur fructus, quod & de partubus dici potest natis medio tempore, ad matrem pro solido pertineant, quæ verba explicant male. Sed est manifestum significari hoc, fructus partuum non pertinere ad matrem in solidum, quia habet coheredem filium: communicandi ergo sunt filio coheredi, quia non inveniuntur nominatim ascripti matri. Erunt igitur communes: matri tantum electio decem mancipiorum concessa est: Ergo hoc ratum, & fixum est, ancillam legatam non sequi partum editum ante moram, vel medio tempore, idem est: Et ideo non abs re *in l. si ancillas, de legatis 1.* proponitur testatorem legasse ancillas, & quod ex eis nasceretur: Alioquin partus non sequerentur legatarium, nisi nati post moram. In *l. hujusmodi, §. legatum, D. de legatis 1.* quod dicitur partum sequi matrem legatam, hoc ideo fit, quia testator legaverat omnia mancipia, quæ sua essent tempore mortis: & eo tempore, mortis scilicet testatoris, ancilla in fuga pepererat, manifestum est hunc partum esse legatum non minus, quam matrem, quia tempore mortis testatoris is partus fuit editus, & ipso jure factus testatoris. Denique relinquitur, ut iterum dicam, ancillam legatam post tempus non sequi partum editum medio tempore. Unde sic ratiocinatur Paulus *in d. l. 14.* Ancillam legatam non sequitur partus editus medio tempore: hæc propositio est, hoc est verum, hoc nemo diffitetur. Sequitur assumptio: Nihil autem interest *an ancilla specialiter, an hereditas sit in fideicommisso,* in qua sunt ancillæ. Conclusio: Ergo idem obtinet in hereditate fideicommissaria ut scilicet heredem, vel fideicommissarium non sequantur partus editi ante moram. Si hoc valet in ancilla specialiter legata, ut constat inter omnes, cur æque non constat inter omnes, ut valeat in hereditate fideicommissaria, in qua sunt ancillæ? Nam sciebat Paulus suam sententiam neque Ulpiano probari *in l. mulier, §. sed enim, D. ad Trebell.* neque Papiniano *in l. deducta, §. hereditatem, D. eod. tit.* quos auctores solet sæpissime reprehendere. Nam & in Papinianum ex professo Paulus scripsit notas, & cum ait: Quidam refert, cujus sententiam improbat, vel intelligit Ulpianum, *ut in l. lecta, D. de rebus cred. l. 8. D. usufr. quemad. cav. l. si heredi, §. si duorum, D. de cond. & dem.* vel Papinianum, *ut in l. creditores, D. de separat.* Videamus autem an assumptio Pauli sit vera. Nihil interesse ait an ancilla specialiter,

an he-

an hereditas in fideicommisso sit. Si ostendero esse falsam: consequens est eam ratiocinationem esse captiosam. Videtur esse falsa, id est, videtur interesse multum, ancilla relinquatur specialiter, an hereditas, in qua sunt ancillæ: nam hereditas est nomen juris universi, quod recipit augmenta, & deminutiones, commoda, & incommoda omnia; ancillæ autem nomen est corporis, nomen, quod certis finibus circumscribitur, finitur. Et inde differentia inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem. Nam in petitionem hereditatis veniunt partus, & fructus quocumque tempore percepti ante litem, vel post litem, ante aditam, vel post aditam hereditatem, *l. item veniunt*, *§. fructus*, *ff. de pet. her.* In rei vindicationem non veniunt fructus, vel partus, nisi post litem contestatam, nec ii jure actionis, sed officio judicis, quam differentiam probat *l. 2. supra, de pet. hered.* dum inducit nomen hereditatis, quo significatur jus universum. Nam formula hereditatis petitionis hæc est: *si paret hereditatem meam esse*; hoc nomen recipit augmenta omnia, & deminutiones, fructus, & partus cujuscunque temporis. Sic dicam, si rogatus quis sit restituere hereditatem, partus augere eam hereditatem. Item fructus augere hereditatem perceptos ante aditionem, *l. ita tamen*, *§. 1. D. ad Trebell.* Et multo magis fructus, qui erant maturi tempore mortis testatoris, vel in horrea repositi, *l. 9. D. ad leg. Falc. l. Centurio, D. de vulg. substit.* Fructus perceptos post aditionem ante moram excipiam, & negabo augere hereditatem fideicommisso collato in tempus, quia ex judicio defuncti eos retinet heres, fructus, inquam, non etiam partus, quia in fructibus non habentur. Sed facile potest respondere Paulus, nempe hoc modo: Fructus perceptos post aditionem, aut moram, videri perceptos judicio defuncti, qui in gratiam heredis distulit solutionem fideicommissi, cur non & partus ut heres lucretur, videtur testator fideicommissum contulisse in tempus? Non est ergo plus juris heredi retinendorum fructuum, quam partuum perceptorum, editorum ante tempus fideicommissi. Ulpianus tamen in supradicto loco dixit, partus esse restituendos, quia non sunt in fructibus. Et loquitur necessario, cum dicat tantum partus, de editis ante moram; nam post moram nulla est differentia inter partus, & fructus. Et ita etiam Papinianus in supradicto loco, si quis rogetur restituere hereditatem post mortem suam exceptis reditibus, ait, eum non posse retinere partus, quia excepti sunt soli reditus, & partus non sunt in reditu. Et similiter eum non posse retinere fœtus gregi submissos, quia & ii non sunt in reditu, *l. pleriunque*, *§. si servi*, *ff. de jure dot.* Et loquitur etiam necessario de editis ante diem fideicommissi cedentem. Nam post diem nulla est differentia inter partus, & fructus, sive reditus. Ideoque idem Papinianus *in dicta l. deducta*, cum hoc proposuisset *in §. hereditatem* de partubus, & in *§. ante*, fructus retinere heredem, subjicit, fructus tantum heredem retinere ante diem fideicommissi perceptos, & pensiones, quæ sunt in fructu, atque usuras, quas debitores hereditarii solverunt heredi, cum postea dies cessisset, id est, quarum usurarum post mortem creditoris dies cessisset, has heres retinebit, nec restituet, *ut in dicta l. deducta*, *§. qui post*, *& l. ita tamen*, *§. actiones*, *eodem titulo*. Nec obstat *l. postulante*, *§. penult. & ult. eodem.* Itaque ut concludam, non est dissidium inter jurisconsultos in ea quæstione, an partus sit in fructu, sed an partus in restitutione fideicommissi eodem jure sit, & conditione, qua fructus. Et probabilior est Pauli sententia.

Ad §. Cautione videlicet *defensionis in specie*, *in qua dotem suæ uxoris*, *vel nurus in familiæ erciscundæ judicio præcipuam filius defuncti detrahit*, *secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis præstanda*.

SOlet nurus dotem dare socero, itemque pronurus prosocero, in cujus potestate maritus est, vel pro ea pater, aut extraneus: nam & socer, vel prosocer sustinet onera filii, & nurus, & nepotis pronurus. Sunt enim in unius patris familia, in *l. si filia*, *§. hoc amplius*, *ff. famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonii, & nihil aliud est, quam pensatio onerum. Ergo ei dari debet, qui sustinet onera, id est, ei, in cujus potestate maritus est: nam etsi data sit marito, confestim acquiritur parenti, in cujus potestate maritus est. Et ex contractu dotis datæ filio, vel nepoti, parens quandocunque tenetur, soluto matrimonio mulieri jure honorario, actione de dote, quod jussu, si jussu ejus dos data sit filio, vel nepoti, novo marito, vel de peculio, vel de in rem verso, vel si quid dolo malo ea in re fecerit. Nam si forte res dotales habeat, nec eas restituere paratus sit, condemnabitur ex doli clausula, quæ inest actioni de dote bonæ fidei, quanti ea res erit. Et hæc omnia comprobantur ex *d. §. hoc amplius*, *& l. in bonæ fidei*, *ff. de pecul. l. si cum dotem*, *§. transgrediamur*, *l. filiofam. 25. & l. si filiofam. 53. soluto matrim.* hac ratione, quod scilicet dos apud eum esse debeat, apud quem decurrunt onera matrimonii. In distrahenda societate omnium bonorum ex judicio communi dividundo, socius, qui contulerat in societatem dotem uxoris suæ, eam præcipit, id est, retinet præcipuam, nec deducit in divisionem constante matrimonio, quia dos apud eum debet esse, qui onera sustinet. Et hæc est sententia *l. actione*, *§. ult. D. pro soc.* Et similiter post mortem soceri, qui à nuru dotem accepit, quia onus matrimonii à patre mariti defuncto in ipsum maritum transfertur, maritus si ex parte pure heres sit institutus à socero, id est, patre suo, adjectis coheredibus constante matrimonio in judicio dividundæ hereditatis inter coheredes, quod dicitur famil. erciscundæ, dotem uxoris suæ recipiet ante omnia, & reliqua bona dividet inter coheredes, sed opposita exceptione doli, non ante præcipiet dotem, quam caverit coheredibus, defensum iri eos adversus mulierem, vel patrem ejus, vel extraneum, qui pro muliere dotem datam sibi recepit, quandoque soluto matrimonio agentem ex stipulatu de dote recuperanda: eadem est cautio defensionis, & indemnitatis. Nam defendere coheredes adversus repetentes dotem, quam ipse præcipuam retinuit, est litem totam subire pro coheredibus, cum quibus agitur de dote, & indemnes eos præstare, *l. pater dotem*, *D. de dot. præl.* Et hæc est sententia *hujus §. cautione*, quam confirmat *d. l. si filia*, *§. hoc amplius*, *& l. fundus*, *qui*, *D. fam. erc. & l. 1. §. Celsus*, *& §. pen. D. de dot. præl.* Et addit *l. 2. sup. fam. erc.* filium præceptam dotem uxoris suæ judicio familiæ erciscundæ per arbitrum divisionis sibi retinere, si postea mulier moriatur in matrimonio, videlicet nisi sit dos profectitia, & pater mulieris, qui dotem dedit, supervixerit filiæ, vel nisi dos sit receptitia. Et sane *d. l. 2.* loquitur tantum de dote, quam socero nurus ipsa adnumeravit, non pater ejus, non extraneus pro ea. Hanc filius ex parte heres institutus à patre suo socero uxoris suæ deducet, detrahet, præcipiet in judicio familiæ erciscundæ, eamque retinebit, si postea mulier moriatur in matrimonio. His autem verbis hujus *§. secundum propriam naturam ex stipulatu actionis*: his verbis, inquam, ne fallamur, non hoc significatur, jus illud proprium fuisse actionis ex stipulatu de dote recuperanda, ut scilicet dotem datam socero maritus ex parte à socero heres institutus, præciperet in hereditate dividenda: nam propria, quæ erant actionis ex stipulatu, omnia jam sup. exequutus est, & communia utriusque actionis ex stipulatu, & rei uxoriæ, cœpit exponere à præcedenti §. Ergo & ad communia utriusque actionis pertinet hic §. Denique quod in hoc §. dicitur de præcipienda dote, utriusque judicii æquitas admittit. Et recte ita Græci concludunt hunc §. *ταῦτα κοινὰ ἦσαν. Hæc communia erant utriusque actionis*. Hanc conclusionem appingunt extremo hujus §. Quid est ergo quod ait, *Secundum propriam actionis ex stipulatu naturam cautionibus coheredibus præstandis*? His verbis hoc tantum significatur, in stipulatione stricta coheredibus esse cavendum de indemnitate, & defensione, si quis forte

cum eis agat de dote actione stricta, non bonæ fidei, A qualis est stipulatio dotis recuperandæ. Cautio igitur præstabatur coheredibus secundum naturam propriam actionis ex stipulatu, non secundum novam formam pro dote datam hac constitutione Justiniani. Et quæ diximus omnia, quæque dicemus de socero & nuru, vel de patre, & filio hac in re, eadem dicta intelligamus de pronuru, & prosocero, itemque de avo, & nepote ex filio, qui mortuo avo recidit in potestatem patris, cum ambo vivo avo in ejus potestate, & familia fuerant. Et consequenter onus matrimonii sui in eum transfert, is scilicet, in cujus venit, aut recidit potestatem, sustinet onera matrimonii tui, quæ vel tu ante tulisti, vel is, ex cujus potestate exiisti. Hæc est simplex interpretatio hujus §. nec per se desiderat quicquam aliud. Sed quia hinc dependent, & agitantur multæ quæstiones, & va- B riæ, sane mihi videntur non esse prætermittendæ. Propositio hujus §. hæc est. Filium à patre, qui dotem à nuru accepit, institutum heredem ex parte pure constante matrimonio, eam dotem habere præcipuam, & eam detrahere in judicio familiæ erciscundæ, nec subjicere eam divisioni: ponit filium heredem institutum. Quæro, quid sit dicendum, si exheredatus sit? Et placet etiam exheredato dari præceptionem dotis, ad quem onus matrimonii decurrit, & præcipit dotem utili judicio familiæ erciscundæ, *l. 1. §. Celsus, D. de dot. præl.* dum ait utili judicio, nempe familiæ erciscundæ. Nam sicut utilis actio familiæ erciscundæ datur inter heredem scriptum, & filium adoptivum impuberem, & exheredatum quartæ obtinendæ gratia, quæ ei debetur ex constitutione D. Pii, *l. 2. famil. ercisc.* ita etiam uti- C lis familiæ erciscundæ datur inter heredem scriptum, & filium exheredatum dotis uxoris suæ præcidendæ gratia, licet non sit coheres, quia quem onera matrimonii sequuntur, eum & dos sequitur, licet sit exheredatus. Exheredatio non potest adimere filio dotem uxoris suæ, exheredatio non potest adimere dotem filio filiæ suæ, quam pro ea dedit parens, *l. dotem, ff. de colla. bon.* Exheredatio filiæ exheredatæ non adimit dotem suam, quam pro ea semel dedit pater. Et hoc ostenditur *in §. seq.* Denique exheredatio non adimit omnia: nam jura sepulchrorum non adimit, *l. 6. D. de religios. & sumpt. fun.* Ergo utili judicio familiæ erciscundæ exheredatus filius deducit dotem uxoris suæ, quam patri, sive socero suo nurus dederat, vel si exheredato filio fuit prælegata à patre, eam persequitur jure legati, *l. 1. §. per con-* D *trarium, l. pater dotem, ff. de dot. præleg.* Sed semper exheredatus, qui dotem præcipit, deducit, persequitur, debet heredi cavere de indemnitate ratione dotis, quia heres tenetur de dote, licet dotem habere desierit, præstitam nempe exheredato manente matrimonio, id est, non ideo minus soluto matrimonio heres soceri convenietur ex stipulatione de dote. Et est hac in re differentia inter obligationem peculiarem, & obligationem dotalem. Obligatio peculiaris sequitur peculium, *l. frater à fratre, D. de cond. indeb.* Obligatio dotalis non sequitur dotem, utputa divortio facto mulier non repetet dotem à marito exheredato, quam ei non dedit, sed patri ejus, licet eam non habeat, sed eam repetet ab herede soceri, cui eam dederat, licet eam non habeat jure præstitam exheredato, ideo heredi cavendum est de E indemnitate. Proposuit etiam filium heredem institutum ex parte: unde quæro, quid sit dicendum, si sit institutus ex asse à patre suo, cui uxor dotem dederat? Et hoc casu nullus est labor, quia suo jure dotem habet filius, & omnia bona patris, nec ei res est, aut controversia cum aliis, sed interveniente Falcidia, in cujus ratione ineunda ante omnia deducitur omne æs alienum defuncti, & eo deducto primum, deinde computatur quantum sit in bonis defuncti, & animadvertitur secundum quantitatem bonorum, quæ fuerant mortis tempore, sit locus Falcidiæ, necne. Hoc, inquam, casu filius ex asse heres institutus, & forte oneratus legatis, in ponenda ratione legis Falcidiæ, deducit dotem uxoris suæ, veluti æs alienum; quod debuit pater, quia debuit eam dotem, id est, obligatus fuit ex causa dotis acceptæ à nuru, etiamsi non dum venerit dies reddendæ dotis, ergo eam dotem deducit tanquam æs alienum defuncti. Et similiter, si sit institutus ex parte dimidia, pro sua parte etiam deducit eam dotem, tanquam æs alienum defuncti: coheres quoque ejus pro altera parte dimidia, quæ ad eum pertinet, deducit, & detrahit partem dotis, tanquam æs alienum defuncti, videlicet, si filius nondum dotem præcepit, quia si filius jam dotem præcepit, coheredi cavet de indemnitate, & pro liberato habetur is, cui cautum est, ut jam id non possit reputare in ære alieno pro sua parte, quia liberatus intelligitur, quæ est sententia elegantissima *l. si dos socero, D. ad leg. Falcid.* Rursus posui heredem filium institutum ex parte pure, Quæro, quid sit dicendum, si sub conditione? Et breviter, conditio institutionis filii non suspendit dotis præceptionem. Igitur etiam pendente conditione præcipiet dotem, *l. si maritus, D. famil. ercisc.* quo judicio? utili familiæ erciscundæ, exemplo exheredati: alioquin *d. l. si maritus* nihil pertineret ad titulum familiæ erciscundæ: imo vero locus est præceptioni dotis, deficiente conditione institutionis, in cujus defectum filius erat exheredatus, alioquin institutio filii conditionalis esset inutilis. Ea in quam deficiente, & locum habente exheredatione, secundum ea, quæ ante dicta sunt, præceptioni dotis locus est. Nam pendens conditio non impedit præceptionem, nec deficiens igitur, & contra, *l. cum tale, §. si arbitratu, D. de condi. & demonstr.* Ob conditionem igitur non pendet præceptio dotis, pendet tamen repetitio dotis, si post mortem soceri factum sit divortium, pendente conditione institutionis, quia incerta est mulier, pro qua parte agere debeat cum coheredibus, quamdiu pendet conditio hujus institutionis: ergo repetitio quidem dotis pendet, sed non præceptio propter conditionem ante divortium. Et ita est explicanda *d. l. si maritus*. Cætera sunt facillima. Proposui etiam constante matrimonio filium eam dotem præcipere arbitrio familiæ erciscundæ. Quæro, quid sit juris, si soluto matrimonio agatur familiæ erciscundæ? Et breviter: aut dos reddenda est mulieri, vel heredi ejus, aut non: & si reddenda, vel reddenda est præsenti die, vel annua: si præsenti die, cessat præceptio, & mulieri est repetitio dotis adversus heredes pro portionibus hereditariis: si reddenda est annua die, interim præcipienda est à marito, id est, eadem die est præcipienda, qua debet solvi mulieri, *in d. l. actione, §. ult. pro soc.* ubi male *recipienda*, pro *præcipienda*, & *d. l. pater dotem, D. de dot. præl.* Si non sit reddenda mulieri soluto matrimonio, puta ex conventione, veniet in divisionem, nisi filio sit prælegata, *l. quod si eo tempore, D. pro soc.* Ultimo quæro, quia superiora pertinent ad dotem datam socero, quid sit dicendum, si data fuerit marito ipsi, qui fuerit in potestate soceri, & non socero, & sit institutus à socero, *ut sup.* An erit locus præceptioni dotis, quæ non data est socero, an nulli præceptioni? Imo vero erit præceptioni locus pro modo ejus, in quo tenebatur socer actione de dote. Tenebatur autem de peculio, dote data filio ex contractu dotis, vel de in rem verso, vel etiam in solidum, quod jussu, si jussisset nurum dare filio, & id, in quod tenebatur socer, filius deducet præcipuum in actione familiæ erciscundæ, quod ostenditur etiam in *d. l. si filia, §. hoc amplius*.

Ad §. Videamus igitur, *quali incremento ei de rei uxoriæ actione accedente. formari decet ex stipulatu actionem. Cumque juris certi, atque indubitati sit, si parens virilem sexum ascendens, dote pro filia, vel nepte præstita emancipaverit eam, vel ipse decesserit, in rei uxoriæ actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamsi fuerit exheredata (quod non erat in ex stipulatu actione: ibi etenim velut aliæ actiones in omnes coheredes actio dividebatur) æquissimum nobis visum est, & in ex stipulatu actione mu-*

lierem

liceret dotem suam præcipuam accipere, etsi emancipata vel exheredata sit, vel cum aliis heredibus scripta.

Ad §. *Quo à nobis recepto, & aliæ multæ species promptum acciperunt exitum, cum dos possit, & de inofficioso actionem excludere (maxime si sufficit ad quartam) & in collationem ferri, si intestatus paterfamilias decesserit, & testamento facto, quando hoc testator dixerit, quæ omnia ex stipulatu actio à rei uxoriæ actione accepit.*

JUstinianus docuit supra ex iis; quæ propria erant actionis ex stipulatu de dote repetenda, quæ retineret, & ex iis, quæ erant communia utriusque actionis: ab hoc §. incipit docere ex iis, quæ erant propria actionis rei uxoriæ, quæ transfuderit in actionem ex stipulatu, qua sola vult repeti dotem. Ac primum quidem, quod inerat actioni rei uxoriæ, ut dos, quam dedisset, vel promisisset parens virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, ut pater, & avus paternus, cui soli in liberos potestas est, & ut ait Leo in Novell. 25. *solius virilis personæ in potestate esse filium dici*: filiusfamilias respondet tantum masculo parenti, non parenti fœminini sexus, ut matri, non parenti virilis sexus per fœmininum cognatione juncto, ut avo materno: Nam iis parentibus in liberos nulla est potestas (Parens igitur per virilem sexum ascendens, ut loquitur in hoc, & inst. §. *extraneum*,) ut dos, quam is dedisset, aut promisisset pro filia, vel nepte, eam filia, vel neptis sibi haberet titulo præcipui, non tantum judicio familiæ erciscundæ heres scripta ex parte adjectis coheredibus, sicut dotem uxoris suæ patri datam filius præcipuam retinet ex parte heres scriptus in §. præcedenti. Ut igitur eam dotem pro se datam ab eo parente filia, vel neptis præcipuam retineat, non tantum heres scripta ex parte, sed etiam emancipata, & exheredata, quæ est sententia hujus §. Emancipatam sequitur peculium, si non adimatur nominatim. Et dos igitur multo magis, quoniam dos magis est in bonis filiæ, quam peculium. Emancipatum, ut dixi, tacite sequitur peculium, si non ademptum sit nominatim, *l. donationes*, §. *pater*, D. *de donat.* Sicut etiam manumissum, vel manumissam vindicta, manumissum inter vivos quoquomodo tacite sequitur peculium, si non sit ademptum, non etiam manumissum testamento: nam manumissum testamento non sequitur peculium, nisi sit relictum nominatim, nec satis est non esse ademptum, ut sequatur testamento manumissum, §. *peculium*, *Instit. de legatis*, *L. 1. inf. de pecul. ejus, qui lib.* Cedo rationem differentiæ, cur manumissum inter vivos peculium sequitur, non manumissum testamento? Vix possunt vulgo explicare rationem differentiæ, quam tamen perspicuum est esse talem, quia magis liberalis est qui vivus, quam qui moriens manumittit: namque moriens, non tam sua sponte manumittit, quam necessario, & relinquit potius, quam dat libertatem, utique non manumissurus, si viveret. Denique plenior est voluntas manumittentis inter vivos, quam mortis causa, plenius est beneficium illius, quam istius manumissoris, quia & liberalitas major in illo, quam in isto manumissore. Eadem distinctio non adhibetur in emancipato, quia omnis emancipatio fit inter vivos; nusquam invenies emancipationem fieri testamento, certe non ejus, qui morte parentis sui juris futurus est, id est, ridicula esset emancipatio facta testamento, atque adeo collata in tempus mortis, si filium testatoris mors patris sui juris factura est; sed aliquo casu posset emancipatio ejus, qui est in potestate, testamento facta videri non inutilis, ut si avus nepotem ex filio post mortem suam recasurum in potestatem filii, jubeat esse liberum, nec recidere in potestatem filii, sed tamen nusquam invenies emancipationem fieri testamento, ut non invenies adoptionem fieri testamento, non invenies curatorem dari testamento, hæc non fiunt jure in testamentis, nec in 12. tabulis, ex quibus pendet jus, & origo testamentorum, legandi verbum hæc complectitur. Sed tamen sicut adoptio facta testamento, licet non sit jure facta, potest confirmari, ut docet *obser. 7.* Ac similiter curator datus testamento, licet non sit jure datus, potest confirmari: sed necessaria est confirmatio, alioquin non erit curator in *tit. de confir. tut.* Ita non dubito quin emancipatio facta testamento possit confirmari, ut si avus, ut ante dixi, nepotem recasurum in potestatem filii vetet recidere, & jubeat fieri sui juris post mortem suam. Et ita emancipatio facta testamento, erit strictius accipienda, quam emancipatio jure perfecta inter vivos, exemplo manumissionis, id est, emancipatum testamento non sequetur peculium, nisi relictum sit nominatim. Verum ita argumentor: Si emancipatum peculium sequitur, quod non est ademptum, & dos igitur. Nam peculium potest adimi nuda voluntate, *l. non statim*, *D. de pecul.* Dos semel constituta filiæ non potest adimi, *Novell. 97. de æqual. dot.* Dos à patre profecta est vere proprium patrimonium filiæ, adeo ut negetur esse in bonis patris, & dicatur magis esse in bonis filiæ, *l. 4. D. de collat. bonor. l. pater, D. ad leg. Falcid.* & dotis semel constitutæ nomine, quasi rei filiæ propriæ, & pleno dominio lis possit esse cum patre, licet in ejus potestate sit filia, sicut lis potest esse de quasi castrensi peculio, vel castrensi. Ita ex dote licet sit profecta à patre in *l. denique*, §. *ergo*, *D. de minorib.* Peculium est quasi patrimonium filii, vel filiæ, vel servi, *l. peculium*, & *l. hinc quæritur*, *D. de pec. l. 2. D. de statuliber.* Marcus Tullius in Prætur. Urb. ait vivos parentes cum filiis bona partiri: hoc fit vel dando in dotem, vel dando in peculium; quod in dotem, patrimonium est, quod in peculium, quasi patrimonium. Si igitur emancipatum sequitur peculium, & dos multo magis. Collectio est necessaria: etiam additur in hoc §. dotem sequi exheredatam filiam, nam exheredatio excludit tantum bonis paternis, excludit etiam lucris nuptialibus, *Novell. 22.* excludit beneficio *l. hac edictali*, *l. ult. sup. de sec. nupt.* non spoliat dote, quæ filiæ nunc esse videtur potius, quam patris, id est, quæ jam non intelligitur esse in bonis paternis. Hoc vero, ut dixi, juris obtinuit in rei uxoriæ actione. Justinian. in hoc §. transfert in actionem ex stipulatu, ut scilicet, sive filia sit heres scripta ex parte, sive emancipata, sive exheredata, dotem pro ea datam à patre, qui eam scripsit heredem, vel emancipavit, vel exheredavit, retineat præcipuam, solaque ejus dotis repetitionem habeat actione ex stipulatu, quæ tamen hoc non admittebat olim: Nam actio ex stipulatu de dote, si filia heres fuisset scripta ex parte, dividebatur inter coheredes pro portionibus hereditariis, sicut & alia quælibet actio dividi solet inter eos, & exheredata dote spoliabatur, dotis repetitione nimirum competente solis heredibus scriptis. Hoc emendat Justinian. hac in re natura actionis rei uxoriæ transfusa in actionem ex stipulatu, & hoc unum est, quod ex illa actione transfert Justinian. in actionem ex stipulatu. Sequitur aliud in §. seq. ut scilicet exheredata dotem à patre pro ea datam, etiam in actione ex stipulatu hodie, sicut olim in actione rei uxoriæ, imputet in quartam legitimæ partis, si tres sint filii in quartam tertiæ partis omnium bonorum, id est, in unciam. Hodie ex *Novell. de tri. & semiss.* in tertiam partem legitimæ partis debitæ ab intestato, si sint quatuor filii vel in pauciores, vel in dimidiam legitimæ partis, si sint plures. Et ideo ut exheredata excludatur à querela inofficiosi testamenti, satis est, si dos, quam pro ea dedit pater, sufficiat portioni legitimæ portionis. Nam dos imputatur in legitimam, quod tamen olim non obtinuit, neque enim dos imputabatur in legitimam, *l. 1. & 2. C. Gregor. de inoff. test.* optima ratione, quia vivente patre dos à paternis bonis separatur, & fit proprium patrimonium filiæ. Legitima autem filiis debetur eorum tantum bonorum, quæ morientis fuerunt, *l. cum quæritur*, *sup. de inoff. test.* hodie & dos, & donatio propter nuptias imputantur in Falcidiam, *l. quoniam*, *sup. de inoff. test.* & in hoc §. hac ratione, quæ refellit antiquam rationem, quia præsumitur justa, & legitima

præ-

præsumptione, id est, quia præsumit lex dotem, vel donationem propter nuptias liberis dari contemplatione debitæ portionis. Alioquin non inducta hac præsumptione propter rationem juris veteris, iniquum esset, eam imputari in legitimam, sed præsumimus datam contemplatione legitimæ, & quasi mortis causa, ut in lege 3. §.penult. D. de bon. lib. Donatio autem directa, quæ non fit propter nuptias, non imputatur in legitimam, nisi hac conditione facta sit nominatim, ut imputetur in legitimam, l.si non mortis, ff. de inoff. test. l. si quando, §.& generaliter, sup. de inoff. test. Et valde est notanda definitio l.pen. inf. de coll. bon. ea tantum imputari in legitimam, de quibus legibus specialiter expressum est, ut imputentur in legitimam. Hæc regula valde coarctat imputationes in legitimam, ut plane non liceat nobis nostris interpretationibus aliud quidquam imputare in legitimam, quam quod specialiter tantum legibus expressum est. Et reperio hæc tantum expressa legibus, quæ imputantur in legitimam liberis, hereditatem, legatum, fideicom. mortis causa donationem, dotem, donationem propter nuptias, casum militiæ pecunia parentis comparatæ, & donationem directam factum ea lege, ut imputetur in legitimam, quod patet ex l.quoniam, & l.omnimodo, §. ult. & l.si quando, §. & generaliter, sup. de inoff. test. l.Papin. §.si quis mortis, & l.si non mortis, ff. eod. Et hæc brevis distinctio est valde notanda, cui addamus etiam aliam ex h. §. quodcunque imputatur in legitimam conferri etiam fratribus, Gall. rapporter, id est, commisceri bonis paternis, ut omnia simul ex æquo dividantur inter fratres. Quodcunque igitur imputatur in legitimam, etiam confertur, l.pen. inf. de coll. sed non è contrario. Nam non omne, quod conferri oportet, atque tribui in commune, etiam imputatur in legitimam, d.l.pen. Ergo in hoc proposito filia conferet dotem, si velit succedere cum fratribus in bonis paternis ab intestato, nisi scilicet id vetuerit pater, ne conferret dotem à se profectam, l.ex parte, §.intestato, ff. famil. ercisc. recte ab intestato: Nam si filia ex testamento patris succedat cum fratribus jure veteri, quod diu obtinuit etiam tempore Justiniani, non est collationi locus, id est, titulus de collationibus non pertinet ad successiones testamentarias, nisi nominatim parens præceperit, si vellent filii sibi ex testamento heredes esse pro partibus eis adscriptis, ut bonis paternis commisceant bona sua, atque confundant, atque deinde dividant omnia pro portionibus testamento adscriptis, alioquin ex testamento non est collatio, l.1. & 7. inf. de coll. l.ult. sup. com. utr. jud. Verum hoc Justin. cum aliquando probasset, postea improbavit Nov. de triente, & sem. ut succedentes ex testamento fratres conferrent bona propria in commune, si vellent frui paternis ex testamento, nisi testator id prohibuisset. Ad summam igitur, sive fratres veniunt ab intestato, sive ex testamento, debent conferre quæ sunt collationi subjecta. Castrense enim peculium, vel quasi castrense non conferunt. Ergo tantum, quæ solent conferri, conferre debent, nisi testator id prohibuerit.

Ad §.Accedit ei *& alia species ab rei uxoriæ actione. Si quando enim extraneus dotem dabat, nulla stipulatione, vel pacto pro restitutione ejus in suam personam facto: quisquis is fuerat, mulier habebat rei uxoriæ actionem: quod antea in ex stipulatu actione non erat. Stipulatione autem, vel pacto interposito, stipulator, vel is, qui paciscebatur, habebat vel ex stipulatu, vel præscriptis verbis civilem actionem. In præsenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc præsumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex hujusmodi casu accedat. Neq; enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse: ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur. Imo magis in hujusmodi dotibus, quæ ab extraneis dantur (vel promittuntur) ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem: nisi expressim (extraneus) sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus: cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod jus servasse extraneus non stipulando videatur.*

Ad §.Extraneum *autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem, & in potestate dotatam personam (non) habentem. Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.*

Ad §.Et hoc ex rei uxoriæ *actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum: si quando etenim post dissolutum matrimonium dos à patre ejus petebatur, si quidem rei uxoriæ fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiæ suæ agere: & si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, & filis contestata esset, ad filiam, quasi proprium patrimonium dos revertebatur: quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim & solus actionem habebat, consensu filiæ non exspectato: & si decedebat, ad suos heredes transmittebat, sed rei uxoriæ jus & in stipulatu actionem transponere, satis humanum, satis pium, satis utile matrimoniis est.*

Hi tres §§. pro uno habentur, quia scilicet de una re sunt. In hoc autem §.accedit, proponitur alia species, in qua etiam, quod erat proprium actionis rei uxoriæ transfertur in actionem ex stipulatu. Ac species hæc est de divortio facto bona gratia, vel culpa viri, non mulieris, & muliere vivente post divortium, tempore repetendæ dotis, cui competat repetitio dotis. Muliere mortua in matrimonio, non divortio facto, dictum est sup. in §.illo: cui post divortium muliere mortua in §.maneat, cui post divortium muliere viva in h. §. explicatur. Et quod de hac specie constituitur, id etiam dictum intelligemus de matrimonio soluto morte viri: post divortium factum, ut dixi, bona gratia, vel culpa viri, si mulier vivat, & sui juris sit, sola repetit dotem actione rei uxoriæ, l. si cum dotem, §.eo autem tempore, & l.Titia, ff. sol.matr. l.pater, ff. de evict. nec interest adventitia dos fuerit, an profectitia. Quod si mulier in potestate patris, communis est actio patris, & filiæ, quia scilicet pater non agit recte actione rei uxoriæ, nisi adjuncta persona filiæ, id est, volente, & consentiente filia, in l.Titia, §.qui invita, ff. de leg.2. l.pater filiam, ff. ad leg.Falc. l.qui hominem, §.si gener, ff. de solut. l.2. l.filiæ inf. sol. matr. l.2. §.1. & l.3. ff. eod. tit. Quod etiam verum est indistincte, sive dos sit adventitia, sive profectitia, tam veteri, quam novo jure. Nam hodie non tantum ex causis profectitiis, sed etiam ex causis adventitiis communes sunt actiones patris, & filiæfam. vel filii, l. ult. §. ubi autem, & §. & filius, inf. de bon. quæ lib. acq. Pater exercet omnes actiones, etiam descendentes ex causis adventitiis, adhibito tamen consensu filiifam. vel filiæ. Igitur etiam hodie repetitio dotis adventitiæ divortio facto, est communis patris, & filiæfam. imo & dos ipsa adventitia olim erat communis patris & filiæfam. cum ante Justin. etiam adventitia bona per filium quæsita, aut filiamfam. pleno dominio pertinerent ad patrem. Hodie ex constitutione Justin. id est, d. l. ult. differentia est inter dotem profectitiam, & dotem adventitiam. Nam dos quidem profectitia est communis patris, & filiæ, necdum actio: Dos autem adventitia, & generaliter omnium bonorum adventitiorum solus ususfructus ad patrem pertinet. Ergo dos adventitia hodie est filiæ propria jure dominii, non communis patris & filiæ, quia ususfructus, quem habet pater in bonis adventitiis, non est pars dominii, id est, proprietatis, sed servitutis species, l. recte dicimus, D. de verb. sign. Ergo bona adventitia non possunt dici communia cum patre. Dos adventitia non est communis patris, & filiæ, licet repetitio dotis adventitiæ utrique competat, id est, patri, adjuncta filia. Ac propterea forte in l.2. §.1. ff. sol. matr. à Triboniano scriptum est tantum de dote profectitia nominatim, eam esse patris, & filiæ, id est, communem, quia scilicet hodie dos adventitia est solius filiæ, solo usufructu nimirum patri concesso. Ergo secundum naturam rei uxoriæ actionis, si mulier erat in potestate

patris

A patris divortio facto, nt dos qualiscunque jure veteri profectitia, vel adventitia; ita actio communis erat patris, & filiæ. At inde quæro. Quid si post divortium moriatur pater? si filia moriatur post divortium, quid sit dicendum? explicatum est in *§. maneat.* Sed non dixi qnid si pater moriatur post divortium: sola filia agit rei uxoriæ actione, non heres patris. Igitur etiamsi sit exheredata, nt in *§. videamus, sup. & inf. §. & hoc ex rei uxoriæ:* sola, inquam, filia mortuo patre post divortium, etiam exheredata agit de dote, quasi morte patris sui juris effecta. Et hoc obtinuit ita in rei uxoriæ actione, Ulp. *lib. reg. tit. de dot.* dum ait: *si mulier sit in potestate, patrem adjuncta filiæ persona habere actionem revera.* Quid hoc est *revera*? Ausim omni alleveratione contendere, pro *revera* esse legendum *rei uxoriæ*, errore nato ex notis. Pa-
B trem igitur adjuncta filiæ persona habere actionem rei uxoriæ, nec interesse dos fuerit adventitia, an profectitia. Idem vero non obtinuit in actione ex stipulatu: nec enim patri, aut mulieri erat ad repetendam dotem divortio facto actio ex stipulatu, nisi stipulatio reddendæ dotis initio intervenisset, & patri, qui stipulatus erat dotem sibi reddi in casum divortii, soli competebat actio ex stipulatu, non adjuncta persona filiæfam. & moriens eam actionem transmittebat ad heredem suum. Hoc patet satis ex *§. & hoc ex rei uxoriæ actione.* Hodie autem ex hac constitutione transfusa potestate rei uxoriæ in actionem ex stipulatu, & pater stipulatus præsumitur, & mulier. Data, est tacita stipulatio & patri, & mulieri justa præsumptione: primum quidem mulieri, si extraneus, qui pro ea dotem dedit, stipulatus, vel pactus
C non sit eam sibi reddi, aliter quam si sit stipulatus, vel pactus dotem sibi reddi, quæ dos dicitur receptitia; si inquam non sit stipulatus, vel pactus, ipsa mulier stipulata præsumitur tacito intellectu, & extraneus, qui dotem sibi non recepit, eam mulieri donasse intelligitur, nt ait in hoc §. & probat etiam *l. ult. sup. de jur. dot.* & *lex ex morte, in fin. tit. seq. l. si cum dotem, in princ. ff. solut. matr. l. si cum Cornelius, ff. de sol.* Et est hac in re, ut alias dixi, differentia inter extraneum, & patrem dantem dotem pro muliere. Nam pater recipit sibi dotem stipulatione tantum, non pacto, initio dandæ dotis: Nam stipulatio interposita ex intervallo sine voluntate filiæ, inutilis est, *l. cum dos, ff. de pact. dot.* Quin & interposita stipulatio à patre statim his verbis concipi debet, *voluntate filiæ dotem mihi reddi*, ut quomodo solvitur, redditurqne dos patri, scilicet voluntate filiæ di-
D vortio facto, & dos qualiscunque, eodem etiam modo promittatur. *l. 2. §. 1. ff. sol. matr.* In extraneo autem recipiente dotem, quam dedit pro muliere sufficit pactum. Et proponitur hæc differentia in *l. 6. sup. de jur. dot.* cujus rationem attuli ante in *§. illo proculdubio.* Ergo extraneus recipit sibi dotem stipulando, vel paciscendo, non ex intervallo, sed vel initio dotis dandæ, ut in *d. l. cum dos*, vel initio promittendæ dotis, ut in *l. ex morte, inf. tit. seq.* Illo loco, *tempore oblationis, vel promissionis*, ubi *oblationem* vocat, quam ante dixit *dationem offerre, & dare*, idem est in ea lege, & alibi sæpe. Ergo extraneus dationis tempore, vel promissionis recte sibi dotem recipit stipulando, vel paciscendo, non alio tempore. Et ita in venditione, non tantum ea pacta insunt, & proficiunt ad agendum, quæ fiunt tempore venditionis, sta-
E tim, sed etiam, quæ fiunt tempore traditionis, *l. si binarum, ff. de serv. urb. præd. l. in traditionibus, ff. de pact.* Nam traditio veluti alius contractus est. Et male gl. hoc loco dotem fieri ex promissione: nam fateor promissionem dotis esse contractum. Etiam addo, dationem dotis esse contractum: sed datione sola dico fieri dotem, necdum promissione, nam res desiderat naturalem traditionem. Non est igitur dos, si eam promisero tantum, vel dixero, vel pollicitus fuero, sed si tradidero, *l. 5. ff. sol. matr. l. dotales, §. dotale, ff. de fund. dot. l. si socius, ff. pro soc.* Et ita peculium non constituitur voluntate nuda, sed traditione, *l. non statim, ff. de pecul.* Nuda voluntate adimitur peculium, traditione sola constituitur. Et dos æque sola traditione constituitur, non promissione. Ex pacto autem, quo extraneus sibi dotem recepit tempore dationis, vel promissionis, ut ostenditur in h. §. atque etiam in *l. 6. sup. de jur. dot.* extraneo datur actio præscriptis verbis: *pactum*, inquit *l. 6. constituit actionem præscriptis verbis* .i. format, videlicet, quod ex continenti sit adjectum traditioni dotis: per se quidem pactum non parit actionem, sed quod adjicitur negotio civili format actionem, quæ ex eo negotio nascitur. Hic autem gestum est civile negotium, *do ut reddas, do tibi dotem, ut divortio facto eam mihi reddas.* Hæc conventio facta hac lege, *ut reddas*, quia datione sumpsit effectum, non pacti tantum nomine censetur, sed contractus. Et contractus hujus ratione ex pacto ei apposito datur actio præscriptis verbis, quæ nascitur ex negotio *do ut reddas*. Et ita est accipiendum, quod dicitur ex pacto dari præscriptis verbis actionem, nempe actionem contractus, cui pactum legem dedit ex continenti. Sed si ille extraneus, neque pactus sit, neque stipulatus dotem sibi reddi mulieri sui juris, est actio ex stipulatu tacito, vel patri ejus ea consentiente. Nam ut ait in *§. extraneum*, non tantum filiæ, sed etiam patri data est stipulatio tacita, non etiam extraneo. Dos enim non est receptitia, nisi extraneus nominatim eam sibi receperit stipulatione, vel pacto. Deniq; stipulatio tacita data extraneo non est, sed patri, aut filiæ data est: Igitur tantum in gratiam mulieris excogitata est favore dotis. Non est ergo extraneo etiam danda stipulatio tacita in perniciem mulieris, contra dotem, juxta definitionem, & regulam *l. nulla ratio, ff. de leg.* Alioquin extraneus excluderet mulierem, perinde atque si dotem specialiter sibi recepisset, quia eadem vis est tacitæ, & expressæ stipulationis. Inane igitur esset beneficium tacitæ stipulationis, quod mulieri datum est. Porro extraneum, ut ostenditur in h. §. dicimus omnem, qni mulierem in potestate non habet, etiam matrem, & avum maternum, ut in *l. ult. §. simili, sup. de jur. dot.* Nam patri, qui mulierem habet in potestate, ut dixi, datur tacita stipulatio dotis cujuscunque repetendæ, sicut olim ei erat dotis cujuscunque actio rei uxoriæ divortio facto, adjuncta tamen persona filiæ. Et si moriatur pater ante repetitam dotem adjuncta filia, vel etiam litem contestatam adjuncta filia, non transfert eam actionem in heredem suum, sed sola filia agit, ac dotem persequitur etiam exheredata, quasi proprium patrimonium, ut ait in *§. & hoc.* Et hoc quidem divortio facto: nam mortua filia in matrimonio, nihil interest, quod ad profectitiam dotem attinet, pater habeat filiam in potestate, necne, ut in *l. pater, ff. de evict.* Nam etsi filia sit emancipata, dos profectitia revertitur ad patrem mortua filia in matrimonio, tametsi pater non fuerit stipulatus dotem sibi reddi in eum casum. Non igitur remanet apud maritum, non transfertur in heredem mulieris, sed hoc uno casu, id est, filia emancipata mortua in mattimonio, non divortio facto, dos perfectitia revertitur ad patrem, vel si pater non sit, ut si præmortuus sit, id est, antequam filia moreretur in matrimonio, olim dos remanebat penes virum, hodie transfertur dos, id est, repetitio dotis in heredem mulieris, ex *§. illo proculdubio.*

Ad §. Et cum lex Julia *fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri à marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat hujusmodi sanctionem, non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus: sufficiens habet remedium mulier, & si maritus fundum alinare voluerit. Sed ne & consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est, & in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare, nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare: ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. Licet enim Anastasiana lex de consentientibus*

tibus mulieribus, vel suo juri renuntiantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium, & periculum mariti est. In fundo autem non æstimato, qui & dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum, atque in omnibus effusum, non tantum Italicis, & sola hypotheca conclusum.

Ad §. Illud etiam generaliter *præsenti addere sanctioni necessarium esse duximus, ut si qua pacta intercesserint, vel pro restitutione (dotis) vel pro tempore, vel pro usuris, vel pro alia quacunque causa, quæ nec contra leges, nec contra constitutiones sunt, ea observentur. Sin autem repudio matrimonium fuerit dissolutum, omnia jura, quæ ex Theodosiana, vel nostra lege descendunt, immutilata custodiantur. Similique modo ea, quæ Anastasiana lege pro his, quæ bona gratia separantur, enumerata sunt, firma, illibataque permaneant. Et generaliter quicquid sacratissimis constitutionibus, vel libris prudentium cautum est, quod non contrarium huic legi inveniatur: & hoc in sua maneat firmitate, & ex stipulatu actioni aggregetur: licet in re uxoria tractatum est. Quæ omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quæ post hanc legem datæ fuerint, vel promissæ, vel etiam sine scriptis habitæ, instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, sed suum exspectare eventum.*

HActenus explicata sunt jura, quæ habet actio ex stipulatu de dote recuperanda, & quæ duxit partim ex natura stipulationis propria, partim ex natura rei uxoriæ actionis. Sunt alia ex iis, quæ utriusque actionis communia erant, quædam ex hac constitutione nova, veluti ut doti reddendæ, quæ in rebus mobilibus, tam animalibus, quam iis, quæ anima carent, vel quæ in rebus incorporalibus consisterent, marito, heredive ejus detur annus explicandæ pecuniæ gratia, quia plerunque earum rerum pretia reddi solent, si manente matrimonio alienatæ, vel manumissæ fuerint. Nunc peracta omni ista actionum inter se comparatione, alia tradit de jure dotium, & primum de fundo dotali non alienando quod cautum est lege Julia, eadem scilicet l. Julia, quæ, & de pudicitia lata est, & de adulteriis, ut est in 2. *Sentent. Pauli tit. de dotib.* Et legis sententia hæc est, ut sit hac in re differentia inter alienationem, & obligationem fundi dotalis, ut possit scilicet alienari fundus dotalis volente muliere, obligari autem non possit, nec volente muliere. Est etiam differentia hac in re secundum legem Juliam inter prædia Italica, & prædia provincialia, ut proponitur in §. 1. *Instit. quib. al. lic. vel non*, ut scilicet fundus dotalis Italicus non possit alienari invita muliere, ut possit alienari consentiente muliere. Provincialis autem fundus dotalis ne consentiente quidem muliere possit alienari, quia hæc prædia olim non erant res mancipi, id est, non veniebant in mancipatum sive mancipationem, quod est justum alienationis genus, sed sola prædia Italica mancipari poterant. Lex Julia loquitur de fundo, quo nomine significatur prædium rusticum tantum: sed eodem jure utimur in ædibus dotalibus, quod est prædium urbanum. Et ita lege 12. *tab.* quæ jubet usum, & auctoritatem fundi, id est, usucapionem fundi esse biennium, utimur, aut utebamur ante Justinianum etiam in ædibus, licet hac l. 12. tab. ædes non appellentur, sed fundus tantum, ut M. Tullius explicat in Orat. pro Cæc. Item lex Julia intelligitur de fundo dotali inæstimato: nam æstimati alienatio prohibita non est, cujus dominium, & periculum omnimodo pertinet ad maritum emptionis jure, adeo ut evicto fundo ei competat adversus mulierem actio ex empto de evictione. Marito igitur æstimati fundi dotalis (cum nec sit proprie dotalis, nisi qui inæstimatus est) alienatio non est prohibita; addo, etiamsi postea convenerit, ut is ipse fundus restituatur soluto matrimonio, non æstimatio. Hic enim fundus etiam in provinciis alienari potest volente muliere, voluntas mulieris exigitur propter posteriorem conventionem, ut non æstimatio, sed ipse fundus redderetur, quæ si non esset interposita, posset vir æstimatum fundum alienare etiam invita muliere. Et hoc ostenditur in *l. ult. ff. de pact. dot. l. æstimatis, ff. sol. matr.* Et ita hoc casu fundi dotalis initio quidem æstimati, sed postea pactione quodammodo ea æstimatione retractata, qua placuit eundem fundum restitui, ejus, inquam, fundi nihilominus alienatio valet facta volente muliere: cum tamen regulariter ex l. Julia non valeret alienatio fundi dotalis in provinciis, ne volente quidem muliere. Ac præterea in lege Julia fundi nomine intelligitur res soli, ut est in supradicto loco *Inst.* non superficium, quod solo inædificatum est. Et ut recte notant Græci interpretes ex *l. si ex lapidicinis, ff. de jur. dot.* quæ hoc probat evidenter, est hac in re aliqua differentia inter rem soli, & rem immobilem. Domus est res soli, cujus duæ sunt partes summæ, solum, & superficies, *l. cum, qui, ff. de usucap.* Domus igitur est res soli, superficium autem est res immobilis, non res soli: non est *ἐδαφικὸν πρᾶγμα*, non est res solaris: Ideo superficii dotalis venditio valet volente muliere facta, *d. l. ex lapidicinis*: quia scilicet venditio superficii, & traditio non est proprie alienatio. Alienatio est, quæ dominium mutat, *l. 1. inf. de fun. dot.* Superficiarius non est dominus, sed quasi inquilinus, *l. in provinciali, §. pen. ff. de novi op. nunt.* Et hic etiam casus valde notandus est de superficio. Eadem lex Julia prohibuit pignerationem fundi dotalis Italici, etiam volente, & consentiente muliere, ut attigi initio. Igitur alienationem non prohibuit consentiente muliere. Obligationem prohibuit etiam consentiente muliere. Et ratio diversitatis hæc est, quia facilius mulier consentit obligationi fundi dotalis, quam alienationi. Nam obligatio non mutat dominium rei, & nimiam facilitatem lex refrenare voluit. Nam ita SC. Vellejanum opitulatur mulieri obligatæ pro alia, non donanti: quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. ff. ad SC. Vell.* Et hæc de l. Julia. Hodie ex hac constitutione sublata est differentia locorum, Italiæ scilicet, & provinciarum, sublata differentia inter alienationem, & obligationem, quam inducebat lex Julia: ne consentiente quidem muliere fundi dotalis alienatio, vel obligatio permittitur. Hæc est generalis determinatio Justin. *ne*, ut est in Instit. *fragilitas sexus in perniciem substantiæ suæ convertatur*: Et ut ait hoc loco, *ne fragilitate naturæ suæ facile consentientis, in repentinam deducatur inopiam*, quæ omni sexui est pene cautio prima, & debet esse non privatis tantum, sed etiam civitatibus, ne fragilitate mentis, & imbecillitate animi in repentinam deducantur inopiam, ne faciles, & leves animis dedant se, & sua. Idem vero quod dicimus de fundo dotali, porrigitur etiam ad fundum donatum propter nuptias, nam & hic quasi dotalis fundus est, & dotis nomen habet contrariæ, sive mutuæ, & reciprocæ. Ita etiam alio sensu dicitur fundus dotalis in *l. 7. & 13. C. Th. de pistor.* scilicet fundus, qui est obligatus pistrino, & corpori pistorum, ita ut non possit transferri in jus externum: is fundus dotalis, dicitur fundus pistrini dotalis, & dos pistrini, nec ejus etiam est alienatio extra corpus pistorum. Et his, quæ statuimus cum de fundo dotali, tum de fundo donato propter nuptias, ut ejus neque obligatio sit permissa, neque alienatio, etiam consentiente muliere: addenda est una exceptio, ad quam pauci animadverterunt *ex Nov. 61.* Ut si mulier consenserit alienationi fundi dotalis, vel obligationi semel, vel etiamsi maritus obligationi fundi donati propter nuptias, vel alienationi consenserit semel, & mulier consentiat iterum post biennium, ita ut appareat certo animi judicio, eam initio consensisse alienationi, vel obligationi, ut tum rata sit alienatio, vel obligatio, si ex aliis mariti bonis mulieri satisfieri dotis nomine possit, ex *d. Nov. 61.* Data autem est mulieri, ut docuit hæc constitutio in princ. pro fundo dotali, & pro dote tota, quacunque in re consistat tacita hypotheca, & in rebus ipsis dotalibus, & in omnibus rebus mariti ipsius, & beneficio tacitæ hypothecæ, alienatum, vel obligatum fundum:

dum dotalem, etiamsi ipsa consenserit, vel quo is fundus ei salvus sit, bona omnia mariti persequi potest, nec si consenserit alienationi, vel obligationi, tacita hypotheca solvitur, qua ei nexus est fundus dotalis, juxta *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Nam ut ostenditur in *h. §.* etiamsi ex constitutione Anastasii, id est, ex *l. jubemus, sup. ad Vell.* remissio hypothecæ neque infirmetur S. C. Vellejano, quod non intelligatur esse intercessio, neque jure civili, id est, 12. tabulis, quo inter virum & uxorem donatio, vetita est, quod remissio hypothecæ non sit donatio, ut plenius ostendi initio hujus l. tamen in hac parte mulier remittendo legitimam hypothecam, quam habet in fundo dotali, nihil agit, quam habet in aliis rebus mariti hanc jure remittit, non, ut dixi, illam, quam habet in rebus dotalibus. Et hæc distinctio est adhibenda *ad leg. jubemus, sup. de jure dot.* Et hæc omnia cum ita constituisset Just. in hoc §. tandem ita concludit. Hodie in fundo dotali inæstimato (qui proprie est dotalis) *jus manere perfectum, & effusum in omnibus terris, sublata differentia locorum: in omnibus terris,* inquit, *& non tantum Italicis.* Sequitur: *& sola hypotheca conclusum:* quæ verba sunt obscura, nisi *ἀπὸ κοινοῦ* repetas (non) ut sit hæc sententia, jus hoc obtinere in omnibus terris, & non tantum Italicis, ac rursus, jus hoc non sola hypotheca esse conclusum, quæ l. Julia ne volente quidem muliere consistebat: sed etiam alienatione, nam & hæc non valet ex hac constitutione, licet marito alienanti mulier consensum accommodaverit. Cætera sunt facilia. Justinianus in sequentibus probat primum pacta dotalia, quæ intervenerunt inter virum, & uxorem in dote constituenda, modo sint contra leges, aut constitutiones secundum regulam generalem *l. pacta, sup. de pact.* Contra leges est pactum si convenerit, ut dos redderetur longiore die, puta post biennium, aut triennium soluto matrimonio. Contra leges est, si convenerit ne omnino redderetur mulieri, id est, ut fieret indotata mulier, quod est contra utilitatem nubentium: contra leges est, si convenerit, ut maritus non præstet dolum in rebus dotalibus, imo turpis hæc pactio est: contra etiam leges, etiamsi convenerit, ut post moram, vel post tempus reddendæ dotis, usuræ majores legitimis præstentur, quæ pactiones omnes improbantur in tit. *de pact. dot. ff.* testatur deinde Just. se probare pœnas injusti repudii, comprehensas in *l. consensu, & l. ult. inf. de rep.* Se item probare divortia facta bona gratia, id est, communi, & nudo consensu, absque alia causa dissidii, quæ divortia probat in *l. si constante, inf. de repud.* & probavit aliquamdiu in *Nov.* 22. Improbavit tandem in *Nov.* 117. quo jure utimur. Et ad extremum Just. probat cætera omnia, quæ vel prudentes scripserunt de re uxoria, vel principes constituerunt, minime contraria huic constitutioni: ita tamen ut omnia ea jura transferantur in actionem ex stipulatu: Et quod est plerunque commune omnium LL. & constitutionum, ut pertineant ad futura, non ad præterita, *l. 7. sup. de legibus.* Qua re dicitur judex distare à lege. Nam judex statuit de præteritis, ut est in partition. orat. Lex de futuris. Igitur ait eodem modo hanc constitutionem tantum pertinere ad dotes post eam constitutionem datas, vel promissas, scriptas, vel non scriptas, nam dos exigit scripturam.



AD TITULUM XIV.

DE PACTIS CONVENTIS TAM SUPER DOTE; QUAM SUPER DONATIONE ANTE NUPTIAS, ET PARAPHERNIS.

UT in libro quarto proposito contractu emptionis, & venditionis, & actionibus, quæ ex eo nascuntur, subjicitur de pactis inter emptorem, & venditorem compositis, id est, de pactis conventionis in ipsa emptione, & venditione, aut in traditione rei venditæ, & merito subjicitur titulus de pactis, quod soleant pacta formare contractus, & actionem ex contractu, quod soleant dare legem contractui, & perinde efficere, ut certa contractuum forma à nobis non possit constitui, quoniam eam quisque contractus habet formam, quam accepit ex pactis: ita vero in hoc libro quinto proposito contractu dotis, & actionibus dotis, earumque explicata natura, & potestate, subjicit titulum de pactis conventis tam super dote, quam donatione ante nuptias, & paraphernis, vel quod Justinian. in fi. sup. tit. profiteatur, se servare pacta dotalia, quæ modo non sint contraria legibus, & constitutionibus. Et ex iis quidem pactis dotalibus jam ante diximus dari actionem præscriptis verbis ex *l. avia 6. sup. de jur. dot. & constitutione sup. §. accedit,* dari præscriptis verbis, veluti negotio ita gesto, do ut reddas, quod fit extraneo dotem dante pro muliere ea lege, atque pacto, ut scilicet reddatur quandoque soluto matrimonio. Non est extraneo, qui ita pactus est, actio rei uxoriæ, quæ nascitur ex contractu dotis, quia ipse dotem contraxisse non videtur, sed mulier, cujus nomine dotem dedit, id est, mulier dodem dedisse videtur, non extraneus, denique mulier contraxisse dotem. Mulieri igitur danda est actio rei uxoriæ, non extraneo. Non est etiam extraneo actio ex stipulatu, ut dos ei reddatur soluto matrimonio, nisi stipulatione sibi prospexerit, quia extraneo non est data tacita stipulatio, *d. §. accedit.* Et quod dixi supra, extraneum, licet dotem dederit, contraxisse non videri, probatur *l. 9. hoc tit.* Breviter extraneo danti dotem pro muliere ea lege, ut ei reddatur, non est eo nomine actio rei uxoriæ, vel ex stipulatione tacita ad dotem recipiendam, sed quasi ex novo negotio, novo genere contractus, qui nomine vacat, datur actio præscriptis verbis, ut vel dos reddatur in casu existente, de quo convenit inter extraneum, & maritum, vel ut præstetur id quod interest, quæ actio ut Thalelæus interpretatur recte appellatur condictio in *l. 1. hoc tit.* Condictio igitur, id est, actio præscriptis verbis, vel quæ concurrit cum ea semper, condictio certi, ut constat ex *l. naturalis, ff. de præsc. verb.* Et dicitur etiam in *hac l. 1.* utilis condictio, quia omnis actio præscriptis verbis est utilis, non directa: datur enim ad exemplum directæ, & civilis actionis, *d. l. naturalis.* Et in specie hujus *l.* datur ad exemplum rei uxoriæ actionis. Ex iis autem pactis dotalibus alia utilia sunt, alia inutilia. Inutilia, quæ contra leges, contra constitutiones, contra favorem dotium, contra utilitatem nubentium, quorum exempla supra exposui in *§. ult. sup. tit. prox.* Utile est pactum, si mulier cum viro paciscatur instrumento dotali, ut mulier fructus dotis percipiat, & se suosque alat, etiamsi dote data constante matrimonio ita paciscatur, quia hæc pactio non est donatio, quæ constante matrimonio non sit, sed est pensatio onerum, quæ mulier explicanda suscipit, quibusque relevat maritum, ideoque fructus illi quasi donati à marito non possunt repeti, & revocari, qui non sunt donati, sed pensati. Et ita est omnino explicanda *l. 2. hoc tit.* quod patet ex *l. 21. si quis pro uxore, §. ult. ff. de don. inter vir. & uxor.* Utile etiam pactum (ea vero tantum pacta tractamus, de quibus dubitari poterat, inutilia essent, an utilia) quod facit cum genero socer, ut mortua in matrimonio filia dos profectitia, quæ alinquin rediret ad socerum, remaneat apud virum, *in l. 6. hoc tit.* quia mulieris quidem conditio pacto deterior fieri non potest habito cum patre, vel muliere, ut si pacto spolietur dote, vel parte dotis, forte obtentu liberorum, morte viri soluto matrimonio, nam etsi existant liberi, dos integra est restituenda mulieri, nec ex pacto quicquam retineri potest pro liberis, quod dote spoliat mulierem superstitem: quæ est sententia *l. 3. hoc tit. & l. 2. l. Attilicinus, ff. de pact. dot.* Patris tamen conditio potest deterior fieri ex *d. l. 6. h. tit.* pacto à patre habito cum genero, ut mortua filia (nam si viva secus esset) dos profectitia remaneat apud virum: non etiam pacto habito à genero cum muliere, *l. cum dos, ff. de pact. dot.* quia non potest alte-

alteri per alterum iniqua conditio inferri, & multo minus patri per filiam. Et hoc quidem de pactis conventis super dote. Hic titulus est etiam de pactis conventis super donatione propter nuptias, de quibus est *l. 9. & pen. hoc tit.* ut scilicet quod attinet ad partem lucri, æqualis sit casus dotis, & casus donationis propter nuptias, de quo convenerit, ut *l. ult. §. sin autem, sup. de donation. ante nupt. Ex Nov. 97. de æqual. dot. & don. propter nuptias*, etiam æquales debent esse quantitates lucri, ut scilicet quantam summam mulier lucratur morte viri, veluti pro solatio ex donatione propter nuptias, tantum etiam ferat vir ex dote mortua uxore. Et partes igitur non tantum sunt æquales, quod vult *lex 9. & pen.* sed etiam hodie, ut summæ sunt æquales. Et observandum est in hoc tit. appellari donationem ante nuptias, quia nondum mutaverat Just. hanc appellationem: nam *l. ult. sup. de don. ante nup.* quæ donationem ante nuptias deinceps vult appellari propter nuptias, recentior est inscriptione hujus tituli. Et hæc de pactis super dunatione propter nuptias. Hic titulus est etiam de pactis conventis super paraphernis, id est, super iis, quæ mulier non dedit doti, sed sibi retinuit ex suis bonis, nec ut plerunque, commisit in potestate viri, quæ Gallico vocabulo à Latinis recepto etiam dicuntur peculium mulieris, id est, bona, quæ habet extra dotem, *l. si ego, §. dotis, ff. de jur. dot. l. donationes, §. species, de donationibus*, rheda, petoritum, convinni, vehiculorum genera, sunt Gallica vocabula, & à Latinis tamen recepta, & similiter peculium pro paraphernis: nam vulgo peculii longe alia significatio in *tit. de pecul.* De pactis habitis super paraphernis est *l. 5. 8. & ult. hoc tit.* ut inutile sit pactum instrumento dotali interpositum vice testamenti, ut mortua in matrimonio uxore, parapherna pertineant ad maritum: utile quidem est pactum, si ita convenerit de dote, ut mortua uxore dos cedat lucro mariti, *l. pen. ff. de pact. dot.* sed non de paraphernis, id est, cæteris bonis mulieris, quia pacto non defertur hereditas, & omnino extraneo non defertur hereditas sine testamento. Cognato tamen defertur sine testamento jure prætorio, vel civili ab intestato: Extraneo testamenti jure duntaxat, non pactionis: nam ea pactio, neque vim testamenti habet, neque codicillorum, *l. 5. h. tit.* Et improbum etiam est pacto constringere libertatem testandi, & supremæ voluntatis, *l. cum duobus, §. idem respondit, ff. pro soc.* Et additur in *l. 8. h. t.* nihil juris habere maritum in paraphernis, nisi eatenus quatenus concedit mulier. Et observanda est distinctio *legis de his, infra, de donation. inter vir. & uxor.* ut si mulier dederit parapherna marito, distinguamus, donandi animo dederit nec ne: Nam si donavit, & ea consumpsit maritus, mulier ea repetet, non solida, sed in quantum locupletior factus erit maritus: namque eatenus duntaxat marito donata repetuntur, id est, quatenus ipse factus est locupletior: sed si non donavit, integras res mulieri restituere compellitur, aut pretium earum, nec enim debuit consumere, quod sciebat esse alienum. Harmenopul. addit in 4. Epi. tit. *περὶ παραφέρνων*, id est, de paraphernis, maritum conventum de dote (quod scimus omnes) conveniri eatenus quatenus sufficiunt facultates, ne inops fieri periclitetur, quem mulier quondam dominum vocavit; sed si mulier cum eo agat de paraphernis, eum condemnari in solidum, non quatenus facere potest; quod valde novum est, nec potest defendi, nisi cum agitur de paraphernis, sive subreptis à viro, quo nomine vir tenetur actione rerum amotarum, *l. si ego, §. ult. ff. de jur. dot.* Et ita cum agitur rerum amotarum cum marito, *l. si rerum, ff. de re judic.* ait maritum condemnari in solidum, quia ex delicto actio est. Et ita mihi videtur explicandus locus ille Harmenopuli. Et notandum præterea ex *l. pen.* si in paraphernis sint nomina, id est, ut recte Justin. interpretatur in *l. ult.* cautiones fœneratitiæ, id est, calendaria, ut in *l. nomen, §. ult. de leg. 3.* Et similiter Hieronym. in Esaiam 53. *nomina, vulgo dictitant cautiones*, inquit. Si inquit, in paraphernis sint nomina, & instrumento dotali conscriptum sit, data esse nomina marito loco paraphernorum, hoc vim mandati habere, ut scilicet maritus exigat nomina. Et posse igitur maritum quasi procuratorem ea nomina exigere, easve actiones exercere, etiam non præstita satisdatione de rato, contra definitionem *l. maritus, sup. de proc.* quia constat satis de voluntate mulieris ex instrumento dotali, quo frustra esset scriptum nomina data marito, nisi ea posset exigere nomine mulieris, & exacta servare, & restituere mulieri, ab ea recepta securitate, id est, apocha, *ἀποδεῖξει*, ut Græci dicunt. Ubi autem constat de voluntate domini procurator non exigitur satisdationem dare de rato, ut in casu *l. ne satisdatio, D. ratam rem ha.* si fuerit voluntas domini apud acta insinuata, vel in casu *l. si procuratorem, ff. de procur.* si fuerit declarata literis ad adversarium scriptis, quibus duobus casibus est adjungendus tertius *l. ult. hoc tit.* Neque tamen existimandum est, constante matrimonio agi posse ex ea causa cum marito actione mandati, quæ est famosa, & constante matrimonio famosis judiciis mariti invicem non confligunt, in *l. 2. inf. rer. amotar.* Sed datur actio in factum exactæ pecuniæ recipiendæ gratia. Nec illud est omittendum ex eadem *lege ultima*, nomine paraphernalium rerum mulieri tacitam datam hypothecam, nisi ipsa specialiter alia sibi caverit hypotheca. Et præterea ut in rebus dotalibus servandis præstat maritus dolum, & culpam, *l. etiam, §. 1. & l. in his rebus, ff. sol. matrim.* ita etiam in paraphernis. *In paraphernis*, inquit, *præstat dolum, & diligentiam:* diligentiæ nomine ex adverso intelligitur culpa, ut in *l. contractus, ff. de reg. jur.* In his etiam venire diligentiam, id est, exactissimam diligentiam, ut vel levis culpa coargui possit, & reprehendi. Et hoc si parapherna commissa sint marito, non uxori, *d. l. si ego, §. ult. ff. de jur. dot.*



AD TITULUM XV.

DE DOTE CAUTA NON NUMERATA.

SUMMA brevis hæc est: dotem facere numerationem, vel traditionem, non cautionem falsam forte promissam spe numerationis, quæ postea consequuta non fuerit, ut in *l. 1. sup. de don. ante nupt.* Dotem tantum facere donationem legitime factam, ut in *l. a. hoc tit.* veluti insinuatam si excedat modum, id est, si donandi animo maritus caverit, se accepisse dotem, quam non accepit, aut se plus accepisse, quam accepit, legitime insinuata donatione, & contestatione: quæ donatio etsi initio sit inutilis, tamen ex SC. confirmatur morte mariti, si non mutaverit voluntatem, & habetur pro donatione mortis causa. Et ita hæc donatio confirmata morte mariti, id est, cautio dotis non acceptæ facta animo donandi, facit & auget dotem: Cautioni autem falsæ, nec interpositæ donandi animo, vel non confirmatæ à soluto matrimonio potest opponi exceptio non numeratæ dotis intra annum tantum, in *l. 3. hoc tit.* Sed Just. huic exceptioni præscripsit longe diversa tempora in *Novell.* C.



AD TITULUM XVI.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM, ET UXOREM, ET A PARENTIBUS IN LIBEROS FACTIS, ET DE RATIHABITIONE.

QUÆSTIO de re uxoria tribus partibus constat, inter quas una est de donationibus inter virum, & uxorem, propter quas erat retentio dotis soluto matrimonio; & hanc partem hic tit. exsequitur, namque superioris *tit. l. 2.* prædicere occupavit cautionem dotis non acceptæ factam uxori

uxori donandi animo, aut dotis majoris, quam data sit, A confirmari morte mariti, quod est ex S. C. facto post orationem Severi, & Antonini. Nam orationem imperatoris habitam in senatu de decernenda re aliqua statim sequebatur S. C. adeo ut passim in libris nostris idem dicatur factum oratione principis, & S. C. Sed hæc oratio etiam constit. dicitur generali nomine in *l.* 3. *hoc tit.* ideoque in dicta *l.* 2. *tit. sup. prox.* recte dicitur mortuo marito, morte mariti confirmata donatione, sive cautione facta donandi animo, summam cautione comprehensam posse mulierem repetere ab heredibus mariti. Cur autem ab initio non valeant ipso jure donationes inter virum, & uxorem, & indigeant confirmatione, & ne mutuæ quidem donationes valeant inter conjuges, ut in *l. cum hic status*, *§. si ambo*, *ff. eod.* Cur non transferant dominium, cur legibus, & mori- B bus sint prohibitæ, non una ratio reddi potest. Et ex multis rationibus oratio illa, quæ hac de re habita est in Senatu, hanc elegit unam, ne fiat venalis concordia inter maritos, *l.* 3. *in pr. ff. eod. l. si liberis*, *ff. de pact. dotal.* & ait dicta *l.* 3. *hæc ratio oratione principum Severi, & Antonini electa est*, quia poterant reddi plures. Et sane si liceret marito donare uxori, vel contra, nec donaret alter alteri quicquam, aut frequentissima ex eo nascerentur jurgia, dissidia, discordiæ, juxta illud Varii Gemini: *Qui non litigat cælebs est*, apud Hieronymum, & maxime si maritus non donaret uxori. Non est enim mulieri poscendi finis, ut ait Juvenal. Satyr. 6.

Interea calet & regnat poscitque maritum
Pastores, & ovem Canusinam, ulmosque Falernas
Quantulum in hoc, pueros omnes, ergastula tota,
Quodque domi non est, & habet vicinus, ematur, &c.

Idem alio loco

. . . hæc quæritur quod,
Et lateri parcas, nec quantum jussit, anheles:

Deterior igitur est conditio mariti, vel uxoris, quam extranei, & penitus ignoti hominis, cui licet donare, *l. in extraneos*, *inf. de donat.* Deterior causa uxoris, quam concubinæ; nam concubinæ licet donare, *l.* 3. *§. divur*, *l. si prædia*, *ff. eo. l. donationes*, *in pr. D. de donat.* imo & scorto licet donare paganis, *l. affectionis*, *D. de donat.* non etiam militibus, ne eos scortilla spolient stipendiis, ex *l.* 2. *hoc tit.* Ubi locaria non est concubina, ut interpretantur, sed scortum, quod plerunque habeatur per causam coquinæ; nam & ita Divus Hieronymus t. *Sam. cap.* 8. magyrissas, id est, *cuisiniers*, coquas interpre- D tatur focarias, & in *l.* 1. *§. caupones*, *ff. nau. caup. stab.* Focarii sunt, qui in stabulo, vel caupona ministerium præbent, ut sunt coqui, quibus etiam eo loco recte junguntur atriarii, quibus committitur cura, munditics, & splendor atrii, in quo erat culina. Et inde atrii nomen, ut recte sentiunt Grammatici ab atrore, nempe fuligine. Concubinæ nomen est honestum, & legitimum, non focariæ nomen. Cur autem concubinæ donare licet, non uxori, neque per se, neque per interpositam personam? quia scilicet (nec alia ratio reddi potest, quam quæ adfertur in *l. ult. C. Th. de leg. her.*) quo plenior est affectio, & dignitas conjugalis, eo fuit refrænanda magis, alioquin nullum facerent finem donandi invicem, & spargendi munera. Et ut ait eleganter, veteres arbitrati sunt reprimendum potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum esse mutuum fa- E vorem inter maritos. Igitur quæ fit constante matrimonio donatio viro ab uxore, vel contra (nam ante matrimon. vel post matrimonium non est prohibita) quandocunque retrahi, & revocari potest, quia nulla est. Revocatur pœnitentia donatoris, & pœnituisse utique videtur, qui rem donatam conjugi, deinde alii donet, ut si vendat, vel alienet quoquo modo, vel etiam pignori obliget, ut in *l.* 12. *hoc tit. d. l. cum hic status*, *§. si maritus*, & si donator res donatas retrahat per vindicationem, aut condictionem sine causa, vel ex injusta causa. Sed observandum, non retrahi, sive repeti à donatore res donatas in integrum, sed hactenus duntaxat, quatenus locupletior factus, factave est, qui, quæve res donatas ac-

cepit, quod multæ constitutiones hujus tit. ostendunt, *l.* 8. *&* 17. Et nulla alia ratione permittitur donatio inter conjuges honoris causa, ut scilicet vir honores adipiscatur, & ludos forte solemnes exhibeat populo, quos debent cum honorem concupiscentes, & appetentes, in *l. si propriis*, *hoc tit. l. nuper*, *D. eod.* Non alia, inquam, ratione, quam quod adepti honores per se nos locupletiores non faciant, & multo minus impendia ludorum. Eademque ratione non impediuntur donationes inter maritos manumissionis gratia, *dono tibi servum illum, ut eum statim manumittas*, *l. maritus*, *hoc tit.* quia etsi donatarius per manumissionem acquirat libertum: tamen in jure hoc est perpetuum, ut non videatur locupletior factus, qui libertum acquisivit, quia libertus non est in bonis nostris. Justinianus etiam donationem inter Augustum, & Augustam permisit, inter serenissimos Principes, *l. pen. hoc tit.* quia, ut ait, omnis contractus Principis, omnis conventio lex est, qua ratione etiam liberalitates Principum non indigent insinuatione, *l. sancimus*, *inf. de donationibus*, & collatæ in filiosfamil. pleno jure ad eos pertinent, patribus, in quorum potestate sunt, minime servato usufructu, *l. pen. inf. de bon. quæ lib.* Nunc exponamus, quemadmodum confirmetur donatio inter virum, & uxorem, quam ab initio diximus esse inutilem. Quod ab initio est inutile, confirmari etiam, & convalescere potest: ita est auctore lege certa, non aliter, ut oratione Severi, & Anton. & S.C. donatio inter virum, & uxorem, etsi ab initio fuerit inutilis, convalescit, & confirmatur silentio donatoris, morte donatoris. Alioquin non confirmaretur si abesset S. C. quia
C quod ab initio non valet, regulariter ex postfacto non convalescit. Adeo autem verum est S. C. confirmari donationem silentio, & morte donatoris, id est, si nunquam dixerit se pœnitere, si non dixerit se mutasse voluntatem. *S'il n'en a jamais parlé depuis qu'il a faict la donation*, ut hodie post S. C. ob res donatas heredibus donatoris nulla sit exactio, vel retentio, *l.* 1. *D. de dot. præl.* Ac proinde mortuo donatore non mutata voluntate, ut habeatur ea donatio pro fideicommisso, vel mortis causa donatione, quæ nunquam fuit prohibita inter maritos, atque adeo Falcidiæ subjiciatur, *l.* 12. *inf. ad l. Falcid.* cum tamen alias donatio inter vivos non patiatur Falcidiam, *l. Seja*, *§. ult. D. de mort. caus. donat.* Hæc etiam fuit donatio inter vivos, sed quia sola morte donatoris confirmatur, habetur pro donatione mortis causa, & ideo Falcidiam patitur. Ergo si mortuo donatore locus sit legi Falcidiæ, donatio non confirmatur in solidum, sed detracta Falcidia, id est, dodrans tantum donationis confirmatur. Et hoc est, quod dixit *l.* 2. *tit. sup.* quatenus liberalitas interposita mutua est. Et similiter *in l.* 4. *hoc tit.* quatenus firmare potuit dominium: non confirmat autem dominium mors donatoris, nisi pro dodrante, si interveniat ratio legis Falcidiæ. Ad hoc notandum est, confirmari donationem, de qua tractamus non tantum morte naturali donatoris, sed etiam morte civili .i. servitute, quæ comparatur morti, veluti damnatione in metallum. Et quod maxime notandum est hac in re, donatio facta inter maritos non est instar donationis causa mortis. Nam donatio causa mortis, ut quælibet ult. voluntas irrita fit damn. donatoris. quæ irrogat servitutem, *l. si aliquis*, *D. de mort. caus. donat.* Donatio autem inter maritos, tantum abest, ut irrita fiat servitute donatoris, ut maxime confirmetur, *l. res*, *hoc t.* Sunt tres optimæ leges in *hoc tit. l. res*, *l. donationes*, *&* *l. ult.* quas inferius etiam explicabimus, prætermissis levioribus. Servitute ergo donatoris quasi morte confirmatur donatio, non etiam confirmatur peregrinitate, id est, amissione civitatis Romanæ, quod contingit per deportationem; quam deportationem semper sequi solet publicatio omnium bonorum, ita ut fiat extorris civitate, & bonis omnibus qui in insulam deportatur, *l. ult. inf. de sent. pas.* Non tamen publicantur res donatæ uxori, quia adhuc potest confirmari ea donatio morte deportati, quæ est sententia *d. l. res*. Nunc quæramus

vatione legitima, ex *l. Julia, l. si non secundum, D. de donat. inter virum, & ux. l. nullum, de divort. l. un. D. unde vir, & uxor.* Et ut M. Tullius ait 1. *de Orat. fit certis quibusdam verbis, & solennibus, & formatis*, ut etiam loquuntur nostri auctores, id est, typicis, & mysticis, ut in *l. 2. D. de divort.* Veluti, *res tuas tibi habeto*, ad quæ procul respexit Ovid. in 2. *artis* his verbis.

Lite fugent, nuptæque viros, nuptasque mariti
Inque vicem credant res sibi semper agi:
Hoc decet uxores, dos est uxoria, lites

Sic sunt restituendi hi versus. Apud Petronium elegans est formula repudii, qua ejicitur impudica: *Quia fidem scelere violasti, & communem amicitiam, res tuas ocyus tolle, & alium locum, quem polluas, quære.* Et licebat, ut scitis, olim cum conjuge divortium facere communi consensu absque alia causa ex *l. si constante, hoc tit.* non invito altero impune, nisi esset justa, & legitima causa, quæ causæ enumerantur in *l. consensu, & l. pen. & ult. hoc tit.* & sunt faciles. Unus erat flamen, sacerdos Jovis, & Flaminica, id est, uxor flaminis, qui non poterant divertere matrimonium flaminis, nisi morte dirimi jus non erat, ut Festus, & Gellius scribunt. Utimur igitur hodie jure sanctiori, jure illo sacerdotali, seu flaminico. Porro cum hic tit. sit generaliter de repudiis, ideo & sub eo tractatur de renuntiatione sponsalium, de repudio inter sponsos. Et est *l. 2. hujus tit.* de divortio, cæteræ omnes. Posset videri *lex 1. hoc tit.* neque esse de repudio, neque de divortio, sed de deportatione mariti, qua tamen constat non solvi matrimonium, *l. rei, sup. tit. prox. l. 5. D. de bon. damnat.* Quibus tamen obstat valde *l. si quis sic stipuletur, D. sol. matr.* Extraneus stipulatus est dotem de marito hoc modo: *si quo casu uxor tua nupta esse desierit, dotem reddes*: est generalis sermo, generalis conceptio, & commemoratio, *si quo casu nupta esse desierit*: & ideo si ancilla fiat, quia solvitur matrimonium servitute, committitur stipulatio: item si capiatur ab hostibus, quoniam redigitur in potestatem hostium: item si deportetur. Ergo deportata nupta esse desinit, nec possis aliter respondere, nisi jure civili deportatam nuptam esse desinere, jure civili deportatione solvitur matrimonium, quia justæ nuptiæ non sunt inter peregrinos, vel cum peregrino .i. non cive Rom. At deportatio facit peregrinum. Justæ nuptiæ sunt tantum inter cives Romanos, ut est in *Instit. in tit. de nupt.* Jure tamen gentium nuptiæ ab initio recte contractæ inter cives, etiam altero conjunge redacto ad peregrinitatem per deportationem in insulam, conservantur integræ. Atque ita facta differentia inter jus civile, & jus gentium, hi loci in concordiam reducendi sunt: nam eadem etiam utimur in illa quæstione, an deportatus amittat libertatem: nam dicimus vulgo eum amittere civitatem tantum, non libertatem, deportationem esse mediam capitis deminutionem, non maximam, quæ plectit civitate, & libertate, quod est verum jure gentium: nam jure Quiritium, id est, stricto, & summo jure civili, non potest videri liber, qui non est civis, *l. pen. ff. de var. & extr. cog.* Quod etiam significat *lex 5. ff. de stat. hom.* illo loco *exclusa civitate*, quasi velit exclusum civitate non esse liberum, nec excludi quemquam civitate, salva libertate. Et sane est etiam quædam deportatio, cum id expressum sit judicis decreto, quæ plectit utroque omnino, & civitate, & libertate, *l. ult. sup. ut nem. priv. tit. præd. imp. l. ult. inf. de postl. revers.* Ergo ut ad rem redeam, *l. 1. hoc tit.* non videtur esse de repudio, sed de deportatione tantum. Verum hæc verba *l. 1. si casus, in quem maritus incidit, non mutet mulieris affectionem*, demonstrant *l. 1.* pertinere etiam ad repudia: Nam sententia ejus legis hæc est: Si propter casum mariti, propter ærumnam mariti, id est, deportationem nolit ab eo discedere, laudandam esse pudicitiam mulieris, & nihilominus manente matrimonio dotem ab eo repeti posse, nec posse à fisco vindicari, qui tamen occupat omnia bona deportati: Nam si marito vergente ad inopiam constante matrimonio dotis repetitio est, *l. ubi, sup. de jur. dot.* & multo magis publicatis omnibus bonis mariti; quod contingit per deportationem: solum ipsum deportationis nomen est confiscatio omnium bonorum rei, etsi id non exprimatur in sententia. Ergo *l. 1.* ex contrario significat, mulierem posse mutare affectionem, & casum deportationis mariti mulieri esse justam divertendi causam, & quærendi novi mariti post annum, quia deportationes erant perpetuæ, & hoc inter cætera distabant à relegationibus. Relegationes erant temporariæ, deportationes perpetuæ, *l. legatorum, §. hæc est differentia, ff. de interd. & rel.* Et summa quoque illa differentia distabant invicem, quod relegatio non esset capitis deminutio, qualem Ovidius sustinuit, non deportatio, quæ est capitis deminutio. Ac præterea post deportationem nulla est spes restitutionis in integrum. Nam etsi deportatus possit restitui in integrum beneficio principis, tamen hoc non speramus, hanc spem nullo habemus in loco, sicut spem postliminii: alia est spes postliminii, cujus in jure ratio habetur: alia spes restitutionis, cujus nulla habetur ratio. Certior est spes postliminii, quæ est polita in virtute bellica, quam spes indulgentiæ principis, certius est jus gentium, ex quo est postliminium, quam restitutio, & venia principis: nam & idcirco deportatio solvit matrimonium, si spectes jus civile, & patriam potestatem solvit omnino, captivitas suspendit propter spem postliminii potius, quam solvit: Quod Justinianus docet in *Institut. tit. quib. mod. pat. potest. solv.* Ad extremum unum tantum notandum est *ex hoc tit.* neque filiæ emancipatæ divortium esse in arbitrio patris ulla ex causa, neque filiæfamil. nisi ex justa causa, & magna, in *l. 5. hoc tit. l. cum hic status, §. si socer, ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 1. de liber. exhib. l. 11. sup. de nuptiis.* Ergo invita filia emancipata jubente patre ex nulla causa repudiabit virum, nec ex justa quidem, qua movetur pater. Filia autem familias etiam non faciet divortium cum marito invita, etiam jubente patre, nisi ex justa causa, unde elegantissimi versus Ennii.

Injuria abs te afficior indigna pater:
Nam si improbum Cresphontem existimaveras,
Cur huic me locabas nuptiis? Sive est probus,
Cur talem invitam cogis relinquere?

Et similiter Affranius in Comœdia, quæ inscribitur *Divortium apud Nonium. O dignum facinus*, inquit, *adolescentis, optimas bene convenientes, concordes cum viris, repente viduas faciet spurcitia patris.* Et similiter apud Plautum in Sticho filia ad patrem: *Aut olim*, inquit, *nisi tibi placebant non datas oportuit: aut nunc non æquum est abduci, pater.* Ergo in arbitrio patris non est divortium filiæ. Qua in re divortium distat à repudio inter sponsos: nam renuntiatio sponsalium est in arbitrio patris, *l. 10. ff. de sponsal.* Ut ergo divortium filiæ non est in arbitrio patris, vel etiam filii: ita etiam ex contrario ex *l. ult. hoc tit.* quæ est constitutio Græca, divortium non est in arbitrio filii, vel filiæ emancipatæ, vel suæ, sed necesse est eum, eamve, si velit divertere, qui patrem habet, adhibere consensum patris, si pater dotem dedit, aut donationem propter nuptias accepit; ne alioquin in damno versetur pater propter culpam filii, vel filiæ divertentis, & amittat dotem, vel donationem propter nuptias, aut etiam exigatur ea pro pœna injusti repudii. Non debet culpa filiæ, vel filii fraudi esse patri non consentienti divortio. Igitur generaliter est inutile divortium, nisi factum sit consensu filii, vel filiæ, & patris ejus. Neque in solius filii, vel filiæ, neque in solius patris arbitrio est divortium. Hæc fuit sententia constitutionis Græcæ, quæ refertur etiam iisdem verbis à Justiniano *Novel. 22.* Et simili ratione in *l. si filia, ff. de divort. & l. filiæ, ff. sol. matr.* amovetur fraus, quam parat filia patri facto divortio, id est, cavetur utique semper, ne per filium, aut filiam deterior fiat conditio patris.

AD TITULUM XVIII.

SOLUTO MATRIMONIO QUEMADMODUM DOS PETATUR.

HIC tit. eſt de repetitione dotis, & ſolutione, vel de judicio recuperandæ dotis, quod ſoluto matrimonio competit mulieri, vel ſocero, vel extraneo, qui dotem dedit pro muliere. Eadem de re fuit *tit.13. de rei uxor. act.* An igitur hic titulus eſt ſuperfluus? Minime vero, alioquin erit etiam ſuperfluus *tit.23. inf. de fun. dot.* quia omne fere jus de fundo dotali expoſitum eſt in *eod. tit.13.* Sed obſervandum eſt in eo *tit.13.* ea tantum exponi de repetitione dotis, quæ nova B Juſtin. fecit partim probato, partim improbato veteri jure actionis rei uxoriæ, & ipſa etiam actione ſublata, & retenta ſola actione ex ſtipulatu, eaque bonæ fidei effecta, & tacita ſtipulatione data mulieri, & patri ejus, & mulieri etiam tacita hypotheca. Ac ſimiliter in *eo tit.* ea tantum expoſui de fundo dotali, quæ Juſtinianus fecit nova, ſublata differentia locorum, quam induxerat l. Julia, & differentia alienationis, & hypothecæ. Cætera autem, quæ de repetitione dotis, vel de fundo dotali conſtitutionibus prodita ſunt, confirmat nominatim in eod. *tit.13. §. pen.* Et ut cætera de fundo dotali ſunt in *tit.13.* ſic cætera de repetitione dotis ſunt in hoc *tit.* 18. quæ obſervationes valde notandæ ſunt, ſi quis velit noſcere rationem titulorum: imperfectus eſſet hic tractatus, ſive liber de dotibus, ſi contineret tantum, quæ Juſtin. C de jure dotium fecit nova, non etiam vetera, quæ non mutavit. Ac primum in hoc tit. de dote æſtimata quædam proponuntur utiliſſima, & ſubtiliſſima, *l.1. & 6.* Dotis æſtimatæ periculum plerunque pertinet ad maritum, aliquando ad uxorem. Cujus autem eſt periculum, ejus etiam eſt commodum omne dotis æſtimatæ. Eadem enim eſt ratio periculi, & commodi. Ergo cujus periculum eſt, & ejus commodo cedunt partus ancillarum dotalium editi conſtante matrimonio, & omne emolumentum, ſicut damnum omne, & periculum ad eum reſpicit, periculum dotis æſtimatæ eſt mariti, ſi poſt æſtimationem nihil aliud actum ſit inter maritos ea de re. Ergo partus ſequuntur maritum, & omne emolumentum, ut in *tit.13. §. cumque ex ſtipulatu, & leg. Lucius, ff. de leg.2.* Periculum eſt etiam mariti ſi poſt alienationem dotis hoc D actum ſit inter conjuges, ut ancillæ dotales tantidem æſtimatæ periculum transferatur ad maritum: *tantidem æſtimatæ*, id eſt, ut vel æſtimationem earum ancillarum dotalium factam ab initio ſoluto matrimonio reddat, vel omnes ancillas, neque deteriores, neque viliores, ſed tantidem æſtimatas, quanti fuere ab initio. Ergo hoc etiam caſu partus earum ſequuntur maritum, quæ eſt ſententia *leg. ſi mancipia, ff. de jur. dot.* quod & ibi gloſſa explicat rectiſſime, atque etiam *l. pen. §. mancipia, ff. ſol. matr.* periculum dotis æſtimatæ eſt mulieris. In ſpecie *l.5. h. t.* ſi poſt æſtimationem dotis hoc agatur inter maritos pactione (ut inquit) vel ſtipulatione, ut ſoluto matrimonio redderentur res ipſæ, ſi exſtent, ut in *l. æſtimatis, ff. ſol. matr.* nam his verbis: *ſi exſtent*, periculum transfertur in mulierem: nimirum hic eſt ſenſus eo- E rum verborum, ut quæ non exſtabunt, quæ res erunt exſtinctæ, vel peremptæ, non reddantur mulieri, & mulieri perierint. Ergo conſequens eſt, partus ancillarum dotalium debere ſequi mulierem, ad quam reſpexit periculum dotis, non maritum. Soluto igitur matrimonio partus eſſe reſtituendus mulieri actione ex ſtipulatu, ut inquit *lex* 1. an etiam ſi pactio intervenerit, non ſtipulatio, quoniam initio id ait conveniſſe pactione, & ſtipulatione. An ergo ſi pactione id convenerit judicio ex ſtipulatu mulieri reddentur partus: ſic ſane hodie ex titulo 13. Olim erat actio rei uxoriæ, quod data opera prætermiſit Tribonianus in hac *l.1.* Cum Imperator ſcripſiſſet, *judicio rei uxoriæ, vel ſtipulatu*; quæ

A verba reſpondebant ſuperioribus; *pactione; vel ſtipulatione*: *lex 6. inf.* eſt obſcura, ſed non relinquetur, antequam fuerit reducta ad facilitatem: *lex 6.* inquam eſt de dote æſtimata viliore pretio, muliere circumſcripta, & quæſtio oritur elegans, & neceſſaria cognitu. Sciendum eſt, dotis æſtimationem venditionem eſſe, quod ſæpe diximus, veram venditionem, ſimplicem, ſed dotis cauſa, ut ait *l. quoties, D. de jur. dot.* Et ideo venditionem ſimplicem non ſemper imitatur: ſunt enim tres differentiæ inter venditionem ſimplicem, & venditionem dotis conſtituendæ cauſa. Prima differentia hæc eſt: evicta re vendita, ſi venditor emptori præſtiterit duplum, ut ſit evictionis nomine, id emptor habet pleniſſimo jure, nec unquam reſtituit venditori, hoc eſt certiſſimum: At ſi æſtimata dote res dotalis evicta ſit marito, & eo B nomine, id eſt, evictionis nomine uxor viro præſtiterit duplum conſtante matrimonio, id vir reſtituet duplum ſoluto matrimonio mulieri, quia æquius melius eſt maritum non lucrari quicquam ex damno mulieris, *d. l. quoties*, ſicut è contrario æquius melius eſt mulierem non locupletari ex damno mariti, *l. jure, §. ult. ff. de jur. dot. l. pen. §. ult. ff. ſolut. matrim.* Secunda differentia hæc eſt, venditione facta viliore pretio, non reſcinditur venditio, *l. quiſquis, ſup. de reſcind. vendit.* niſi venditor fraudatus ſit ſupra dimidiam juſti pretii, *l. 2. Cod. eod.* vel niſi dolus emptoris arguatur, *l. ideo, ff. loc. l.8. ſup. de reſcind. vend.* Circumſcribitur venditor in pretio aut reipſa, aut dolo emptoris: ſi dolo emptoris, reſciſſioni locus eſt: ſi in re ipſa (quod fraus dicitur proprie, id eſt, damnum, non dolus) non aliter C reſcinditur venditio, quam ſi fraus ſuperet dimidium juſti pretii. Et hoc in venditione ſimplici. Æſtimatio autem dotis facta viliore pretio citra dolum mariti, etiamſi non ſuperet dimidium juſti pretii, reſcinditur data electione marito, ut vel rem dotalem reſtituat ſoluto matrimonio, vel juſtam æſtimationem, *l. ſi res, §. 1. ff. de jur. dot.* Nam ſicut venditio ſimplex, in qua intervenit fraus venditoris, ſupra dimidiam juſti pretii reſcinditur, data electione emptori, ut vel rem emptam reſtituat, vel ſuppleat quod deeſt juſto pretio, *d. l. 2. ſup. de reſcind. vend.* Ita fere æſtimatio facta dotis viliore pretio quocunque, etiamſi non immodice viliore, nec continente fraudem ſupra dimidium juſti pretii, reſcinditur, data eadem electione marito ſoluto matrimonio, ut vel rem dotalem reddat, vel juſtum pretium, non D pretium, quod factum eſt ab initio, *d. l. ſi res, §.1.* Quod utique verum eſt, ut ibidem oſtenditur, ſi exſtet res dotalis, quæ vilius æſtimata fuit, muliere reipſa circumſcripta, non dolo mariti. Nam ſi res exſtincta ſit, contenta debet eſſe mulier æſtimatione, de qua convenerit, æſtimatione qualiquali, quæ totius rei damnum feciſſet, nulla facta æſtimatione. Nam conſtat inæſtimatæ dotis periculum eſſe mulieris. Ergo re exſtincta æqui bonique conſulere debet, ſi recipiat qualemqualem æſtimationem rei, cui res erat peritura, ſi non fuiſſet æſtimata qualiter qualiter. Et hoc ut dixi ſi abſit dolus mariti. Et ita accipienda eſt omnino tertia pars *legis 6.* (faciam enim tres ejus partes) quæ diſtinguit utrum res dotalis exſtet, an exſtincta ſit, ut ſcilicet huic diſtinctioni ſit tantum locus, cum in æſtimanda dote ma- E ritus dolum non adhibuit: nam ſi dolus mariti probari poſſit, indiſtincte rei juſtam æſtimationem reddere debet actione dotis, *d. l. ſi res* ex ſententia Scævolæ, quæ æſtimatio juſta etiam ſervabitur per exceptionem doli, ſi mulier forte, aut heres ejus poſſideat rem dotalem, eamque vindicet maritus, quaſi dominus factus æſtimatione, id eſt, emptione, & traditione, quæ eſt ſententia primæ partis legis ſextæ. Nam tantum abeſt, ut poſſis ex ea inferre, quod vult gloſſa, cui datur exceptio, & multo magis ei dari actionem, quod eſt abſurdum, & vitioſum omnino, & falſum: ſed potius cui datur actio ad recipiendam juſtam æſtimationem, ſi in ea facienda dolum adhibuerit maritus, & multo magis ei dabitur exceptio doli ſervandæ juſtæ æſtimationis

gra-

gratia. Et hæc vera sunt, ut ostendit dicta *lex si res, §.1.* quæ est clavis illius quæstionis, sive mulier, quæ in pretio circumscripta est, major fuerit viginti quinque annis, sive minor. Nam minori mulieri hoc tantum detur specialiter, ut si æstimationis faciendæ tempore habuerit in manu emptorem offerentem justum pretium rei dotalis, & circumventa eam rem viliori pretio marito addixerit, hoc casu ut maritus non habeat electionem reddendæ rei dotalis, vel justæ æstimationis, re exstante, vel etiam re exstincta, ut non liberetur reddendo æstimationem eam tantum, de qua initio conventum est: sed ut omnino cogatur minori 25. annis reddere æstimationem justam. Tertia differentia inter utramque venditionem est beneficium *leg.2. sup. de rescind. vend.* ut rescindatur venditio si læsus sit venditor ultra dimidium justi pretii: beneficium, inquam, illud datur soli venditori, non emptori: in quo erratur vulgo pessime, ut ibidem ostendi latius. Nam aperte Harmenop. *lib.3. cap.8.* docet, id beneficium, cui locus est etiam in locatione, & conductione, quæ habetur ad instar venditionis, & emptionis, dari, inquam, soli locatori, non conductori, & rationem hujus differentiæ exposui in *d. l. 2.* Non datur ergo emptori majori 25. annis, minori datur, *ut in l. pater, §. prædia, ff. de minor.* Et hoc in venditione simplici. Marito autem læso, & gravato in æstimatione dotis qualicumque, vel modica, vel immodica, si res dotalis sit majoris æstimata, & hac æstimatione circumscriptus maritus petivit, ut ei subveniatur, qui est pro emptore, ne scilicet soluto matrimonio reddat ultra justum pretium. Et in omnibus iis differentiis eadem ratio valet, ne mulier lucretur ex damno viri. Et hæc est sententia tertiæ partis *l. 6.* quam confirmat etiam *l. jure, §. ult. ff. de jur. dot.* Quod ad cætera hujus tit. attinet, ea non admodum desiderant operam meam. Censeo tamen breviter tria esse notanda, primum in *l. filiæ, hoc tit. filiæ pecuniam, quam habes in potestate, adimere non prohiberis.* Omnino legendum est in ea *l. filiæ, peculium,* loco *pecuniam.* & ita Thalelæus legit, & confirmat *l. donationes, §. pater, ff. de don.* Nam *l. filiæ* facit differentiam inter dotem, & peculium filiæ. Pater potest adimere filiæ peculium quandocunque, etiam nuda voluntate: dotem vero semel pro ea datam non potest ei auferre. Imo soluto matrimonio eam non potest repetere sine consensu filiæ, ut in *l. 2. hoc tit.* Et solvi dos etiam ei soli non potest sine filia, *l. 3. ff. solut. matrim.* Et hoc est, quod ait *l.2. neque exigere, neque accipere.* Et ita *l. filiæ* ponit differentiam inter peculium, & dotem, non pecuniam. Nunquam enim videmus pecuniam pro peculio. Secundo notandum est, repetitionem aliquando esse utilem, aliquando directam. Directa est, si dos fuerit, si matrimonium fuerit, utilis, si nec matrimonium justum, nec dos fuerit: nam dos proprie non est sine matrimonio. Matrimonium potest esse sine dote. Finge igitur: mulier libera nupsit servo, quem existimabat esse liberum: cognito errore repetet dotem, quam ei dederat, non à servo illo, quia cum servis nulla actio est, sed à domino ejus utili actione de dote, quia neque matrimonium fuit, neque dos, quæ erit etiam quasi privilegiaria inter creditores chirographarios, ut est quasi dos: aget igitur utili actione de dote cum domino, non in solidum, sed de peculio, hæc est sententia *l.3. hoc tit.* & facit *lex si cum dotem, §. ult. ff. sol. matr. l. Lucius 2. ff. dep.* Tenetur, inquit, dominus de peculio, videlicet si mulier ipsi servo dotem dederit: nam si dedit domino, tenetur in solidum, non in peculium tantum. Et ita si data sit dos marito filiofamilias, in patrem est actio dotis directa de peculio, soluto matrimonio: si data sit patri, in solidum, *d. l. si cum dotem, §. transgrediamur, & l.10. hoc tit.* videlicet, si pater ille, id est, socer facultates habeat: Nam illud in *l.10.* non accipitur bifariam, ut scilicet teneatur supra peculium, & supra facultates, sed ut supra peculium tantum filiifamil. non supra facultates damnetur in solidum. Sunt adversi, sive contrarii hi quatuor, damnatus in solidum, damnatus in partem, damnatus in facultates, damnatus in peculium. Damnatus in solidum, damnatur in quantum locupletior factus est, ut in *l. de iis, ff. de jur. dot. & d. l. 10.* Et ita in solidum accipitur varie, prout confertur cum alio vario, ultimum, quod est apertissimum, nec fuerat palam expositum in tit. 13. in hoc tit. ostendit mortua filia in matrimonio dotem profectitiam redire ad patrem. Loquitur de filiafamil. *l.4. hoc tit.* sed recte Theodorus eam porrigit ad emancipatam, quod ego multis legibus confirmavi in supradicto titulo 13. Vel si pater non sit, mortua in matrimonio uxore, qualiscunque fuerit dos profectitia, vel adventitia, remanet apud maritum, nisi stipulata sit uxor eam sibi reddi, heredive suo, *l. 5. hoc tit.* quod hodie semper præsumitur stipulata ex tit. 13. Hæc est brevis explicatio hujus tituli: cave autem existimes deesse ullam constitutionem Græcam in hoc tit. Nam quam annotat collega noster deesse in hoc tit. ea est, quam dixi supra deesse in extremo præced. tit.



AD TITULUM XIX.

SI DOS CONSTANTE MATRIMONIO SOLUTA FUERIT.

Commodissime junxit hunc titulum superiori: nam lex ultima præced. tit. & l. un. hoc tit. partes duæ sunt unius ejusdemque constitutionis, ut constat ex Cod. Theodos. *l. si constante, de dotibus, & l. ult. sup. tit.* est de marito mortuo: hæc de uxore mortua. Et ut mortuo marito dos redit ad mulierem superstitem, & nihil ex ea sibi vindicare possunt heredes mariti, ex *d. l. ult.* Ita ex *hac l.* uxore mortua, si maritus constante matrimonio dotem ei solvit, absque causa legitima contra generalem definitionem super tit. ut dos tantum soluto matrimonio solvatur, vel repetatur, ut dotis actio non nascatur antequam solutum sit matrimonium: denique ut manente matrimonio, dos neque solvi mulieri, neque repeti ab ea possit, exceptis certis causis, de quibus in *l. mutus, ff. de jur. dot. l. quamvis, ff. sol. matr.* quia vetita est donatio inter maritos, & repræsentatio dotis est species donationis, & ut ait in constitutione *h. tit.* dotis solutio, quæ fit constante matrimonio sine causa legitima, *donationis instar obtinere perspicitur,* id est, pespicuum est, donationem eam esse: ne dicas, ut ait gl. *perspicitur,* id est, *præsumitur.* Græci recte, *θεωρεῖται.* Si inquam maritus constante matrimonio dotem mulieri solverit absque legitima causa, quia & solutio præmatura pro donatione est, nihil ex ea dote mortua muliere heredes vindicare possunt: sed maritus superstes ab eis potest repetere dotem cum fructibus perceptis à die solutæ dotis, quia morte mulieris (ut postea explicabimus) dos lucro mariti cessit. Repetet igitur eam ab heredibus mulieris cum fructibus, ut ait, & ut opinor cum fructibus omnibus cujuscunque generis, sive opera, & cura mulieris pervenerint, qui vulgo dicuntur industriales, veluti serendo, sive absque cura, & labore mulieris, qui vulgo dicuntur naturales. Et eleganter Virg. in *Culice: Agrestum bona sors cura secura*: hi sunt fructus, quos terra fert sua sponte, sine opera & diligentia nostra. Hos omnes mortua muliere, cui dotem abs re maritus repræsentaverat, heredes mulieris marito restituent, qui interim sustinuit onera matrimonii, & qui sustinuit onera, æquum est ne privetur ullo genere fructua. Neque moveor *l. fruct. ff. de usur.* quæ ait, mulierem ex re sibi donata à marito fructus suos facere, illos tamen quos sua cultura, & opera acquisierit, sicut bonæ fidei possessorem, non naturales fructus. Et tamen ego dico omnes esse restituendos. Hoc solicitius explicemus. Finge: maritus rem suam donavit uxori, prædium suum donavit uxori, non dotale: uxor percepit fructus varios, illos tantum suos fecit, quos ipsa curavit, & excoluit. Cui sententiæ solet objici *l. bonæ fidei, in pr. ff. de adqu. rer. dom.* quæ loquitur de bonæ fidei possessore,

cui

cui comparat uxorem *l. fructus* : idem nimirum statuit in uxore, quæ fructus cepit ex re donata à marito, & in bonæ fidei possessore, *d. l. bonæ fid.* ait, inquam bonæ fidei possessorem omnes fructus suos facere interim, etiam si non provenerint opera, & diligentia possessoris, hæc non sunt pugnantia, nec pugnat *d. l. fructus cum l. bonæ fid.* Nam ille articulus *interim*, qui est *in l.bonæ fidei, ut interim omnes fructus suos faciat*, rem omnem dirimit, & diluit. Facit quidem fructus suos omnes interim, sed re evicta restituit eos, qui sua sponte provenerunt, & eos tantum retinet, qui facto ejus provenerunt pro cultura, & cura. Et ita etiam quod ait *d. l. bonæ fid. §. Pomponius*, fructus perceptos post scientiam rei alienæ, id est, postquam possessor cognovit rem esse alienam, possessores suos non facere. Et contra quod ait *l. qui scit, §.ult. ff. de usur.* post scientiam rei alienæ interim possessorem fructus suos facere. Hæc nullo modo invicem pugnant, & res est exploratissima. Facit quidem fructus suos interim, sed evictam restituit cum fructibus. Et hoc ut vobis deinceps pro certo sit atque comperto, similiter in *l.5. D. de leg. commiss.* fundo vendito lege commissoria, id est, ut nisi pretium solvatur intra certum tempus, fundus sit inemptus, Gallice *marché nul*, lex ait, emptorem interim sibi suoque jure fructus percipere, eos sed restituere venditori l. commiss. quod valde notandum est. Et ita etiam mulier ex re sibi donata à marito, non dotali, si fructus perceperit, omnes interim suos facit, sed eos restituit, qui sine cura, & cultura ejus provenerunt : nam aliorum fructuum, qui facto ejus provenerunt, donatio licita est, sicut usurarum, quæ ex obligatione dotis uxor debuit marito, usurarum remissio est licita, & eorum quoque fructuum donatio, quos ipsa sibi adquisivit. Et hoc ex Juliano proponitur in *l.de fructibus, D. de don. int. vir. & uxor.* Ex quo loco in *l.si quis pro uxore, §.pen. D.eod.* dum ait, si maritus uxori remiserit usuras dotis, quas debuit, quæstionem esse, an donatio sit illicita, scribendum est, an donatio sit licita, quando subjicit, & Julianum hoc putare, quod & verum est. Julianus autem non putat esse illicitam, sed licitam, *d. l. de fructibus*. Ergo ut recte subjiciat Julianum hoc putare, præcedere hæc oportet quæstio, an donatio sit licita. Et hoc quidem dicimus de fructibus perceptis à muliere ex re donata, non dotali. Sed de iis non agimus hoc loco, sed de fructibus dotis, de fructibus rerum dotalium constante matrimonio solutarum sine legitima, quod donatio est. Hos omnes sine disjunctione dico esse restituendos marito deductis impensis : nam fructus semper intelliguntur deductis impensis culturæ. Omnes igitur restituendos esse marito deductis impensis, quia sine distinctione fructus omnes repensare debent onera matrimonii, quæ interim sustinuit maritus. Et non utimur igitur hac in re, ut Accursius distinctione bonæ fidei, vel malæ fidei. Nam quaque fide percepti sint ex dote ab uxore, omnes sunt restituendi marito, cujus lucro dos cessit mortua uxore. Et jure quidem veteri dos profectitia, vel adventitia, si non sit pater, mortua uxore, lucro mariti cedit, liberis communibus servata proprietate, quasi bonorum maternorum, adeo ut nec à liberis possint segregari ea bona, & alienari, si maritus liberis superinducat novercam, vel hodie etiamsi non superinducat ex *Nov.98.* nisi pro parte virili ex *Nov.127*, nam virilem partem poterat alienare, quod hæc pro præmio continentiæ ad eum pertineat pleno jure, non per usumfructum solum, in aliis partibus habet usumfructum solum : hodie vero ex constitutione Just. mortua uxore dos non cedit lucro mariti, sed redditur heredibus mulieris, *§. illo proculdubio, in tit.13.* Igitur locus non est huic constitutioni, nisi convenerit instrumento dotali; ut mortua uxore dos cedat lucro mariti. Et ita idem nominatim Justinian. accommodata hac l. ad jus, quod ipse novum fecit de dotibus, censet hanc legem esse accipiendam, nempe fingendum esse in specie hujus l. ex pacto dotem cessisse lucro mariti mortua uxore. Et si liberi exstent eis communes, reservandam esse proprietatem, usumfructum solum esse patris : quo argumento possit quis contendere, omnes leges, omnes constitutiones esse accipiendas secundum mentem Justiniani secundum jus novum. Sed hoc si quis velit tueri semper, & servare stricte, incideret in difficultatem, & salebras multas. Porro in *hac l. unica* sic est legendum ex Cod. Theodos. omnino in fine : *Ita ut proprietas ejusdem à liberis ex eadem susceptis* (contra leges) *à marito alienari non possit*. Quod ait, *alienari à liberis*, ut in Novell. Majoriani de abrogat. cap. & in interpretatione Aniani ad *leg.2. Cod. Theodos. de sec. nupt. ut à liberis alienare non liceat, in l. sed si hoc, §.ult. ff. de cond. & demonst.* Apparet autem ex iis in specie hujus l. non eosdem fuisse heredes, & liberos mulieris : separantur enim liberi ab heredibus extraneis, scilicet heredes fecerat mulier, & liberis satisfecerat, relicta portione legitima.



AD TITULUM XX.

NE FIDEJUSSORES, VEL MANDATORES DOTIUM DENTUR.

SEntentia hujus tituli hæc est, ut maritus, vel socer, vel prosocer, qui dotem accipit dotis servandæ causa, & reddendæ mulieri soluto matrimonio, non cogatur fidejussorem dare mulieri, vel mandatorem, cujus scilicet mandato uxor dotem det viro, ut sit adversus fidejussorem, vel mandatorem mulieri regressus soluto matrimonio dotis recuperandæ gratia. Et si ultro maritus dederit fidejussorem, vel mandatorem, ut non obligetur, quia hanc obligationem constitutiones improbant, *l.1. C. Theodos. de fidejussor. dot.* Et legendum est omnino in *l.2. hoc tit. satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel à marito, vel à parte ejus*, non *patre*, ut in Basilic. *τῦ μέρυς ἀνδρὸς*. Et ita pars uxoria, in *l. Titia cum testamento, §. cujus, D. de leg.2.* & pars legatarii, in *l. Ofidius, de leg.3.* quod nomen etiam retinemus in idiotismo, & dicimus ut Latini adversam partem, ut Græci *ἐναντίον μέρος*. Livius *lib.22. Pars in adversandum magis quam collegæ consuli in civitate, pour luy faire teste*. Sic legendum illo loco Titi Livii. Ratio autem redditur in *d. l. 2.* cur non sit dandus à marito fidejussor dotis servandæ, & reddendæ, quia scilicet cum mulier se committat in potestatem mariti, vel soceri, cujus filiofamilias nupsit, & plerunque etiam sua, id est, paapherna : absurdum esset si fidei ejus non committeret dotem suam, quæ & in bonis mariti est, si exigeret fidem alienam, si consideret magis fidei alienæ, quam fidei conjugali. Est elegantissima ratio, quæ confirmatur etiam *l.8. sup. de pact. convent. cap. per vestras, extra, de donat. inter vir. & uxor.* Sed sunt hujus constitutionis aliquot exceptiones. Una si forte (quam solus Harmenopulus exposuit libro 4. Epitom. tit.8.) ante nuptias convenerit dotis fidejussorem dari, vel si ante nupaias datus fuerit: nam potest fidejussor præcedere non minus, quam sequi obligationem. Sic ad quæstionem, quam movet hic glos. possis respondere ex Harmenopulo. Est etiam alia exceptio certissima, ut post nuptias, post solutum matrimonium, possit mulier accipere fidejussorem dotis reddendæ suis diebus, in *l. si constante, §. quoties, D. sol.matr. l.etsi fidei. D. de re jud. l.7. D. de except.* Diffidentia tantum hæc improbatur constante matrimonio, constante amicitia fideque communi, non post matrimonium. Idem addendum est, etiam à marito constante matrimonio mulieri posse dari pro dote pignus, quod hodie est certissimum, cum & lex det tacitum pignus, tacitam hypothecam, id est, Justinianus, quod lex tandem fecit, ut essent pro dote tacite pignerata omnia bona mariti. Idem etiam fieri potuit ex conventione, ut vel omnia bona mariti, vel quædam mulieri pignora essent dotis servandæ nomine. Idque etiam ostendit *l.quod autem, §. si uxor, D. de don. inter vir. & uxor. & l.vir. §.1. D.ad Vellejan.* Et ratio differentiæ inter pignus, & fidejussorem hæc est : Nam dato pignore res uxoria

poni-

ponitur tantum in tuto, non etiam committitur alterius personæ fidei, quam mariti ipsius: fidejussor obtinet locum debitoris; pignus obtinet locum rei debitæ. Non est aliena fides eligenda fateor, aut quærenda. Non quæritur autem aliena, si quæritur pignus, sed quod sit loco rei uxoriæ. Ac præterea in exigendo fidejussore est quædam contumelia, nempe diffidentia, *l.18. inf. D. de testament. tut.* quæ non est in exigendo pignore. Accursius in *l.2.* multas exagitat quæstiones in hanc rem: quæ hactenus tradidi alibi, dirimunt omnes, præterquam unam. An sicut uxor non exigit à viro fidejussorem dotis servandæ, & reddendæ, non exigat etiam vir ab uxore fidejussorem dotis promissæ, & non præstitæ marito: & existimant vulgo, exigi posse à muliere fidejussorem dotis promissæ, & ita hac in re esse differentiam inter uxorem, & maritum, moti *l. dum dotis*, *D. de jur. dot.* male intellecta: nam societas vitæ, & honestas videtur exigere, ut constante matrimonio, neque uxor virum, neque vir uxorem flagitet fidejussorem. Ac sane *d.l. cum dotis* non loquitur de uxore, sed de eo, qui dotem viro promissam ab uxore, id est, qui dotem, quam debuit uxor, expromisit, utitur enim eo verbo. *Expromittere* semper est novandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, absoluto alio: Nam novatio liberat priorem reum prius obligatum. Nunc lex ait, si quis dotem debitam ab uxore promiserit viro novandi animo, & fidejussorem dederit, utique fidejussor tenebitur, hoc est certum, nec enim ab uxore datus est, sed ab extraneo expromissore.

AD TITULUM XXI.

RERUM AMOTARUM.

INTER cæteras partes ejus quæstionis, quæ est de dotibus, vel de re uxoria, una est de rebus amotis, propter quas olim erat compensatio, sive retentio ex dote, & quæ hodie etiam manet actio rerum amotarum: de utraque est hic tit.21. de compensatione, sive retentione ob res amotas *l.1.* de actione cæteræ leges 1. 2. 3. Et est actio rerum amotarum, ut eam definiam, condictio, quæ ex edicto prætoris post divortium datur statim, & in solidum in uxorem, vel maritum, qui conjugi res abstulit divortii causa. Hæc definitio complectitur omne jus istius actionis, & ex ea primum apparet, eam esse actionem prætoriam, ut ex *l.2. h. tit.* dum ait, eam edicto perpetuo promitti. Promittit, sive pollicetur prætor actiones in edictis, deinde quas pollicitus est proposito edicto, dat postulantibus. Itaque in *l.2. h. tit.* est legendum, *promittitur*, non *permittitur*, ut in *l.6. sup. de al. jud. mut. cum in integrum restitutio*, inquit, *edicto perpetuo promittatur*, ut in *Basil.* ἐπαγγέλλεται, non permittatur, ut legitur vulgo. Sic etiam in *l.ult. sup. de act. empt.* actiones promissæ, non permissæ. Illud etiam apparet ex superiori definitione, hanc actionem esse condictionem, *si paret dari oportere*, id est, ea intendimus dari nobis oportere. Et ita in *l.27. ff. eod.* rer. amotarum actio, condictio est. Ergo alia est condictio rerum furtivarum, de qua est proprius titulus in ff. & alia condictio rerum amotarum: Et hæc quidem honestior, cum in ea res furtivæ non appellentur, sed amotæ tantum dicantur, & intendatur hac non res furtivas dari oportere, sed res amotas. Vir, vel uxor, qui, quæve amovit res aliquas conjugis, revera fur est, *l. pen. D. eod.* in veritate furtum est. In hac igitur specie in furem agitur honestiore actione, atque leviore, quam soleat agi in alios fures, propter pudorem matrimonii prioris. Competit etiam rerum amotarum vindicatio, *l. 3. h. tit. & l.24. ff. eod.* Ergo ejusdem rei est vindicatio, & condictio contra regulam juris (nam nemo condicit rem suam, cujus habet vindicationem) scilicet odio furum. Sive igitur is fur, sit conjux, sive extraneus, in eum ad res recuperandas, quæ sublatæ sunt, duplex est actio, vindicatio, & condictio, quarum alteram eliget actor: Nam ut dixi, res, quæ dicuntur amotæ, revera furtivæ sunt, & sicut res furtivæ non possunt usucapi, ita nec res amotæ, quæ revera sunt furtivæ, *l. pen. ff. eod.* Ergo inter condictionem rei furtivæ, & condictionem rei amotæ, in verbis tantum est discrimen, non in re ipsa, non in vi ipsa: nimirum mitiora sunt verba hujus, quam illius actionis: uxorem enim, vel maritum non dices res furto subripuisse, sed ad levandam invidiam verbi, dicis, eum, eamve res tuas amovisse, easque ut libet, vel condictione intendis tibi dari oportere, vel vindicatione asseris eas esse tuas, parcens pudori ejus, qui maritus tuus, vel quæ uxor tua fuerit, in memoriam præcedentis societatis vitæ, ut ait *l. si rerum*, *D. de re jud.* In memoriam prioris matrimonii non agis furti, vel condictione furtiva adversus eum, qui divortii causa res abstulit, si eas post divortium non contrectet: sed agis tantum rerum amotarum condictione. Et sic etiam, quod notandum est, in memoriam prioris domini servus non torquetur in caput venditoris, neque in caput domini, neque in caput ejus, qui fuit dominus olim, *l. unius*, *§. servus*, *D. de quæst.* Et in memoriam prioris dignitatis, qui desinit esse decurio non torquetur ex delicto, *l. ult. D. de decurionibus*. Et sic in memoriam prioris matrimonii, prioris societatis, non utimur atroci judicio in eum, eamve, qui, quæve conjunx fuit, sed agimus tantum de rebus amotis, id est, amovendi verbo utimur, non acerbiori. Utitur etiam prætor eo amovendi verbo in aliis edictis, sed longe alia ratione, quam in hoc edicto, ut suus heres non habeat beneficium abstinendi, qui quid ex hereditate jacente amovit, *l. si servum*, *§. prætor ait*, *D. de acq. hered.* Et in edicto, si servus testamento manumissus aliquid subripuerit ex hereditate jacente, nondum adita, in *l. pen. & ult. D. si is, qui testam. lib. esse jus. erit*, *&c.* Et utitur inquam, in his edictis prætor amovendi verbo non quod velit parcere reo, sed quod certe hereditati jacenti, necdum aditæ furtum non fiat. Hæc est certa sententia juris, hereditati jacenti furtum non fieri: vetustissima sententia juris, cujus ratio hæc est: quia furtum fit soli possessori, & nihil est furtum, quam possessionis interversio, *l.1. §. Scævola*, *D. si is, qui ex test. lib.* Hereditas autem jacens, etsi interim habeatur pro domina in *l. non minus*, *D. de hered. instit. l. cum hereditas*, *sup. depos.* non tamen potest haberi pro possessore, ergo ei non potest furtum fieri. Cur vero non habetur pro possessore, sicut pro domina? Quia possessio est facti, & quicquid facit, corporeum est: Et corporeum quicquid est, id ipsum aliquid animale est. Hereditas autem est res incorporea, & inanimata, id est, jus, quod defunctus habuit. est res incorporea, nullo animo prædita. Ergo nec possideri potest, nec pro possessore haberi: Nam leges nunquam fingunt, quod rerum natura non fert, in *l. confessionibus*, *D. de interrogat. in jur. fac.* At in hoc edicto rerum amotarum prætor utitur amovendi verbo, non quod furtum non fiat, quandoquidem revera furtum fit: sed quod parcat pudori ejus, qui maritus, vel uxor fuit, ut sæpe turpem rem propter reverentiam personarum verbis temperat, extenuat, atque conterit, ut in *l. non debet*, *D. de dolo*. Nec semper latine loquitur, id est, furtum non semper appellat furtum. Dixi in definitione, hanc actionem dari statim, & in solidum, ad differentiam actionis de dote, quam hac in re spectarunt juris auctores, quando actio de dote non statim datur post divortium, si pondere, numero, & mensura contineatur, sed annua die, & non datur in solidum, sed hactenus, quatenus facultates viri patiuntur, qui modo dolo vacet. Actio enim rerum amotarum post divortium datur statim in solidum, quia pendet ex facto turpi, ex delicto, ex vero furto, *l.21. §. rerum*, *& §. ult. D. eod. l. si verum*, *ff. de re jud.* Et ut inferius dicemus quodammodo est ex delicto, & ex delictis agimus semper in solidum. Præterea dixi in definitione, hanc actionem dari de rebus amotis divortii causa, id est, cogita-

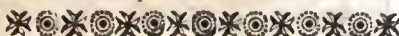
tione divortii, meditatione divortii, quod animo agitabat, A quod facere decreverat, & vero postea fecit rebus amotis; vel etiam de rebus amotis sine cogitatione divortii, & celatis tempore divortii, quia & eæ videntur sublatæ divortii causa, cum non sunt redditæ, aut relictæ conjugi tempore divortii, *l. 17. §. penult. ff. eod. tit.* Ergo hæc actio oritur ex divortio tantum. Est elegans in hanc rem *lex ult. §. penult. ff. de divort.* Unde quæritur an sit locus huic actioni, si quid conjux amoverit mortis causa. Finge: marito decumbente, & fere occumbente, mulier, ut solet, subripuit res multas mariti, an tenetur heredi mariti actione rerum amotarum? Certum est hanc actionem dari heredi in *d. l. 21. §. penult.* Et utique datur heredi si res sint amotæ divortii causa, id est, cum divortii consilium iniisset, qui, quæve furtum conjugi fecit, si postea conjux moriatur: sed oon B dabitur heredi actio, si furtum factum sit mortis causa, sed dabitur actio io rem ad res persequendas, quæ ablatæ sunt mortis causa, vel actio ad exhibendum, vel petitio hereditatis, vel condictio ex injusta causa. Non desunt actiones rei persequendæ heredibus defuncti, *l. 6. §. ult. l. 22. §. ult. D. eod.* Sed non est eis actio rerum amotarum neque directa, neque utilis: Neque quicquam nos movere debet d. *lex 21. in princ.* Nam longe alia est species *dictæ l. 21.* Nos ponimus res ablatas mortis causa, & mortuum conjugem fuisse: illa *lex 21. in prin.* mulierem res abstulisse mortis causa desperantem de vita mariti, nec tamen mortuum esse maritum, sed convaluisse ex morbo, & postea divertisse, & teneri eam utili actione rerum amotarum. Directa non tenetur, quia amovit mortis causa, non divortii, desperans de C sospitate mariti: tenetur utili, quia tempore divortii eas res celavit, atque suppressit. Sed nondum est satis. Cur est actio rerum amotarum de rebus amotis divortii causa, & non de rebus amotis mortis causa? Ratio hæc est, quia quæ res mariti amovet, quæ aufert res marito divortii causa (& idem potest dici de mare) hoc infenso animo, & inimico facit, ut exspoliet virum. Inimica dicitur, quæ discedit à viro in *l. cum in fundo, §. sed etsi, D. de jure dot. l. Cicera, D. de pœn.* Plane igitur furtum facere viro voluit; at quæ mortis causa res abstulit, furtum non fecit, quia non fit furtum oisi sit cui fiat, id est, non facit furtum marito, quia non voluit, non enim si victurum putasset, quicquam amovisset: non facit furtum hereditati, quia nondum fuit hereditas, nec si fuisset, hereditati furtum fit. Hæc autem actio D rerum amotarum pendet ex furto, & ubi furtum non est, nec actio hæc est. Postremo dixi hanc actionem dari statim post divortium de rebus amotis constante matrimonio, vel in ipso articulo divortii: Nam de rebus amotis post divortium, est gravis actio, & famosa, nempe furti, & condictio furtiva. Itemque de rebus amotis ante divortium, & contrectatis post divortium: nam contrectario est furtum, & qui sæpius contrectat eandem rem, sæpius eandem rem furatur. Itaque est actio furti earum rerum, non autem rerum amotarum. Nam hæc est tantum de furto, quod nupta fecit, vel nuptus, *d. l. 3. in princip. D. eod.* Item constante matrimonio non agunt invicem rerum amotarum, sed aliquanto leviore actione, nempe actione in factum, id est, verbis temperata in factum, *l. 2. hoc tit. l. ult. §. ult. inf. de furt.* vel E condictione sine causa, ut in *l. 25. D. eod.* quia ut ait *lex 2. hujus tit.* constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio competit io uxorem, vel maritum. Sane ita est. Ergo non competit rerum amotarum constante matrimonio. Et hoc certissimum est quoque. Ergo recte infertur actionem rerum amotarum, vel esse famosam, vel pœnalem. Et utrumque tamen falsum est. Condictio rerum amotarum non est famosa, sicut nec condictio rerum furtivarum. Nolla condictio est famosa, licet pendeat ex causa famosa, veluti ex furto, *l. cessat, D. de obligat. & act.* Non est etiam actio rerum amotarum pœnalis, quia rem solam persequitur, *d. l. 21. §. penult.* Sic respondeo. Fateor non esse famosam, aut pœnalem, sed etiam affirmo inesse ei pœnam aliquam, & iofamiam, propterea quod pendet ex furto, & dicitur oriri, & esse ex maleficio, *d. l. si rerum.* Sicut condictio furtiva, licet rem solam persequatur, dicitur esse ex maleficio, *d. l. 21. §. penult. & l. 10. §. quoties, D. de compens.* Et ob id neutra condictio datur in heredem, oisi quatenus ad eum pervenit, *l. 3. hujus tit. l. 9. §. ult. & §. seq. D. de tut. & rat. distr.* quia est quasi pœnalis, quasi famosa, quodammodo famosa, & pœnalis, quia in ea fit quasi mentio furti. Nam etsi res amotas dicas non furtivas: tamen populus intelligit te dicere furtivas, apud quem debet constare ratio famæ nostræ. At in quem non est actio famosa, in eum etiam non est actio quasi famosa, *l. parens, cum legibus seqq. D. de obseq. à lib.* Ergo verum est, quod ait *l. 2.* constante matrimonio non agi rerum amotarum, quod non agatur famosa, vel pœnali actione: famosam cum dicit, vel pœnalem, dicit quasi famosam, vel quasi pœnalem: sicut, qui dicit contractom, dicit etiam quasi contractum, ut tutelam, *l. contractus, D. de reg. jur.* Etiam intelligitur manente matrimonio non agi cum conjuge servi corrupti, quæ est pœnalis, nisi in simplum, dempta pœna, id est, io id quod interest in favorem, & honorem nuptiarum, *l. ult. D. de serv. corrupt.* Item non agi ex lege Aquilia, quia est etiam actio pœnalis ex parte, id est, mixta; sed agitur tantum in simplum, *l. si servus, §. si maritus, D. ad l. Aquil. l. si mulier, D. de donat. inter vir. & uxor.* Ac similiter non agitur mandati, vel depositi, quia sunt famosæ, nisi temperentur verbis, & concipiantur in factum, vel nisi post divortiom. Et ita Græci accipiont *l. si ego, §. ult. D. de jur. dot.* Et idem notant de actione mandati in *l. ult. sup. de pact. conv.* Ergo famosis actionibus non agimus constante, & manente matrimonio, nisi temperes eas, & concipias in factum, notato scilicet facto modestissime in eo, quod tua interest, non notata persona, non facta mentione doli, & fidei ruptæ, sed damni pecuniarii tantum, hoc favor, & honor nuptiarum exigit.

AD TITULUM XXII.

NE PRO DOTE MULIERIS BONA QUONDAM MARITI ADDICANTUR.

LONGE alia fuit ratio hujus tituli, quam tituli soperioris: nam vivi mariti pudori parcit mulier, ex titulo superiore si agat post divortium de rebus divortii causa à marito subreptis, quin & vivo marito parcit mulier, si agat de dote post divortiom, dum eum non condemnat in solidum, sed quatenus facere potest, mortuo autem marito judicio dotis heredem ejus condemnat io solidum, *l. maritum, D. solut. matrim.* Et ex hoc titulo non parcit pudori mortui mariti, quinimo si maritus sioe herede decesserit, mulier dotis servandæ causa mittitur in possessionem bonorum omnium, & bona omnia mariti distrahit sub hasta nomine mariti, quod heredem non reliquerit, cujus nomioe venditio bonorum fiat. Id vero erat ignominiosum, nomine debitoris mitti in bonorum possessionem, deinde proscribere bona, vel distrahere sub hasta, quasi decoctoris nequam: hoc fuisse ignominiosum ostendit *§. 1. Inst. quib. ex caus. man. l. paterfamilias, D. de reb. auct. jud. poss. Et canone sin manifeste 12. quæst. 1.* Sic ergo ex hoc tit. mulier non parcit existimationi mariti mortui: nam si nullus heres ei existat, dotis servandæ causa mittitur in possionem oniversorum bonorum, eaque distrahit nomine mariti, quod erat infame. Nec enim statim mulieri bona mariti addicuntur pro dote: quia nec ulli creditori bona debitoris addicuntur pro debito, *l. 6. & l. 9. inf. de bon. auct. jud. poss.* Et maxime lex 6. congruit com constitutione hujus tituli. Sed si maritus, vel alius debitor sine successore, aut herede, aut bonorum possessore decesserit, forte cum non esset solvendo testamentariis, & legitimis heredibus, aut bonorum possessoribus repudian-

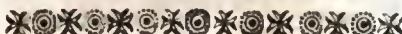
diantibus ejus ſucceſſionem tanquam damnoſam, vel ſuſpectam: tunc ex illa parte edicti prætoris, cui heres non extabit, de qua Marc. Tullius in Quintiana, mulier mittitur in poſſeſſionem bonorum omnium mariti dotis ſervandæ cauſa, deinde omnia bona proſcribuntur, & diſtrahuntur ſub haſta, & ſugillatur nomen defuncti. Hæc eſt forma juris, inquit, conſtitutio hujus tituli, id eſt, ordo edicti perpetui, quæ & forma perpetua dicitur, *l.1. inf. ubi pet.tutor.* Hic eſt mos judiciorum, quo creditores perveniunt ad jus ſuum, debitore ſine ſucceſſore defuncto. Nec enim deſiderant jure ſibi addici pro debito bona debitoris. Ergo nec mulier ſibi addici bona mariti pro dote, ſed ſequi jubetur ordinem edicti perpetui, ſicut extraneus debitor. Addicere non eſt in ſolutum dare: hoc enim facit debitor ſi vult, *l.4. inf. qui bon. ced. poſſ. l.4. inf. de evict.* Addicere eſt prætorium jus, cujus tria illa verba ſunt notiſſima, *do, dico, addico*. Et rurſus, addicere non eſt ipſo jure dominium transferre, quia Prætor neque heredem, neque dominum facit ipſo jure, *l.qui uſumfructum, ff. ſi uſusfruct. pet. §.quos autem, Inſtit. de bon. poſſ.* Niſi addictio fiat ex voluntate domini, ut in ceſſione in jure, & in actione, quæ fit voluntate domini. Ideoque is, cui Prætor addicit bona libertatum conſervandarum cauſa ex conſtitutione Marci: vel bonorum emptor, cui ex edicto poſtulantibus creditoribus addicit bona debitoris, is non eſt heres, ſed quaſi bonorum poſſeſſor, *l.4. §.penult. D.de fideicommiſſ.lib.* Et Theophilus noſter in tit. *Inſtitut. de ſucceſſ. quæ ſieb.* Addicere igitur bona, eſt ea collocare penes aliquem, eumque eorum poſſeſſorem facere, quem tamen prætor tuetur tanquam dominum, id eſt, habet loco domini. Addicere, eſt poſſeſſionem dare, & quaſi dominium (quod Græcis eſt *προσκυρῶσαι*) collocare, *l.quod a. ff. de in diem add.* & in idiotiſmo, *etrouſſer quelque choſe*. Ergo mulieri pro dote ex lege hac, vel cuilibet creditori, aut creditoribus pro debito bona debitoris non addicit Prætor, etiamſi maritus, vel alius debitor nullum heredem reliquerit, aut ſucceſſorem univerſi juris ſui. Sed hic eſt ordo juris, quem certiſſime noſter Theophilus expoſuit *tit. de ſucceſſ. ſubl. quæ, &c.* Primum, ut mulier non quidem fiat poſſeſſor bonorum mariti, hoc enim eſſet addicere: ſed mittatur tantum in poſſeſſionem bonorum mariti dotis ſervandæ cauſa, ut in *l.ea, quæ, §.1. D. ad munic. l.pen. §.item danda, D. de diver. temp. præſcript. l.officium, D. de rei vindic. l.Titia, D.de ſolut.* quo genere poſſeſſio non transfertur in mulierem. Nam longe aliud eſt poſſidere, aliud eſſe in poſſeſſione, ſicut longe aliud eſt ſervum eſſe, aliud in ſervitute eſſe. Ergo quem Prætor mittit in bonorum poſſeſſionem, certe non facit poſſeſſorem, hoc jure non transfertur poſſeſſio, ſed jus pignoris conſtituitur in eis bonis creditori, idque appellatur prætorium pignus, in tit. *de prætor. pign. inf.* Deinde tranſactis aliquot diebus poſt miſſionem in poſſeſſionem, intra quos dies ſi res exigat, poteſt conſtitui curator bonis adminiſtrandis, & cuſtodiendis: His inquam diebus tranſactis, bona omnia proſcribuntur, & creato magiſtro bonis vendendis, conſenſu creditorum, bona publice venduntur ſub haſta, Gallice *au plus offrant*, conſenſu creditorum lege dicta venditioni ſolvendi debiti integri, vel partis ab eo, qui licitatione vicerit, *qui aura plus offert*, & addicuntur bona emptori, qui licitatione vicerit, habeturque is bonorum emptor pro bonorum poſſeſſore, id eſt, pro ſucceſſore, & cogitur ſatisfacere mulieri pro rata dotis, & cæteris creditoribus. Nam hic ordo juris proficit omnibus creditoribus, etiamſi eum non petierint omnes, *l.cum unus, D.de reb. auct. jud. poſſ.* Atque ita indemnis damno ſervatur mulier. *Quatenus*, inquit lex, *ſucceſſionis modus patitur*, quæ dixerat tamen maritum nullum ſucceſſorem reliquiſſe: *lex 4. inf. qui bon.ced.poſſ.* ait, quatenus ſubſtantia patitur, quod reipſa, idem eſt. Sed obſervandum eſt in voce ſucceſſoris, & ſucceſſionis in hac lege eſſe *σχῆμα*, id eſt, figuram, quoniam primo loco ſucceſſor eſt heres, vel bonorum poſſeſſor: ſecundo loco ſucceſſionis nomen ſignificat bonorum venditionem, *Inſtit. de ſucceſſ. quæ ſieb.* & ſucceſſor igitur ſignificat bonorum emptorem, qui ſimilis eſt bonorum poſſeſſori, non bonorum poſſeſſorem. Et in hoc propoſito bona non dicimus, quæ ſuperſunt deducto ære alieno, ut in l.Falcidia. Sed dicimus bona cum ſua cauſa, id eſt, cum ſuis commodis, & cum ſuis oneribus, incommodis, & damnis, & cum ære alieno, ut in edicto de bonorum poſſeſſionibus.



AD TITULUM XXIII.

DE FUNDO DOTALI.

LEX Julia ſcripta fuit de fundo dotali, ſed pertinet etiam ad ædes dotales: fundus eſt prædium ruſticum, ædes prædium urbanum: Et ita *l.12.tab.* quæ jubet, *fundi uſucapionem eſſe biennium*, pertinet etiam ad ædes, ut M.Tullius ait pro Cæcinna. Et contra edictum uti poſſidetis, eſt ſcriptum nominatim de ædibus, & pertinet tamen etiam ad fundum, *l.1.§.penult. D.uti poſſ.* Verum non pertinet ad ſuperficiem ſolam, *l.3.§.ſed ſi, D.eod.* Nam de ſuperficie proponitur proprium, & ſpeciale interdictum, quaſi uti poſſidetis poſſeſſionis retinendæ cauſa, ut in tit. *de ſuperficieb.* Et ita lex Julia, de qua eſt hic titulus, non pertinet ad ſuperficiem ſolam, *l.ſi ex lapidicinis, D.de jure dot.* quia lex Julia eſt de re ſoli, & ſuperficies non eſt res ſoli. Et breviter lex Julia hoc vult, maritum rei dotalis, quæ ſolo continetur, ſi inæſtimata ſit, vel etiam ſi æſtimata, modo electio ſit ſervata mulieri repetendæ rei, vel æſtimationis, prout elegerit, maritum, inquam, non habere alienationem, licet pro domino dotis habeatur, quo alienationis verbo ſignificatur omnis translatio dominii, *l.1. hujus tit.* Ubi eſt elegans definitio alienationis, quam ſemper habere oportet in promptu: Eſt autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. Ergo etiam alienationis nomine continetur diviſio fundi communis, & actio communi dividundo, per quam pervenitur ad diviſionem, & commutationem partium, *l.2. hujus tit.* quam confirmat *l.ex caſtrenſi, §.1.ff.de pec.caſtr.* quam miror non eſſe annotatam. Alia, quæ poſſent dici hac de re, nos expoſuimus ſatis abunde in *tit. de rei uxo.act. §.& cum lex Julia.*



AD TITULUM XXIV.

DIVORTIO FACTO APUD QUEM LIBERI MORARI, VEL EDUCARI DEBEANT.

Et AD TITULUM XXV.

DE ALEND. LIBER. AC PARENT.

PARS alia hujus tractatus de dotibus eſt de liberis, quoniam propter liberos erat retentio ſextarum, vel quintarum ex dote, alendorum liberorum cauſa, *l.unic. §.ſileat, ſupra, de rei uxor. act.* quo loco tollitur ea retentio, propter quod communes liberi non ſunt alendi ex dote matris, ſed ex facultatibus patris. Deinde quærebatur in hac parte de retentione propter liberos poſt divortium, apud quem liberi morari, & educari deberent (nam in hoc tit. disjunctio pro conjunctione) utrum apud patrem, an apud matrem? Et hæc conſtitutio hujus tit. ponit in arbitrio judicis, ut pro qualitate perſonarum ſtatuat morari, & educari liberos apud matrem, ſi pater ſit nequam, mater frugi, vel contra apud patrem. Nec probat per ſexum inter parentes fieri diviſionem liberorum, quod notandum eſt, ut ſcilicet maſculi alantur apud patrem, fœminæ apud matrem. Et videnda eſt hac de re *Novell.117.* Inde etiam quæritur in hoc tit.25. à quo alendi ſint liberi: eſt enim tit. de alendis liberis, & parentibus. Et hoc conſtituitur alendos eſſe liberos à patre pro modo facultatum, *l.3.& 4. hoc tit.* etiam eman-

cipatos liberos, *l.5.D.de agn. & al.* videlicet si sint majores A trimis, alendos esse à patre, non à matre, Gallice *si ils ont plus de trois ans, l.pen. inf. de pat.pot.* quoniam ea ætate solent repelli à mamma, à lacte, & tum dicuntur exuberes, quasi ἀπόμαστοι, ut contra sububeres ὑπομάστιοι, Gallice, *qui tettent encore* : & exuberes, apud Cælium Apicium *lib.8. c.6.* dicuntur Syringiati, seu mammocestes. Vice autem versa, ut ait *d.l.5.* quod Græce est ἀντιπελαργεῖν, etiam parentes egenos liberi, qui sunt in facultatibus, alere debent, & parentes utriusque sexus : quoniam etsi parentum inæqualis sit potestas, æqualis tamen debet esse pietas, unaque erga parentes, ut ait *l.4. D.de cur.fur. l.6. D.de in jus voc. l.1. & 2. hoc tit.*

B

AD TITULUM XXVI.

DE CONCUBINIS.

EXPLICITO tractatu de dotibus, datur titulus de concubinis. Nam etsi in concubinis quæstio dotis locum non habeat, nec divortii, nec rerum amotarum, *l.si concubina, ff.rerum amot. nec rerum donatarum, l.donationes, D.de don.* nec ex quibus causis connubium interdicitur, etiam omnibus utique concubinatus interdicitur, *l.1. §.qui autem; & §.ult. l.3. l.ult. D.eod. tit.* tamen concubina uxorem imitatur, ut eleganter ait Julianus in *Novell.18.* Uxoribus igitur proximæ sunt concubinæ. Et merito igitur post uxores dantur concubinę in hoc titul. Concubinę nomen non est infame, C & turpe, imo honestum, & legitimum, ut explicabitur infra. Et hoc est, quod illo loco ait, *concubinam imitari uxorem*. Et ut uxori uxorem superducere non licet, *l.2. sup. de incest. nupt.* vel sponsę sponsam, *l.5. sup. de don. ant. nupt.* ita nec concubinam ex constitutione hujus tit. quasi scilicet παλαιγάμον ἐρωτικὸν ἐπιδήμιον. Et rectissime Ignatius in epistola ad Antiochenos, ὅτι μία ἑνὶ, οὐ πολλαὶ ἑνὶ ἐδόθησαν ἐν τῇ κτίσει, *una uni, non multæ uni datæ sunt in creatione*. Et Hermione apud Euripidem, οὐ καλὸν δυοῖν, &c. non est honestum unum virum duarum mulierum regere habenas, sed contentum quemque una esse debere, siquidem bene, & beate vivere, remque suam tueri velit. Concubina igitur uxorem imitatur, & ut uxorem uxori, ita concubinam uxori non licet superducere. Et inde posteriores etiam D concubinatum, & concubinam appellavere ἡμίγαμον, id est, *seminuptam*. Zonaras in Michaele Paphlagone, οὐκ ἡμιγάμου γενόμενος, ἀλλὰ μὴ τοῦ ἐννόμου ἐγγενοῦς, id est, *ex concubinatu, non ex justo cubili*. Et idem in Constantino gladiatore, τῇ γυναικὶ συνοικῶν, &c. Et concubinatus etiam conjugium dicitur, sed inæquale, *l.3. tit.seq.* quod opponitur justo conjugio, *l.s. C.Theod. de colleg.* Denique, ut ex his apparet, concubinatus non est illegitima conjunctio, furtiva conjunctio, & per concubinatum non committitur stuprum, *l.3. D. eod. tit. l.stuprum, D.ad leg.Jul. de adult.* Et vis nosse amplius, quam concubina similis sit uxori? Filio procreato ex justis nuptiis concubina patris est quasi noverca, ut eam uxorem ducere non possit, *l.liberi, sup. de nupt.* Item si concubina in adulterio fuerit deprehensa, accusari potest adulterii E ex lege Julia quasi uxor, *l.si uxor, ff.ad leg. Jul. de adult.* Et Lysias de cæde Eratosthenis in adulterio deprehensi, reum cædis non esse eum, qui deprehensum in adulterio concubinæ occiderit lege Atheniensium, & tantum abesse, ut eum jure non occiderit, quem deprehendit in adulterio uxoris, ut & jure occidatur deprehensus in adulterio concubinæ. Et hæc est sententia Lysiæ, licet concubina talem gradum honoris, & parem non obtineat, quod est etiam addendum ex Lysia in *Litem legato, §.penult. D. de leg.3.* Uxorem tantum à concubina distare dignitate : uxor, materfam. domina sic enim solet appellari, hæc tria nomina sunt majoris dignitatis : Nam & uxor fit particeps omnium bonorum mariti, non concubina; *l.mulieres, inf. de dig.* Concubina est nomen nonnullius dignitatis : amica turpitudinis est nomen. Hodie in usu non sunt concubinæ, & abutitur vulgus eo nomine, dum scorta vocat concubinas: hic semimatrimonii usus in desuetudinem abiit : audio tamen eum retinere districte Vascones, & Pyræneos. Aliæ nationes Galliarum non novere concubinatum. Et vero etiam damnatus est Nov. Leon. Philosophi. 91. Et constitutiones etiam tit. seq. damnant magis, quam probant concubinatum, cum liberos ex concubinatu susceptos, in bonis patris nolunt habere solidi capacitatem, sed portionis tantum certæ capiendæ jus, qui tamen olim habebant solidi capacitatem, sicut nati ex justis nuptiis, quia olim, id est, ante constitutiones titul. sequen. concubinatus erat prorsus legitima conjunctio, perinde atque matrimonium, quia ex constitutione tit.sequ. est quasi legitima intemperantia, & quasi vitium legitimum, *l.7. tit.seq.* Cur enim malis retinere, ut concubinam, quam possis habere ut uxorem? Et ut eleganter ait *Nov.* Leonis 91. *Cur malis cœnum, aut lutum, quam fontem.*

AD TITULUM XXVII.

DE NATURALIBUS LIBERIS, ET MATRIBUS EORUM, ET EX QUIBUS CAUSIS JUSTI EFFICIANTUR.

MATRES sequuntur liberi : nam in hoc tit. naturales liberi, qui etiam nothi dicuntur, hi sunt, qui nascuntur ex concubinis. Fateor naturalium liberorum nomen esse ἀμφίβολον, πολύσημον. Nam alias naturales liberi ἀντιδιαστέλλονται, sive opponuntur adoptivis liberis, qui legitimi sunt, non naturales, *l.1. §.liberos, D.unde cog. l.Lucius, D.de vulg.subst.* & tunc naturales liberi sunt liberi quæsiti ex justis nuptiis, πρὸς ἀντιδιαστολήν. Alias naturales liberi opponuntur liberis quæsitis ex justis nuptiis, & tunc naturales liberi, sunt liberi quæsiti in servitute, ex contubernio, *l.ult. D.de his, qui sunt sui, vel al. l.ex pacto, §.si quis rogat, D.ad Trebell.* vel quæsiti ex concubinatu. Et ita accipiuntur proprie in hoc tit. qui nascuntur ex stupro, puta ex meretrice, vel ex uxore illicita, aut concubina illicita, ut in *l.1. hoc tit.* Nam & per matrimonium, & concubinatum illicitum stuprum committitur. Hi, inquam, liberi neque sunt legitimi, neque naturales, sed tantum spurii, vel pueri publici, ut apud Senecam, *vulgo quæsiti, vulgo concepti*, ut Lucretius loquitur, *volgivaga Venere concepti*. His pater incertus est : neque enim habent patrem, quem demonstrent, nisi populum, aut terram, vel si quem habent, qui & ipse spurius pater dicitur apud Festum, eum honeste demonstrare non possunt : Et ita veluti ex connubio illicito, ut in *l.s.hoc tit.* in qua Imp. non dixit, qui pater est, sed qui pater dicitur : & rursus non dixit, quos naturales filios habuerit, sed quos naturales dixit. Et idem est in *l.44. sup. de Episc. & Cleric.* quæ constitutio est de filiis Clericorum Græca, & in *l.vulgo, D.de stat.homin. l.4. D.unde cogn.* Et eleganter Julius Solinus de Æthiopia cap.33. *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia privatim nesciunt, sed omnibus vulgo in Venerem licet. Inde est, quod filios naturales tantum recognoscunt : nam paterni nominis nulla reverentia est : quis enim verum patrem noverit in hac luxuria incesti lascivientis?* Spurii igitur sunt filii nati ex incerto patre, mater semper est certa, *l.5. D.de in jus voc.* Calfurnius Flaccus in declam. de puero suscepto ex scorto : *In hoc puero*, inquit, *nescio quid sit indignius : utrum origo patris, quæ est dubia, an origo matris, quæ est certa*. Et hac ratione dicunt Physici, cariores nobis esse fratres ex eadem matre, qui certiores, quam ex eodem patre, diversa matre suscepti, quod hos tantum opinemur, non etiam recte certo sciamus nobis esse fratres. Et inde Homer. *Iliad.3. &c.* Eadem ratione dicunt cariores esse liberos matri, quam patri, quod illa sciat suos esse, hic suos esse opinetur.

netur. Multum ergo distant spurii liberi à naturalibus, de quibus hoc tit. nam illi patrem non habent, si patrem habent, nec tamen proprie patrem, id est, non justum patrem. Nam proprie pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant, *l. quia 5. D. de in jus vocand.* Et observandum in *l. 7. inf. hoc tit.* non simpliciter esse scriptum patri naturali denegari nomen patris, sed jus, & nomen patris, id est, nomen justi patris, non patris simpliciter. Nomen ergo justi patris denegatur patri naturali, quia & filio naturali non succedit, *l. 9. §. quod & in his, hoc tit.* In qua auctor vobis sum delendi hæc verba, *vel ascendentium*. Nam hoc vult ille §. ut pater naturalis non succedat filio naturali, vel ejus liberis, vel cognatis ex transverso. Sed nec potest velle, nec jure proficere, ut pater naturalis non succedat suo patri, vel avo, vel proavo, qui filio naturali sunt ascendentes. Secunda differentia hæc est: Spurii nihil capiunt ex bonis ejus, quem patrem dicunt ullo judicio, ullove modo: sed naturales liberi una cum matre ex testamento, vel codicillis, vel testamento patris naturalis possunt tantum capere unciam existentibus justis liberis, *l. 2. hoc tit.* Deficientibus justis liberis possunt capere quadrantem ex *l. 1. Cod. Theod. eod. tit.* vel semissem ex *l. 8. hoc tit.* & hodie solidum ex *Novell. 89.* Quod locum obtinet etiam in nepotibus naturalibus, id est, quos justus filius genuit ex concubina sua, ex filio mortuo, *l. ult. hoc tit.* Ab intestato autem liberi naturales non succedunt patri naturali, nisi deficientibus justis liberis, & justa uxore, & tunc succedunt tantum in sextantem una cum matre *ex Nov. 18. & 89.* Et recte in hoc tit. liberis naturalibus junguntur matres eorum, quia simul in unam portionem admittuntur. Tertia, & ultima differentia hæc est: Spurii nullo modo justi, & legitimi fieri possunt, quod est verissimum: naturales autem certo modo possunt, ut hoc tit. ostenditur, quia hi non sunt indigni misericordia, *ut ait l. 7. hoc tit.* qui alieno vitio laborant, nam concubinatus quasi vitium est: quæ ratio licet etiam obtineat in spuriis, quod spurii etiam alieno vitio laborant, tamen quia certum patrem non habent, non efficit ut possint fieri justi: sed efficit ut possint aspirare ad honores, ut fieri possint decuriones: Non est impedienda dignitas ejus, qui nihil admisit. *l. spurii, de decur.* qui etiam innocens est, *l. 2. §. penult. ff. eod.* Emporius rhetor, mentionem, inquit generis partus esse augendam, quod in cujusque potestate non sit, quemadmodum natus sit. Naturales autem liberi fiunt justi honore decurionatus, *l. 3. & 4. hoc tit.* & ducta in matrimonium concubina, *l. 5. 10. 11. hoc tit.* & ex l. Anastasii arrogatione, *l. 6. hoc tit.* quam tamen deinde in l. 7. Justinianus Imperator voluit tantum valere in præteritum; Statuens in futurum, ne adrogatio naturalem justum faciat, cum ducere in matrimonium concubinam promptum, & facile sit, eodemque momento uxorem justam, & liberos justos facere, quod confirmatur in *Nov. 89.* Et postremo naturales liberi fiunt legitimi rescripto Principis, *Nov. 74.* quod & *l. 1. hoc tit.* adsignificat illo loco, *nostri prærogativa rescripti*. Hi sunt modi, quibus naturales liberi justi efficiuntur: inter quos modo adhuc notandum est, esse quædam discrimina. Primum, qui decurionatu factus est legitimus, vel rescripto Principis, patri soli fit suus heres, justusque successor, non cæteris cognatis patris, ut liberis, id est, jus sui heredis adquirit, non jus consanguinei, non jus cognati, non ergo plenum jus legitimi filii, *l. 9. hoc tit. & d. Nov. 89.* Matrimonio autem, id est, concubinatu verso in matrimonium, plenum jus consequuntur naturales liberi, id est, non tantum sui fiunt patri, & in potestate: sed etiam agnascuntur agnatis patris omnibus in *Nov. 12.* Item decurionatu, & matrimonio naturales legitimi fiunt etiam existentibus justis liberis: rescripto autem Principis legitimi non fiunt existentibus justis liberis, *Nov. 74.* Item decurionatu facti legitimi, existentibus justis liberis, non plus possunt capere ex bonis patris naturalis, & modo justi patris per decurionatum, quam is reliquerit uni ex filiis justis, cui minimam portionem adscripserit, *l. 9. §. ult. hoc tit.* Aliis modis facti justi solidi capacitatem habent, nec certa parte concluduntur.

AD TITULUM XXVIII.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

EXPLICATO contractu matrimonii, & dotis, & cæteris, quæ id genus conventionis sequuntur, vel antecedunt, incipit tractare de alio genere contractus, nempe de tutelis. Nam & tutela contractibus annumeratur in *l. contractus, D. de reg. jur. l. ex contractibus, D. de oblig. & act.* Quia etsi pupillus tractatu habito, negotioque gesto non contrahat cum tutore, sed in eum incidat, ut ait *l. ult. D. rem pup. salv. for.* tamen tutor ex sua administratione tenetur quasi ex contractu, & per causam ejus administrationis, sive gestionis inter pupillum, & tutorem ultro, citroque nascitur actio directa, & contraria, *§. tutores: Instit. de obl. quasi ex contr.* Tutelæ nomine, cum eam dico esse contractum, intelligo tutelæ administrationem, & gestionem, ut cum juris auctores dicunt, restituere tutelam passim in jure, id est, administrationis tutelæ rationem reddere: nam tutela per se simpliciter non est contractus, sed ut Servius Sulpitius definit, vis, & potestas in capite libero. Novissime administratio tutelæ, quæ & ipsa tutela dicitur, contractus est. Est autem alia tutela legitima, alia dativa. Omnis divisio debet esse bimembris. Et dativa rursum alia est testamentaria, alia Attiliana; nam & testamento dati tutores dativi sunt, ut scribit Ulpian. *lib. reg. tit. de tut.* Et dati quoque à prætore dativi sunt, qui proprie Attiliani dicuntur, quia lex Attilia jussit à prætore tutorem dari ætate parvis deficiente testamentario, aut legitimo tutore, ut est in *Instit. de Attil. tut. l. dativus, D. rem pup. sal. l. ult. inf. de leg. tut.* quæ etiam facit duas tantum summas species tutorum, legitimos nempe, & dativos: nam dativi simpliciter accipiuntur. Et adde etiam *l. generaliter, sup. de Episc. & Cler.* & ideo hic tractatus de tutelis, qui comprehendit multos titulos, primum incipit à testamentaria tutela. Hæc tutela prævalet, & ut in hereditatibus, ita & in tutelis prior est causa testamenti. Quandiu autem speratur tutela testamentaria, aliæ cessant, *l. si quis sub conditione, D. eod.* Ac rursus, ut conferamus hereditatem cum tutela, quæ frequens in jure contentio est: sicut hereditas testamento data confirmatur lege 12. tab. *uti quisque legassit, &c.* ita tutela confirmatur eadem lege, *l. 20. D. eod. & Ulpian. eodem lib. reg. eod. tit. Testamento*, inquit, *dati nominatim tutores, l. 12. tab. confirmantur*. Placet valde, quod ait *nominatim*. Nam tutorem dari oportet *nominatim*, alioqui datio inutilis est. Et hoc est, quod ait *l. 20.* tutorem incertum dari non oportere, *& §. tut. Inst. de legatis*, *pro tutela certo judicio posteritati esse cavendum*, sicut in eod. tit. dicitur, *§. libertas*, libertatem incertæ personæ inutiliter dari, quod placeat servos liberari nominatim. Sed hoc interest inter libertatem, & tutelam, quod libertatem dari nominatim, hoc est ex lege Fusia Caninia, ut Paulus ait 4. *Sent. tit. ult. &* Ulpian. *eod. lib. reg. tit. 1.* tutorem autem dari nominatim, hoc est, *ex 12. tabul.* Quia vero dandus est tutor nominatim, inde dubitabat Pomponius in *l. 16. §. 1. D. eod.* an tutor datus filio hoc modo: *Filii mei tutor esto*, si plures essent filii, videretur datus omnibus filiis impuberibus, quia exheredatio filiorum nominatim fieri debet. Et tamen qui plures filios habet, si filium exheredem esse jusserit specialiter, *filius exheres esto*, nemo videtur nominatim exheredatus, *l. 2. D. de lib. & post.* quia scilicet exheredationes strictius accipiuntur. At tutorum dationes plenius accipiuntur, favor pupillorum admittit latiorem interpretationem hac in re puta, ut datus tutor generaliter filio, non adjecta alia

nota

nota demonstrstionis ; videatur datus omnibus filiis A
ætate parvis, *d.l.16. §.1.* Et ita etiam tutor, qui datus
est filiis, & postumis datus intelligitor, *l.5. ff.eod.tit.* Quod
tamen non ita est in exheredatione : exheredatis filiis
hoc modo, *filii exheredes sunto*, non videntur exhereda-
ti postumi nominatim. Ergo ad postumos non pertinet
ea exheredatio, *l.3. §.nominatim, D. de ini. rup.* Et simi-
liter filiis datus tutor, videtur etiam datus filiabus, *d. l.
16. in princ.* quia & analogia recti sermonis hoc petitur,
ut dicamus filiæ, filiarum, filiis. Et ut plenius Solipater,
& Phocas scribunt, Jurisconsulti primum instituerunt
distinguendi sexus, & discernendæ ambiguitatis causa,
ut diceremus filiabus. At si filii sunt exheredati hoc mo-
do : *filii exheredes sunto* : dico non videri etiam filias ex-
heredatas : nam invenio accurare testatores, cum omnes
exheredatos volunt, & filios, & filias dicere, quasi non B
sit satis dicere filios, *l.Titius, ff. de lib. & post.* Et confir-
matur hoc idem etiam argumento *l.1. §.quare, ff.de ventr.
in poss.* Verum ad rem. Cœpi conferre hereditatem cum
tutela, & pergam. Ut hereditatem testamentariam non
improprie quis dicit lege obvenire, quod confirmatur,
ut ante dixi hereditas testamentaria *lege 12. tabul. l. lege
obvenire, D. de verbor. signif.* Ita etiam tutelam testamen-
tariam non improprie dixeris lege obvenire, quod 12.
tabul. confirmetur. Et confirmare tutorem, est tutorem
facere, ideoque tutor testamento non jure datus, &
confirmatus à prætore dativus est, non testamentarius :
Attilianus est, non testamentarius in *l. jure, §. ult. &
l.seq. ff.de testament. tut.* Et iis consequens est, solam le-
gem facere heredem, non testatorem, non prætorem :
Nam prætor tutorem dare non posset, nisi hoc jussisset C
lex Attilia. Denique & hereditatis jus, & tutelæ datio
omnino est legis, non jurisdictionis, aut imperii, *§. quos
autem, Instit. de bon. pos. l.muto, §.tutoris, D. de tutel.* Nam
non omnis, qui imperium, & jurisdictionem habet, non
omnis Magistratus dare tutorem potest : sed is tantum,
cui lex specialiter hoc concessit. Non omnis parens tu-
torem testamento dare potest, sed is tantum, qui pupil-
lum cum moritur in suis heredibus habet, habiturusve
erat si vixisset, *l.quo tut. §.1.D.de reg. jur.* sive sit paganus
testator, sive miles. Et hoc est, quod ait *l.impuberi, D.
de adm.tut.* tutelam mandari jure patriæ potestatis, non
præmio militiæ. Et militem igitur non dare tutorem, nisi
filiofam. heredive suo, id est, qui sit in familia, & pote-
state sua, *l.2. de test. tut.* Præterea non tantum heredem
instituere dicimus, sed etiam tutorem instituere apud D
Plinium, & Ciceronem. Ut autem heres non tantum in-
stitui potest, sed etiam substitui in locum instituti, si in-
stitutus heres non erit, quæ dicitur substitutio vulgaris
ex 12.tab. Ita tutori instituto, substitui alius tutor potest
in eundem casum, si prior non erit tutor, quod liquido
comprobatur *l.penul. D.de test. tut.* Et simili modo, qui
proximus est ad tutelam legitimam, & proximus est ad
hereditatem legitimam : & contra, quo hereditas redit le-
gitima, eo & tutela, *d.l.quo tutela, in prin. & l. 3. §.pe-
rinde, D.de leg.tut.* Neque tamen existimandum est, perpe-
tuam semper esse similitudinem inter hereditatem, & tu-
telam : vel unam dissimilitudinem attulisse satis est, in
qua re discernenda possunt etiam falli prudentissimi. He-
reditas datur tantum testamento, non codicillis testamen-
to confirmatis, & multominus non confirmatis : tutela E
tamen datur recte codicillis testamento confirmatis, *l.2.hoc
tit.l.3. ff.eodem,l.1.de confirm.tut.*



AD TITULUM XXIX.
DE CONFIRMANDO TUTORE.

TITULUS 29. est etiam de tutore testamenta-
rio, qui paucis explicabitur, nec erit longi sub-
sellii. Est autem de tutore non jure dato testa-
mento, non recte dato. Non jure enim datur te-
stamento à patre tutor filio emancipato impuberi, quia A
emancipatus extraneus est patri, non suus, licet jure præ-
torio ab intestato vocetur inter suos. Non recte datur
tutor testamento à matre, vel alia muliere, nec si patro-
na fuerit, quæ liberto impuberi tutorem det, *l.1. sup. tit.
prox.* quia scilicet fœminæ suos heredes non habent, *l.illud,
§.ad testam. D. de bon. poss. contra tab. l.nulla, D.de suis, &
leg. her.* Et ut superiore titul. proposui, parens tutorem
tantum dare potest ei, quem habet in suis heredibus. Ve-
rum ex hoc tit. tutor à patre datus filio emancipato, at-
que ita inutiliter datus, frustra datus jure ipso, confirma-
bitur edicto prætoris, & decreto, sine inquisitione morum,
& facultatum tutoris à patre dati filio emancipato, quia
stamus judicio patris, & electioni: hoc tantum inquirimus,
an duraverit voluntas patris : si duravit, nihil præterea in-
quirimus de moribus, & facultatibus ejusmodi tutoris te- B
stamento à patre dati, & instituti. Cæterum datus à ma-
tre, vel ab alia muliere extranea, vel ab extraneo, qui
pupillum non habet in potestate, confirmabitur etiam
decreto prætoris, sed ex inquisitione, nec enim citra in-
quisitionem sequitur judicium mulieris, vel extranei, *l.1.
hoc tit.* quæ inquisitio fit per Officiales prætoris, *l.3. §.tu-
tor, D.de susp. tut.* Est etiam alia differentia hac in re inter
patrem, & matrem : nam à matre datus, vel extraneo
non aliter confirmatur, quam si pupillo heredi à se insti-
tuto datus sit, *l.4. D. de testam. tut. & l.4. sup. tit. prox.*
Ubi jamdiu in Institutionibus docui abundare negatio-
nem, & omnes agnoscunt hoc esse verissimum, ut sit legen-
dum affirmative, *quando autem eos heredes, instituerit*, si
non instituerit heredem pupillum mater, tutor ei datus
non confirmabitur. Et est elegans ratio in *l. 4. D. de C
confir. tutor.* quia non videtur dilexisse eum, quem non
instituit. Ergo præsumitur statim nec ei bene prospexis-
se pro sua tutela, ac proinde judicium ejus repudiat
Prætor, nec confirmat unquam. Contra bene præsu-
mit de judicio matris, quæ dilexit pupillum, ut & insti-
tuerit heredem : tunc excutiet judicium matris prætor,
& plerumque confirmabit : & hoc in matre. A patre au-
tem datus tutor filio emancipato impuberi, confirma-
tur, etiamsi exheredatus sit, *d. l. 4. ff. de test. tut.* quia
emancipatus jure prætorio, non habetur pro extraneo,
alioquin in ejus persona inepta esset exheredatio. Sed jure
prætorio, sicut suus jure civili, emancipatus est instituen-
dus, vel exheredandus à patre. Et ab eodem patre datus
exheredato tutor confirmabitur, qua in re etiam distat
filius emancipatus à filio naturali, id est, ex contuber- D
nio, vel concubinatu : Nam filius naturalis & prætorio,
& civili jure extraneus est patri naturali, ut in ejus per-
sona inepta sit exheredatio. Ideoque à patre tutor datus
filio naturali, non aliter confirmabitur, quam si institu-
tus sit, vel ei legaverit, vel donaverit aliquid secundum
modum præscriptum constitutionibus de naturalibus
liberis. Cui ergo aliquid ita reliquerit, ei si dederit tu-
torem, is tutor confirmabitur, quasi datus magis in id,
quod ei reliquerit in rem, quam in personam, sed non
confirmabitur sine inquisitione, *l. naturali, l. 2. D.
de confirmando tut. l. ult. hoc tit.* Item non jure datur
tutor filio sui juris à patre, nec filiofamil. impuberi, si
imperfectum sit testamentum, vel injustum : non jure
etiam datur per epistolam, sed tamen confirmari potest
decreto prætoris, &, ut dixi ante, confirmatus, erit E
magis dativus, quam testamentarius, erit magis præto-
rius, quam patrius, *l.2. hoc tit. l. 3. D.eod.* Ac postremo
non jure datur tutor à patre filiofamil. verbis precariis.
Nam tutela est relinquenda directis verbis, *Tutor esto,
tutores sunto*, verbis imperativis, verbis civilibus : alio-
quin datio prorsus inutilis est, ut in *l. 1. ff. eod.* Tutela
non defertur per fideicommissum, quod notandum est,
sed sequetur prætor judicium patris facile, & confirma-
bit. Et hæc de tutore dato testamento impuberi. Cura-
tor autem puberi non datur testamento, nec à patre fi-
liofamil. nec à matre, quod est certissimum. Nec alia ra-
tio est differentiæ inter tutorem, & curatorem, quam
quod omnis potestas dandi tutoris, & curatoris pendeat
ex

ex lege, & legis fit, non patriæ potestatis, non jurisdictionis. Ac lex, quæ dedit patri jus dandi tutoris, de tutore tantum loquitur, his verbis, *tutelæve suæ rei*, non de curatore, ideo curatoris dandi testamento jus non est, quia lex deficit, qua id acciderit: ut è contrario, cur ventri datur curator non tutor? quia prætor in edicto, ex quo curator datur ventri, loquitur tantum de curatore, non tutore: hæc est ratio leg. *ventris*, *D. de tut. & cur.* Hoc totum est legis, vel edicti, cujus verba non licet immutare, nec pro tutore curatorem, nec pro curatore tutorem substituere. Ergo generaliter curator testamento jure non datur, sed confirmabitur auctoritate, & decreto prætoris, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 1. ff. eod.*



AD TITULUM XXX.

DE LEGITIMA TUTELA.

Testamentariæ tutelæ succedit legitima: hæc non datur, *l. 5. in prin. ff. eod. tit.* sed lege defertur ipso jure, & deficientibus tutoribus testamentariis; pupillo tutores existunt statim, id est, *ἀναφαίνονται*, sive apparent, vel sunt ipso jure, non tamen cognati, id est, per fœminas conjuncti (cognatos enim lex non novit) sed consanguinei, id est, fratres legitimi, qui non exierunt familia patris, qui jus agnationis non amiserunt, vel alii agnati, qui sunt proximi ad hereditatem pupilli ab intestato, id est, si parens pupillo non fecerit substitutionem pupillarem. Denique proximi ad hereditatem legitimam pupilli, etiam sunt proximi ad tutelam ejusdem legitimam, deficiente testamentaria tutela. testamen. est dativa tutela, legitima non est dativa: legitima proprie est legitima: testament. non improprie dicitur legitima, sicut hereditas, *l. lege, D. de verb. sign.* quæ duo sunt longe diversa, proprie scil. & non improprie, *l. 1. D. de suis, & leg. hered.* Et rursus legitima tutela est absolute, leg. tutela testamentaria quodammodo, itemque Attiliana. Nam si verum istius juris originem quæramus, & spectemus, si libeat adire fontes, & non rivulos consectari, sola lex heredem facit, vel senatus, vel Princeps, *§. Quos autem, Instit. de bon. poss.* Sola lex tutorem facit, vel senatus, vel princeps, *l. muto, §. tutoris, D. de tut.* Tres dico, legem, id est, populum, senatum, & principem. Prætor autem non facit tutorem, sed dat jubente lege Attilia, & confirmante dationem. Nec ullum extat prætoris edictum, quo tutor detur. Non est igitur prætoris edictum legi simile: senatusconsultum est legi simile: constitutio principis est legi similis. Idem non dicitur de edicto prætoris, sed dicitur tantum edictum Prætoris modicam obtinere juris auctoritatem, *§. prætorum, Instit. de jur. natur.* Edictum prætoris partem esse juris, non legis. Nec mirum, si ex edicto prætoris ventri curator detur, non tutor, *l. 20. ventri, ff. de tut. & cur. datis:* Quia & de tutore constituendo Prætor edicere non potuit: sed ut qui heredem facere non potest, ex edicto tamen bonorum possessorem facit, quem in omnibus causis tuetur vice heredis, *l. §. quos autem, & l. 2. D. de bon. poss.* Ita qui tutorem facere non potest, curatorem tamen facit, eumque habet vice tutoris. Et in summa tutorum origo est ex lege, vel alio jure, quod legis vigorem obtinuit. Curatorum autem, qui dantur puberibus non factis justæ ætatis, & aliquando pupillis, vel qui dantur bonis, aut ventri, origo est ex jure prætorio, exceptis curatoribus furiosorum, aut prodigorum, qui soli sunt legitimi curatores, non dativi, *§. furiosi, Instit. de cur.* quæ omnia summe sunt notanda. Sed de legitima tutela modo tantum tractemus: alia est legitima tutela, quæ descendit ex *l. 12. tab.* ut quæ defertur consanguineis, id est, fratribus agnatis: nam consanguinei in jure semper sunt fratres, consanguinitas, id est, fraternitas legitima: nam frater emancipatus cum non sit agnatus, nec consanguineus est: consanguinitas est species agnationis.

A Tutela igitur, quæ venit ex *l. 12. tab.* defertur consanguineis, vel aliis agnatis proximis, deficientibus fratribus legitimis, vel gentilibus. Alia autem est tutela legitima, quæ descendit ex Sconatusc. ut cum alius tutor datur in locum remoti, vel excusati tutoris, vel absentis, vel mente capti, aut muti, aut surdi, *l. penul. D. de tut. l. si quis sub cond. D. de test. tut.* Et Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* Alia legitima tutela descendit ex moribus, ut cum alius tutor datur pupillo, quo auctore agat cum suo tutore aliqua ex causa, quia ipse in rem suam auctor fieri non potest, & ideo moribus receptum est, ut alius tutor detur in eam litem exercendam contra verum primumque tutorem, qui proprie dicebatur tutor prætorius, quia hoc solo casu prætor tutorem dabat extra ordinem, nulla jubente lege, secundum jus vetus. Hodie enim in ea
B litem curator datur, non tutor, *§. ult. Instit. de auct. tut. & Ulpian. in sup. d. lib. & tit.* Et præterea tutela, quæ ex lege descendit, alia ex lege directo descendit, ut quæ defertur agnatis, & gentilibus, alia per consequentias hereditatum, ut qui sperant hereditatem pupilli, & onus tutelæ subeant, ut quæ defertur patrono, vel quæ defertur parenti manumissori pupilli, vel pupillæ, *l. 3. D. de leg. tut. l. 5. sup. de dol.* vel etiam, quæ defertur extraneo manumissori, id est, patri fiduciario, cui pater naturalis filium mancipavit ob causam liberandi filii, quæ proprie dicebatur *fiduciaria tutela*, quia hac lege fiduciaque cauta filium pater naturalis mancipat, & vendit emptori, qui pater fiduciarius dicitur, ut eum manumittat, faciatque sui juris. Et sic etiam *fiduciaria tutela* dicebatur cum pater naturalis in emancipatione filii impuberis
C manumissor extiterat, puta, contracta fiducia, ut emptor, id est, fiduciarius pater filium mancipatum sibi, & traditum à patre naturali, eidem remanciparet, & revenderet manumittendum. Sed hodie fiduciarii tutoris nomen consistit, non in patre manumissore: quia receptum est, ut potius legitimus tutor appelletur, exemplo patroni, sublato patre fiduciario, & emancipationum solemnitatibus antiquis: sed consistit tantum fiduciarii tutoris nomen in liberis patris manumissoris, fratribus filii emancipati, & manumissi, *l. 4. D. de leg. tut. & Inst. de fiduciar. tut.* Et addamus aliam divisionem legitimæ tutelæ. Tutela legitima alia est principalis, alia cessicia, id est, quam legitimus tutor fœminæ alteri cedit in jure, ut hereditas cedi alteri in jure potest, ita legitima tutela fœminæ, Ulpianus *lib. sing. regul. titul. de domi-*
D *niis, & adquisit. rerum.* Servius Honoratus in illum locum Virgilii: *Et patrio Andromachen iterum cessisse marito. Cessisse*, inquit, *est de jure: nam & cedi heredinas dicitur.* Cessicia autem tutela extinguitur, eodem Ulpiano auctore, morte, vel capitis deminutione mandatarii, vel mandatoris, id est, cessicii tutoris, vel ejus, qui eam tutelam cessit, ut mandatum quodlibet, quod & cessio est, constat extingui non tantum morte mandatoris, vel mandatarii re integra, sed etiam capitis deminutione alterutrius, *l. cum quis, D. de sol. l. post litem, D. de procur.* in illo loco, *vel in civitate manente.* Item cessicia tutela extinguitur cessicio tutore alii tutelam cedente, quia hæc secunda cessio inutilis est, quod ipse videatur renuntiasse jam sibi cessæ tutelæ, ut secundum mandatum quodlibet est inutile. Nam procurator procuratorem facere non potest, nisi post litem contestatam,
E *l. si procuratorem, §. 1. D. mandati, l. quod quis, supra, de procuratoribus.* Et si alium procuratorem fecerit, ipse videtur renuntiasse suscepto mandato, susceptæ procurationi. Et renuntiatio quidem valet re integra, cessio, sive secundum mandatum non valet. Restat igitur cessionem primam extingui. Potuit autem olim cedi tantum tutela legitima alteri, non testamentaria, quia certiore judicio testamento eligitur tutor: & cedi rursus potuit tutela legitima, non masculorum, sed fœminarum tantum, quia olim tam puberes, quam impuberes erant in perpetua tutela, propter consilii infirmitatem, & propter rerum forensium ignorantiam, ut recte dicat fœmina apud Juvenalem: *Nunquid nos causas*

fas agimus? civilia jura novimus? Erant, inquam, fœminæ omnes in perpetua tutela, cujuscumque ætatis, quoad mariti convenissent in manum: nam conventione in manum mulier transit in potestatem viri. Et generaliter neque masculi, neque fœminæ, quæ sunt in manu alterius, vel potestate, vel mancipio, etiam possunt esse in potestate tutoris, *l. cum filiusfamil. D. de testam. milit.* Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est sui juris, quod non sit in potestate alterius, ut in *l. recte, D. ex quib. caus. major.* illo loco, *Liber homo*, id est, *sui juris*. Alias liber homo est etiam, qui alieni juris est, ut filiusfam. Sed in definitione liberi hominis in illa *lege recte*, *homo liber*, liberum caput, id est, sui juris. Verum hoc obtinuit de tutela fœminarum legitima jure antiquo. Postea, ut Ulp. docet eod lib. *&* l. 3. *hoc tit.* L. Claudia, quam nominat, sustulit tutelas fœminarum puberum, B & voluit, ut fœminæ essent in perpetua tutela: hodie igitur cum sit sublata lege Claudia tutela legitima fœminarum puberum, quæ sola potuit cedi alteri in jure, consequens est, etiam hodie cessare cessiciam tutelam, & hodie cessiciam potius esse à cessando, quam à cedendo dictam. Denique hodie impuberibus fœminis tantum legitimos tutores esse consanguineos, id est fratres, vel cæteros cognatos usque ad pubertatem, *l. 3. hoc tit. l. 2. C. Theodos. de tut. & cur. creand.* Et sententia igitur *l. 3.* quam non assequuntur vulgo, hæc est, lege Claudia esse sublatam tutelam perpetuam fœminarum puberum: solis impuberibus tutores existere, vel constitui. Manere igitur tantum tutelam legitimam fœminarum impuberum, quæ defertur consanguineis, vel aliis agnatis. Dico, tutelam legitimam deferri teste *agnatis tantum*: C Nam & hereditas legitima consanguineis tantum, & agnatis .i. fratribus defertur primum, deinde agnatis cæteris: separantur consanguinei ab agnatis, quamvis, & ipsi agnati sint, quia inter consanguineos etiam vocabantur fœminæ ad hereditatem, id est, sorores ex l. Voconia, non inter cæteros agnatos. Breviter ut hereditas, ita tutela legitima solis consanguineis, & agnatis defertur, non cognatis, id est, qui sunt conjuncti per fœminas. Excipiendus tamen est frater emancipatus, qui propter emancipationem cognatus tantum est, non agnatus: quia emancipatio tollit jus agnationis, jus familiæ, jus gentilitatis. Hic enim frater emancipatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris, vel emancipati, vel integri ex constitutione Anastasii, *§. ult. Instit. de grad. cogn. §. 1. Instit. de succes. cog.* Uno in loco, ut hic admoneam, Justi- D nianus nos remittit ad pleniorem lectionem constitutionis Anastasii, quæ tamen nunquam invenitur, quia scilicet inserta fuerat priori editioni Codicis, quæ antecessit editionem Instit. Posteriore ante editionem Codicis, qui est is, quem habemus, quæ facta fuit post Institutiones amota fuit libro prioris Codicis. Ut autem ex constitutione Anastasii frater cognatus, non agnatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris, & præfertur agnatis ulterioribus, ita æquum est, ut vocetur ad tutelam legitimam fratris, vel ad curationem. Et hæc est sententia *l. 4. hoc tit. & l. ne lucrum, inf. de cur. fur. dan.* quæ duæ leges sunt partes integrioris constitutionis Anastasii, & amplioris. Et hoc ita constituitur secundum regulam; *Quo hereditas redit, eo etiam tutela redit, & contra.* Quæ tamen regula, ut hoc addam per occasionem *l.* E *ult. hoc tit.* vitiatur, si fœmina agnata proxima heres intercedat: nam heres erit, non tutor, quia tutela virile munus est, non muliebre, & contra ulterior agnatus erit tutor, non heres, *l. 1. §. 1. D. eod. l. penult. D. de leg. tut.* Vitiatur etiam ea regula in minore 25. annis ex constitutione Justin. id est, ex *l. ult. hoc tit.* Nam licet ad minorem 25. annis omnis hereditas legitima redeat agnati impuberis, tutela tamen ad eum non redit, quia ii tantum sunt idonei tutores, vel curatores, qui sunt majores 25. annis, id est, is tantum idoneus rector est alterius, qui ipse rectore non indiget ex hac *l. ult.* Nam ante Justinianum minor 25. annis erat tutor legitimus ipso jure, sed per alium administrabat tutelam, periculumque omne administrationis sustinebat; ut significat *l. ult.* Nec tamen, quod erat absurdum, bona ejus minoris tutoris legitimi immobilia erant tacito jure pignori obligata pupillo: quia obstabat SC. de rebus minorum non alienandis, cum tamen regulariter pupilli, & adolescentes habeant tacitam hypothecam in bonis rectoris sui, *§. & ut plenius, sup. de rei uxor. l. pro officio, inf. de administ. tut.* Dati autem tutores à prætore minores 25. annis ante hanc l. ult. excusabantur ad tempus, & in locum eorum dabatur curator, non tutor, *l. 10. D. de excus. tut. §. item major, Instit. eod.* tit. Curator, inquam, non tutor, quia tutorem habenti tutor non datur, nisi ex certis causis, ex SC. ut retuli supra, & non desinebat esse tutor minor 25. annis, quem prætor dedisset, *l. 16. D. de tut. & cur.* Manebat tutor, sed excusabatur ad tempus tantum, interim curatore substituto in ejus locum.



AD TITULUM XXXI.

QUI PETANT TUTORES, VEL CURATORES:

POST tutores testamentarios, & legitimos, dicturus de tutoribus, vel curatoribus, qui dantur à prætore urbis ex l. Attilia, vel ex Senatusconsultis, vel moribus, vel à præsidibus provinciarum ex l. Julia, & Titia (qui inquam, petuntur, & dantur, non existunt ipso jure, ut legitimi, nec dantur, ut testamentarii nemine petente) imprimis docet, qui tutores, vel curatores petere possint, aut debeant. Petuntur tutores, aut curatores editis nominibus plurium, qui possunt appellari προχειρθέντες; vel πρόχειρται, & ex illis magistratus eligit, atque constituit unum, *l. 2. hoc* tit. Et idem etiam est urdo in Episcopo creando, qui est etiam nobis veluti tutor, ut scilicet tres nominentur, & eligatur unus ex iis, *Nov.* 123. *§.* 1. Et ita Cornel. Tacitus *libro* 4. patricios tres nominari, & ex iis unum eligi flaminem dialem. Et liberti quidem liberis patroni sui impuberibus omnimodo tutores petere debent, non curatores puberibus, sed aliquando, etiam impuberibus curatores, puberibus nunquam curatores. Itemque mater liberis suis petere debet tutores, non curatores, ut postea explicabitur, & liberis non tantum quæsitis ex justis nuptiis, sed etiam ex concubinatu, id est, naturalibus, ex *l. ult. hoc tit.* & petere debet quamprimum sine frustratione, sive cunctatione, *l. 2. §. confestim, D. ad Tertull. l. 8. hoc* tit. Sicut dandi etiam sunt quamprimum à magistratibus, *l. 1. tit. seq.* Liberti hoc debent liberis patroni veluti obsequium, ut ait *l. 2. h. t.* Mater autem hoc debet liberis suis veluti officium pietatis, ut in *l. 6. 8. 9. hoc tit.* & quidem officium plenum, *l. 2. §. quod si non contulit, D. ad Tertull.* officium sedulum, *l. 8. hoc tit.* id est, sedulo, vere, & ex animo, mater liberis tutores petere debet, non defunctorie, non dicis causa. Quid enim si petat non idoneum? coercetur, *d. l. 2. §. non solum, ad Tertull. l. 2. D. qui pet. tut.* Et notandum valde, quod ait *l. 8. hoc tit.* à matribus sedulum petendi tutoris officium exigi, non perfunctorium, quod dicitur Gallice *par acquit*, non etiam matribus adscribi impedimenta fortuiti casus, quæ petitioni tutoris obstiterunt; & ponit exemplum in matre, quæ confestim fecerat procuratorem, ut proficisceretur peregre ad locum congruum petendo tutori, ut peteret filiis suis tutorem nomine suo (peti enim potest per procuratorem) & ponit eum procuratorem in via fuisse à prædonibus peremptum, nec diu rescivisse matrem interemptionem procuratoris, atque ita eam rem remoratam esse petitionem tutoris, hoc, inquam, non esse imputandum matri, impedimentum fortuiti casus non esse adscribendum matri, sedulitatem tantum ab ea exigi. Idemque officium pietatis exigitur ab avo, & avia, ut orbis filiis mature tutores petant, *l. 1. Cod. Theodos. qui tut. pet. l. 2. §. filiis, D. ad Tertullian.* Denique libertus hoc

debet liberis patroni ut obsequium, mater, avus, avia ut officium. Et inde differentia inter obsequium, & officium sive pietatem. Et mater quidem, si cessaverit petere tutorem liberis, punitur. Nam ex constitutione Severi emolumentum hereditatis filii intestati amittit, quod ad eam pervenire poterat ex Senatusconsulto Tertull. vel alio jure, *l. 2. D. eod. l. 2. §. si mater non petierit, D. ad SC. Tertull.* nec excusatur mater ignorantia juris, constitutione Zenonis, in *l. ult. hoc tit.* quia juris ignorantia non prodest, ne mulieri quidem hereditatem acquirere volenti, vel bonorum possessionem, *l. error, D. de jur. & fac. ign. l. 3. l. quamvis, sup. eod. l. juris, inf. qui adm. ad bon. poss.* Eadem est pœna avi, vel aviæ non petentis tutorem. Libertus autem, qui cessaverit in petendis tutoribus liberis patroni sui, fit reus deserti obsequii, *l. 2. hoc tit.* & graviter punitur in corpus, *l. 2. D. eod.* non etiam ut arbitror ob eam rem redigitur in servitutem quasi ingratus, ut recte sentit Accursius *in l. 2. hoc tit. ex l. solo, inf. de lib. caus.* ut libertus non fiat servus per sollam causam obsequii non præstiti, & exhibiti. Nam etsi *l. 2. inf. de libert. & eor. lib.* dicat, eum redigi in servitutem ex levi offensa, hoc sic accipiendum est, si quid fecerit adversus patronum, non si quid deseruerit, vel omiserit. Ergo libertus ob desertum obsequium hac in re punitur, & mater æque, & avus, & avia ob desertum officium, ob desertam pietatem; sua cuique pœna propria. Recte igitur dices, has personas tutores petere ex necessitate, pœnæ metu, tutores, inquam, non curatores, nam impune curatores non petunt, *l. 6. hoc tit.* puberibus scilicet, nam impuberibus sane tutores, vel curatores petere debent, non etiam puberibus curatores, quia puberibus invitis non dantur curatores, *§. item inviti, Inst. de cur.* nisi ad litem, ut *in l. 1. hoc tit.* sed addit *§. item inviti*, dum ait, nisi ad litem, vel ad tutelam recipiendam. Nam finita tutela, si pubes nolit sibi petere curatorem, admonitus à tutore, qui offert rationes, ipse tutor etiam invito petet curatorem dari, cui reddat tutelam cum rationibus, *l. 7. hoc tit.* Alii sunt, qui non coguntur tutores, vel curatores petere, sed si petant, admittuntur ut amita filiis fratris recte tutores petit sua sponte, *l. 5. hoc tit.* Ergo & patruus, & propatruus, *l. pen. hoc tit.* Et similiter sua sponte recte petunt tutores cognati alii impuberis, vel affines, vel amici, itemque is, qui acturus est cum pupillo, vel adolescente, si admonitus adolescens sibi curatorem non petat, in litem recte petet ei curatorem dari, *l. 1. 4. & 6. hoc tit.*



AD TITULUM XXXII.

UBI PETANTUR TUTORES, VEL CURATORES.

IN hoc titulo paucis ostenditur, ubi petantur tutores, & curatores, & breviter hoc vult constitutio hujus tituli, ut tutores, vel curatores petantur à magistratibus apud patriam pupilli, vel adolescentis, ex qua per patrem originem ducunt, vel ubi patrimonium habet pupillus, vel adolescens. Et loquitur constitutio hujus tituli de magistratibus municipalibus: nam iis etiam fuit datum jus dandi tutoris, vel curatoris, *l. 3. D. de tutor. dand. l. 2. §. si mater non petierit, versicul. & quidem, & seqq. D. ad SC. Tertull.*



AD TITULUM XXXIII.

DE TUTORIBUS, VEL CURATORIBUS ILLUSTRIUM, VEL CLARISSIMARUM PERSONARUM.

DIXIT, qui petant tutores à magistratibus, & ubi petant: nunc incipit tractare, qui magistratus tutores dare possint, & qui tutores dari. Et specialiter *in hoc tit.* qui dare, & qui dari possit illustribus personis, puberibus,

Tom. V. Post.

A aut impuberibus, vel clarissimis. Et in tit. 34. generaliter, qui possint dare, aut dari cæteris: sed tantum explicabimus hunc titulum specialem, qui possunt dare, & dari illustribus personis, vel clarissimis. De illustribus est *l. 2. hoc tit.* & ii sunt, qui non sunt adstricti curiis civitatis suæ, id est, qui non sunt decuriones, & consequenter, qui non sunt obnoxii muneribus publicis, municipalibus, oppidanis: Ii, inquam, soli, qui curia liberi sunt, tutores dantur illustribus Senatoribus, id est, natis à Senatore illustri: nam filius cujuscumque ætatis Senatoris illustris, & ipse est Senator illustris, licet non introeat in Senatum ex SC. Papiriano, cui causam dedit Papirius prætextatus, apud Gellium *lib. 1. c.* 3. Sicut etiam uxores Senatorum dicuntur Senatores, & clarissimæ, sed non introeunt in Senatum, *l. 11. C. Theod. tit.* quod etiam

B esse ex SC. Lamp. scribit in Heliogabalo. Ergo, ut dixi, de illustribus Senatoribus, eorumque tutela, si impuberes sint, est *l. 2. h. t.* de clarissimis est l. 1. ut apparet ex illo loco: *Parvulis, adultisque clarissimis*: & paulo post: *tutoribus, & curatoribus clarissimarum personarum*. Nam initio hujus legis non est legendum *illustribus*, sed *illustris præfectus urbi*, ut nonnulli codices habent, ut habet codex Theod. & lex 2. *inf. quand. mul. tut. off.* Illustris, inquit, præfectus urbi. Cæterum fateor in h. l. 1. *clarissimorum* nomen accipi latissime, ut in *Nov. 71. & sup. ubi Sen. vel claris. libr.* 3. ut scil. comprehendat tres gradus dignitatis, Senatores illustres, spectabiles, & clarissimos. Clarissimorum nomen est speciale, & generale, generale comprehendit illas tres species dignitatis Senatoriæ. Alii sunt Senatores expertes omnis dignitatis, id est, neque specta-

C biles, neque illustres, neque clarissimi, quos non comprehendit clarissimorum illa appellatio, *l. 52. & 54. C. Theodos. de hæret.* Et inde in suprádicto tit. ubi Senatores vel clarissimi, id est, Senatores expertes dignitatis: & clarissimi, id est, Senatores cum dignitate: *clarissimorum* etiam appellatio comprehendit uxores, & liberos clarissimorum. Et ita ut dico, facile feram *l. 1. h. tit.* accipere clarissimorum nomen generaliter, non specialiter, cujus hæc est elegantissima sententia: Clarissimis impuberibus, vel puberibus, si deficiant testamentarii, vel legitimi tutores, vel curatores, vel excusati sunt, iis tutores constitui ex quocumque ordine, ut ait, id est, ex Senatorio ordine, vel equestri, in urbe ab illustrissimo præfecto urbi, qui est Princeps Senatus, Gallice le *premier president*, *l. 3. sup. de offi. præf. urb. & Novel. 62.*

D Ergo eis personis tutores constitui à præfecto urbi, non solo, sed adhibitis in consilio decem Senatoribus, & prætore tutelari. Nam ut erat de libertatibus prætor specialis, qui prætor liberalis dicebatur: ita & de tutelaribus cognitionibus, & tutoribus dandis, qui præsideret, erat prætor specialis constitutus à D. Marco, prætor tutelaris, de quo est *l. 2. inf. quand. mul. tut. off.* Nam ut libertates, ita tutelæ pertinent ad publicam curam, vel utilitatem, cui conveniens fuerit tam libertatibus, quam tutelis proprium tutorem scribi. Olim præfectus urbi potuit etiam dare tutores, *l. penult. §. Romæ, D. de excus. tut.* Sed ex hac l. 1. præfectus urbi non constituit tutorem citra consilium supradictum, sed adhibito illo consilio: hoc ordine constituit tutorem, ut primum nominentur plures, qui ut dixi appellantur

E *προβεβλημένοι*, deinde unus idoneus pronuntietur sententia præfecti urbi, & postea ille solemniter detur, decernatur, confirmetur auctore tutelari prætore, quod aperte hæc lex demonstrat. Sententia igitur præcedit decretum, ut ait recte l. *ult. inf. de mag. conven. & l. tutores, D. de confirm. tut.* Et notandum est hanc l. 1. tria exigere in tutore, vitam, id est mores, ætatem, nempe justam, & legitimam 25. annorum completorum, *l. ult. sup. de leg. tut.* & facultates. Et hoc quidem in urbe Imperatores, qui sunt auctores hujus legis, hoc observari voluerunt (ut apparet ex *C. Theod.*) in omnibus impuberibus, etiam plebeiis, ut abhibito ita solemniter consilio, eis detur tutor, vel curator: sed Justinianus sive Tribonianus additis multis, eam constitutionem coangustavit

tan-

tantum ad impuberes clariſſimos, id eſt, illuſtres, ſpectabiles, Senatores, vel clariſſimos. Et hoc in urbe. In provinciis autem cavetur in extremo hujus legis, dari tutorem decreto decurionum, periculo eorum, qui præſentes adfuerunt in decernendo tutore,qua in re, ut conſtat etiam ex *tit. de conven. mag. inf.* diſtat ordo decurionum à magiſtratibus urbanis; nam Præfectus urbi, & qui ei in conſilio adfuerunt, & Prætor tutelaris in tutoribus conſtituendis, vel curatoribus clariſſimis perſonis, non agnoſcunt periculum adminiſtrationis.



AD TITULUM XXXIV.

QUI DARE TUTORES, VEL CURATORES POSSUNT, ET QUI DARI NON POSSUNT.

Et AD TITULUM SEQ.

QUAND. MUL. TUT. OFFIC. FUNGI POTEST.

DOCUIT titulo ſuperiore ſpecialiter, qui dare, & dari tutores, & curatores illuſtribus, vel clariſſimis perſonis poſſunt: in hoc tit. nunc docet generaliter, qui dare, & qui dari cæteris poſſint, vel non. Quæ duæ quæſtiones, & illam etiam nectunt, cui dari poſſint, nec enim potis eſt quiſquam dare, niſi cui dari poteſt. Et hoc igitur primum videamus, cui dari poſſint, vel non poſſint, quantum nos inſtruunt, ſcilicet, conſtitutiones hujus tit. ac primum quidem *tutorem habenti, tutor dari non poteſt*, ex regula juris, qua in re ſeparatur tutor à curatore, *l.9.& 10.hoc tit.*Et hac de re plenius tractabitur proprio titulo, nempe 36. Ubi etiam explicabitur diligentius *l.10.hoc tit.*nam & ille tit.36. eſt pars hujus. Item magiſtratus municipales non poſſunt dare tutorem, vel curatorem ex alio municipio, ſed dare debent ejuſdem municipii, in quo juriſdictionem exercent, & ex quo pupillus, vel adoleſcens oriundus eſt, municipem, vel incolam: & municipi, vel incolæ, qui ibi domicilium habeat. Ac ſimiliter Præſes provinciæ non poteſt tutorem dare ex alia provincia, vel curatorem, ſed dare debet ejuſdem provinciæ, quam adminiſtrat, provincialem, id eſt, ſubjectum juriſdictioni ſuæ, & ſubjecto juriſdictioni ſuæ, *l.5. hoc tit. l.3. ſup. qui pet. tut. l.1. in fin. & l.3. D.de tut.& cur.dat. l.13.§.conſequens, §.ult. D.de excuſat.tut.* Quia etſi tutoris datio non ſit juriſdictionis, *l.mixto, §.tutoris, D.de tutel.* tamen, quia jus dicentis officium conſiſtit etiam in tutore dando, ſi lex ei dederit jus dandi tutoris, *l.1. D.de juriſd.omn.jud.* Ideo & in tutore dando magiſtratus municipalis, vel provincialis debet ſervare juriſdictionem territorii ſui: & in hac re diſtant decreto dati tutores, vel curatores à datis teſtamento: Nam teſtamento recte dantur tutores, etiam non municipes, id eſt, qui non ſunt ejuſdem municipii, vel civitatis, cujus eſt teſtator, vel pupillus, modo ſint cives Romani. Sunt enim tutelarum jura civium Romanorum propria, ſicut hereditatum, modo detur pupillo municipi. Denique recte teſtamento tutor datur non civis civi à cive, qui pupillum habeat in ſuis heredibus. Et ita eſt accipienda *l. etiam, D. de tut. Etiam non municeps tutor dari poteſt* (nempe teſtamento) *modo municipi detur, & l.quæro, in princip. D.de teſtam. tut.* quia, ut intelligatur ratio differentiæ, nullis finibus circumſcripta eſt patria poteſtas, & ideo municipi tantum ejuſdem municipii datur teſtamento tutor, quia ſi pupillus non ſit ejuſdem municipii, cujus eſt pater, qui ei tutorem dedit, deſiit eſſe in ejus poteſtate, & familia. Et conſtat, patrem ei tantum filio teſtamento tutorem legitime dare, qui in ejus poteſtate eſt, & in eadem familia, & conſequenter, qui idem cum patre forum, idemque municipium habet commune. Intelligimus etiam ex hoc titulo, curatorem dari puberi poſſe, imo vero dandum eſſe neceſſario, etiam invito ad litem, ſi non habeat generalem curatorem. Denique dari ſpecialem ad litem deficiente generali, *l.11. & 12. hoc tit.* Quia minor indefenſus, qui non habet defenſorem, id eſt, curatorem, non eſt litigator legitimus, *l.1.& 2. ſup. qui leg.perſ. habent.* Nec omittendum eſt, quod dicitur, vocatum ad munus civile, qualis eſt tutela, & cura, liberari, ſi nominet potiorem ſe ad tutelam,vel curam adminiſtrandam periculo ſuo, ex tit.*de pot.ad munera nominand.inf. lib.10.* Hoc ita verum eſſe, ſi res ſit integra. Nam curator datus ad litem, poſt litem conteſtatam ſero nominat potiorem,& fruſtra, quia res non eſt integra. Cæterum ante litem conteſtatam, etiamſi ordinatus ſit curator ad litem,abſolvitur,nominato, producto,& probato potiore. Et ita explicatur *l.12. hoc t.* Etiam ex hoc titulo intelligimus,tutorem, vel curatorem recte dari ei, qui patitur controverſiam libertatis .i. quem adverſarius aſſerit in ſervitutem, quia interim pro libero habetur,*l.1 hoc t.* & libero tantum homini, id eſt, ſui juris tutor,vel curator conſtituitur, non ei,qui eſt in manu, vel poteſtate, vel mancipio alterius, interim autem pro libero habetur; quia jus civile vetuſtiſſimum hoc eſt, quod ſemper manſit integrum, ut vindiciæ dentur ſecundum libertatem, ſi probetur eum hominem, de quo agitur tempore litis de ſtatu ordinando, fuiſſe in libertatis poſſeſſione, & vixiſſe, & egiſſe omnia, quaſi liberum hominem, *l.liti, inf. de lib.cauſ. l.ordinata, D.eod. l.2. §.initium, D.de orig. jur.* Et Livius libro 3. & Dionyſ. Halycarn. lib. 11. Nam ſi tempore litis motæ, & ordinatæ de ſtatu, in ſervitute fuerit, vindiciæ dantur ſecundum ſervitutem, & pendente lite habebitur pro ſervo, niſi quis per vim liberum hominem rapuerit, & in ſervitute habuerit, *l.vis ejus, ſup. de prob. l.ſi quis liberum, D.eod.* Et ita in vindicatione ſingularum rerum judex initio litis dat vindicias ſecundum poſſeſſorem, ut interim habeatur pro domino, niſi eam rem, qua de agitur, à petitore vi poſſideat, *dict.l.ſi quis liberum*, quæ eſt etiam vetus lex Zaleuci apud Polybium lib.12. Et hæc de illa quæſtione, cui tutores, vel curatores dari poſſint, aut non poſſint. Quoniam quo loco quæritur, quis dare, & quis dari poſſit, ſimul & id quæritur cui dari, & quis accipere poſſit, vel non, *l.naturali, §.ult. D.de conſ.tut.* Sunt enim, ut initio dixi, hæ quæſtiones inter ſe jugatæ, & connexæ. Et ita magiſtratum municipalem, vel provincialem diximus dare ſubjectum tantum juriſdictioni ſuæ, & ſimul æque ſubjecto juriſdictioni ſuæ. Et addamus ex *l.6. hoc tit.* plerumque magiſtratum municipalem tutorem dare juſſu, monitu, præcepto Præſidis, non delegatum. Nam tutoris datio cum lege concedatur, nec competat jure magiſtratus, non poteſt delegari, *l.nec mandante, D. de tut. & cur. l.1. D.de officio ejus, cui mand.* Igitur magiſtratum municipalem tutorem dare monitu Præſidis ſæpenumero, ſed ſuo jure tantum, quod ei ſcilicet leges tutelares impertiverunt. Et hominem ex eodem municipio, vel ex agro ejuſdem municipii, *l.Lucius, §.tutores, ff.de admin. tut. l. 1. §.magiſtratibus, ff. de magiſt. conv. §. ſed hodie, Inſtit.de Atil.tut.* Vel ſi deſiit in eo municipio,cui præeſt, qui videatur idoneus, juſſu etiam præſidis magiſtratus municipalis ex vicino municipio non jam dat (nec enim poteſt) ex alieno municipio: ſed mittit ipſi Præſidi nomina quædam electa idoneorum, & honeſtiorum virorum, ut ipſe præſes eligat unum ex eis, atque decernat, qui modo ſit ejus provinciæ, *l. divus, D. de tut. & cur. l. 1. §. ſi quando, D.de magiſt. conven. §.ſed hoc, Inſtit.de Atil.tut.* Et hæc eſt omnino ſententia *l.6.hoc tit.* Et reſtat tantum tertia, & ultima quæſtio,qui dari tutores, vel curatores poſſint, aut non poſſint: certe non cœcus utroque lumine, *l.3. hoc tit.* ſicut nec mutus, aut ſurdus, *l.1. §.ult. D.de tutel.* non maritus uxori dari poteſt curator, ne conjunctio matrimonii cohibeat cauſam reddendæ rationis, quia nec curator adultam uxorem ducere poteſt, & retro uxori eadem ratione curator vir non fit, *l.2. hoc tit. l.utrum, D. de curat. fur.* Non poteſt etiam ullo modo dari miles, *l.4. hoc tit.* non minor vigintiquinque annis, ut jam ſupra didicimus, *l.ultim.de leg.tut.* non ſervus, *l.7.hoc tit.* non patrimonialis colonus, id eſt, qui adſcriptus eſt, & addictus (licet ſit liber homo) agris patrimonialibus principis,

laſit.

l.ult. hoc tit. Quæ etiam generaliter ait, non jure dari quemquam tutorem, vel curatorem, qui habeat vacationis privilegium, quale habent clerici, ut tutores non dentur, l. generaliter, sup. de episc. & cler. & in Novella Leonis 68. quam Harmenop. facit 36. quæ patitur quidem clericos fieri dispensatores, & exequutores testamentorum, non etiam tutores, vel curatores. Non datur etiam recte curator, vel tutor creditor debitori, vel contra, ex Novella 77. abrogata l. 8. hoc tit. Ac postremo, ut apparet ex titulo 35. maxime ex l. 1. & l. quo tutela, D. de reg. jur. mulier tutor dari non potest, quia tutela virile est officium, nisi specialiter à Principe impetraverit tutelam filiorum suorum, l. ult. D. de tut. foste hoc colore, quod pater moriens voluerit eam administrare negotia filiorum suorum, l. qui negotia, §. pen. D. de negot. gest. l. 2. §. quod si pater, D. ad Tertull. freta voluntate mariti defuncti facilius impetrabit à Principe tutelam filiorum suorum, sed necesse est adire Principem. Hoc unum est ex iis, quæ sunt reservata Principibus. Et hoc jure veteri. Hodie ex l. 2. & 3. hoc tit. matri, deficientibus tutoribus testamentariis, & legitimis, vel si privilegio à tutela excusetur, vel suspecti genere summoveantur, potest deferri à magistratu tutela filiorum suorum, tam naturalium, quam quæsitorum ex justis nuptiis, si modo juraverit se iterum non nupturam, & renuntiaverit Senatusconsulto Vellejano, quo mulieres liberantur intercessionibus, quas fecere pro aliis: nam tutela est species intercessionis. Sed si contra fidem jurisjurandi mater nubat iterum, non redditis rationibus, non petito alio tutore, filii ex eo tempore habent tacitam hypothecam tam in bonis matris, quam in bonis vitrici, quem eis mater superinduxit, quia præsumitur vitricus fraudem participasse cum matre. Ac præterea ex constitutione Severi, quia non petiit alium tutorem amittit jus successionis filiorum, ut in l. omnem, inf. ad Tertull. l. sciant, inf. de leg. her. l. si mater, inf. in quibus causis pig. & in Novella Theod. de tutor. & Novella Justiniani 22. & 115. Hodie vero ex novissimis Novellis ejusdem Justiniani mater non jurat se iterum non nupturam, ne aperiatur via perjurio, sed tantum apud acta protestatur, & confirmat se iterum non nupturam, Novella 94. Ac præterea præfertur mater legitimis tutoribus, non testamentariis ex Novella 118. quæ ex l. 2. hoc tit. non admittitur ad tutelam filiorum, nisi deficientibus legitimis. Ac præterea non prohibetur mater, quod etiam porrectum est ad aviam, tutelam filiorum, aut nepotum suscipere, si ei sit creditrix, aut debitrix, d. Nov. 94. Et hic solus casus excipitur in Novella 32. ut creditor debitori, vel contra, non sit tutor, vel curator, abrogata lege 8. hujus tit. ut dixi, nisi mater, aut avia. Et ii vero omnes, qui tutores, aut curatores dari non possunt, si forte dati sint, non necesse habent se excusare, quia datio ipso jure inutilis est, & periculum cessationis non agnoscunt, l. 5. & 9. hoc tit. Ac præterea quidam nec volentes admittuntur ad tutelam, vel curam, §. item major, & §. seq. Instit. de excusat. tut.

AD TITULUM XXXVI.

IN QUIBUS CAUSIS TUTOREM, VEL CURATOREM HABENTI, TUTOR, VEL CURATOR DETUR.

INTELLEXIMUS ex l. 9. sup. qui dare tutores, & curatores, & qui dari non possint, & ex l. 9. sup. qui pet. tut. tutorem habenti tutorem dari non posse. Hac sententia etiam utitur l. idem fiet, D. test. tut. & §. interdum, Instit. de cur. Et in specie admodum singulari Paulus lib. 4. Sent. tit. de fideicomm. lib. Et dicitur regula juris in l. ventri, D. de tut. & cur. dat. Quamvis ea lex ait non pertinere etiam ad curatorem, non porrigi ad curatorem: curatorem enim habenti jure curatorem dari. Et quo magis clareat ea in re esse differentiam inter tutorem, & curatorem, observa d. l. ventri esse ex lib. 7. differ. Modestin. & in ea proponi duas differentias inter tutorem, & curatorem, quod ventri curator datur, non tutor, & quod curatorem habenti curator detur recte, non tutorem habenti tutor: regulam illam superiorem esse de tutore tantum, non de curatore. Et ex eodem libro Modestini adde tertiam differentiam in l. 1. D. qui pet. tut. matrem scilicet puniri, si non petierit tutorem filio impuberi, non puniri, si non petierit curatorem filio puberi. Possunt addi & aliæ differentiæ inter tutorem, & curatorem, quod tutor detur testam. non curator: quod tutor detur invito, non curator: quod tutor detur impuberi tantum, curator puberi, & impuberi: quæ differentiæ sunt notissimæ: item quod ad hereditatem adeundam, vel nuptias contrahendas tutor intervenire, & auctoritatem suam interponere debeat, nec sufficit auctoritas curatoris, l. cum in una, §. ult. D. de appel. l. 1. l. in copulandis, sup. de nupt. ut olim etiam ad arrogationem pupilli, l. 8. ff. de adopt. Et generaliter ad ea omnia, quæ juris solemnitatem desiderabant tutore opus erat, nec sufficiebat curator, l. curatorem, ff. de auct. tut. l. ult. inf. de in lit. dand. Et summa differentia hæc est, quod tutor personæ detur, curator rebus, bonis, patrimonio, ut recte est scriptum in §. item tria, Inst. de excus. tut. tutela pupillorum, & cura bonorum. Hæc est scilicet summa differentia inter tutelam, & curam: Nam etsi tutor dicatur etiam dari in bona, l. ult. inf. qui pet. tut. l. propter litem, §. licet, D. de excusat. tut. tamen principaliter datur personæ, vel in personam, id est, in caput liberum potius, quam in rem, & aliquando in rem potius, quam in personam, ut cum mater dat tutorem filio heredi instituto, vel pater filio naturali, cui aliquid dedit, vel reliquit, l. 4. ff. de test. tut. l. naturali, D. de conf. tut. Sed nunquam tutor non datur in personam, & quasi ad pædagogandum puerum. Curator semper datur in rem, non in personam. At ut ad regulam initio propositam revertar, cujus inspectio propria est hujus tituli. Quæro cur tutorem habenti tutor non detur, curatorem habenti jure detur curator? Et cur regula, quæ est de tutore, non sit impedimento, quo minus curatorem habenti curator detur, ut ait dicta lex ventri, D. de tutor. & curat. datis. An quia datio tutoris est actus legitimus, & solemnis, ut superioribus diebus docebam plures nominari, plures advocari agnatos, affines, amicos, & eorum arbitrio, consiliove ex nominatis eligi unum (alioquin non esset electio, nisi exhiberentur plures, & nominarentur) & fit inquisitio in mores, ætatem, & facultates tutoris dandi, & solemne decretum interponitur, ut l. 1. sup. de tut. & cur. illustr. Denique tutoris datio est actus legitimus, & fit ex inquisitione, & decreto prætoris, aut præsidis, l. actus, D. de reg. jur. Actus autem legitimi non iterantur, optio servi, aditio hereditatis, manumissio servi justa, sunt actus legitimi. Et legata optione servi, semel tantum optare licet, l. 5. in princ. D. de leg. 1. Semel licet adire hereditatem, l. si solus, §. ult. D. de adquir. hered. semel manumittere, l. 2. inf. de manumiss. vind. Ergo & semel tutorem dare sic dici potest. An vero, quia pupillus est in tutoris potestate, & nemo potest esse in duorum potestate? sic potius dicamus. Nam cum plures tutores conjunctim dantur, omnes pro uno habentur, ut l. plane, in princ. D. de leg. 1. §. hoc tam varie, inf. de cad. toll. quæ datio utilis est, l. simul plures, D. de tutor. & curat. dat. Cum autem separatim dantur, pro uno habentur, & posterior datio inutilis est, sicut cum dominus eandem rem duobus vendit, aut donat simul, & conjunctim unius personæ potestate funguntur, & dominium ejus rei pro indiviso adipiscuntur. Cum vero duobus separatim vendit, & tradit, jam duo sunt, & potior est is, cui priori res tradita est, l. quoties, sup. de rei vind. nec apud utrumque potest esse possessio, vel dominium in solidum, l. si ut certo, §. ult. D. commod. Pupillus est in potestate tutoris, & nemo potest esse in potestate duorum, ita ut duorum potestas sit in solidum: curatoris

autem nulla est potestas in puberem, vel impuberem, atque adeo tutor pupillum suum dicit, ut in *l. cum quis*, *§. Seja*, *ff. de leg. 3. l. 11. inf. de furt.* Cornutus in illum locum Persii: *Magni pupille Pericli: tutores*, inquit, *dicunt pupillos suos, quorum tutelam gerunt, quod tutela sit potestas in pupillos auctore Servio Sulpitio*. Et inde etiam apud Cornelium Tacitum, initio 14. exprobatio Popeæ vocantis Neronem pupillum, *qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam indigeret*. Regula igitur illa, quæ est de tutore, ut habenti tutorem non detur tutor, non extenditur ad curatorem, longeque distat hac in re, ut & in aliis multis tutor à curatore. Posset enim tentari curatorem habenti curatorem dari non posse, ex verbis hujus rubricæ, sicut vulgo sunt concepta. Nam hæc verba supponunt regulam illam procedere tam in curatore, quam in tutore. Et sub hac rubrica poni exceptiones illius regulæ, & casus, quibus contra regulam tutor tutorem habenti, & curator curatorem habenti detur. Sed auctores sunt omnes libri antiqui, male concepta esse verba hujus rubricæ, & sic esse restituenda, *in quibus causis*, non *casibus* (ut in hoc tit.) *tutorem habenti*, circumscriptis illis verbis, vel *curatorem*, hoc igitur modo, *in quibus causis tutorem habenti tutor, vel curator detur*: Nam & nulla sub eo titulo est lex, quæ loquatur de curatore dato curatorem habenti, sed omnes sunt de tutore, vel de curatore dato tutorem habenti. Possis & idem tentare ex *l. 10. sup. qui dare tut. vel cur. poss.* quæ dicit (ut vulgo scripta est) curatorem habenti alium adjungi, vel in locum ejus alium substitui non posse. Ergo eadem regula valet in tutore, & curatore. Et ponit etiam exemplum, *d. l. 10.* in curatore, qui absuturus erat sui negotii causa, ut in locum ejus alius creari non possit, cum absens curator maneat, & periculo medri temporis obstringatur, si quid interim dum abest damni contigerit rebus pupillaribus, ut ait, qui & absuturus debuit suo periculo actorem constituere interposito decreto prætoris, *l. decreto*, *D. de adm. tut.* Sed ut notavit Glossa recte duplex est lectio *d. l. 10.* Alii codices habent, *curatorem habenti*, quæ vulgo est recepta, & eandem regulam statuit in curatore, quam statuimus in tutore: Falso: glossa notat alios codices habere, *tutorem habenti*: Et hæc est plus quam vera, quam suadent etiam illa verba, *negotiis pupillaribus*: & loquitur ea lex de eo tutore, qui absuturus erat sui negotii causa, non Reipub. causa. Et inscriptione *d. l. 10.* est delenda vox *militi*, quia nec volens miles admittetur ad tutelam, vel curam, *l. 4. eod. sup. §. idem*, *& in milite*, *Inst. de excusat. tut.* Et absens Reipublicæ causa non obstringeretur periculo medii temporis, *l. 1. inf. si tut. vel cur. Reipub. cau.* Et in locum absentis Reipub. causa, licet non desinat esse tutor, daretur alius tutor tutorem habenti, hoc casu *l. 3. §. si quis absuturus*, *D. de susp. tut. l. si tutor Reipub. ff. de tut. & rationibus distr. l. quæsitum*, *D. de tut. & l. 1. hoc tit.* quæ est accipienda de tutore, non de curatore dato in locum tutoris, non curatoris absentis Reipub. causa. Et si potest tutor dari in locum absentis Reipub. causa, & multo magis curator, ut in *l. in omnem rem*, *D. de tut. & cur. dat. §. idem*, *qui Reipub. Instit. de excus. tut.* Denique in locum tutoris absentis Reipub. causa, vel tutor, vel curator datur: in locum autem absentis ex alia causa, neque tutor datur, ut *d. l. 10.* neque etiam curator, *l. curator*, *D. de tut. & cur. dat.* Ubi, inquit, *curator pupillæ, vel pupillo non datur, si tutor eorum affuerit*: sic solent scribere Pan. Hor. & omnes veteres libri, pro *absuerit*, ut in *d. l. in omnem rem.* si Reipub. causa absuerit, & *d. §. si quis absuturus*, & in solemni cautione, dolum malum abesse absuturumque esse. Ergo male in *d. l. 10.* vulgo curator adfuerit, imo afuerit, quod est absuerit. Et hæc igitur una est causa, in qua tutorem habenti tutor detur, videlicet si tutor absit Reipub. causa. Hæc una est exceptio superioris regulæ. Nam & *d. l. 10.* quæ incipit, *Tutorem habenti*, ut exposui, ostendit eam regulam vitiari causa cognita, ut in hac rubrica. *In*

A *quibus causis*, & nominatim *d. l. 10.* etiam ostendit in locum suspecti, convicti, & remoti tutoris alium dari, ut in *l. 4. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *l. 2. inf. de tut. vel cur. qui non satisd.* Ergo in locum remoti tutoris dabitur alius tutor, etiamsi pupillus habeat alios tutores. Et sic tutorem habenti, sive solus testamento datus fuerit is, qui remotus est, & præsto sit legitimus tutor. Nam & in locum remoti dabitur alius tutor ex inquisitione. Et sic hæc est altera causa, in qua tutorem habenti datur alius tutor. Addamus tertiam ex *d. l. 4. hoc tit. & d. l. 2.* quam cum ea conjungendam dixi, ut in locum defuncti tutoris detur alius tutor, licet pupillus habeat alios tutores superstites, & tutorem habenti dabitur alius tutor: ergo sic etiam in locum excusati tutoris datur alius tutor: nam & excusatus ipso jure tutor est, *d.*
B *l. 4. hoc tit.* Itemque in locum deportati, qui desinit esse civis per deportationem, datur alius tutor, licet pupillus alios tutores habeat: quandoquidem tutor deportatus omnino desinit esse tutor, sed in locum ejus datur tutor alius, licet pupillo suppetant alii tutores, *l. si quis sub conditione*, *D. de test. tut.* Item in locum relegati tutoris in perpetuum, licet non desinat esse civis, & tutelam retineat, *l. 4. hoc tit. l. 3. sup. qui pet. tut.* Item in locum furiosi tutoris, id est, qui post susceptam tutelam incidit in furorem, vel in locum muti, aut surdi, etiamsi pupillus alios habeat tutores, *l. pen. ff. de tut.* Multæ igitur sunt exceptiones superioris regulæ: sic sane, & omnes inductæ ex Senatusconsultis, *d. l. pen. & d. l. si quis sub conditione*, *& Ulp. libr. reg. tit. de tut.* Neque iis, quæ dixi de relegato, ut in ejus locum alius tutor
C detur quicquam obstat, quod dicitur in locum exulis, qualis est relegatus curatorem dari, *l. quod si forte*, *§. quid ergo*, *D. de solut.* vel actorem, ut in *l. sine herede*, *§. ult. D. de adm. tut.* Non exemplo absentis Reipub. causa, quod legimus in locum relegati dari tutorem, recte dices, non ideo sequi, & in locum relegati non posse dari tutorem. Potest in locum relegati esse promiscua datio tutoris, vel curatoris, ut in locum absentis Reipub. causa, imo ut etiam in locum furiosi tutoris, cui dicitur substitui tutor, *d. l. pen.* ex Senatusconsulto, & curator in *l. 12. ff. de exc. tut.* Idemque fit in locum excusati. Et id proponitur in *l. 2. hoc tit.* in locum excusati tutoris datum curatorem. Cum tamen, ut ait, potuesit, & debuerit dari tutor, *l. 4. hoc tit.* Et inde quæstio legis secundæ, quæ ita explicanda est. Si curator ita da-
D tus sit, num sit curator? id est, an perseveret ultra pubertatem? Et ait perseverare tantum usque ad pubertatem, & exemplum sustinere tutoris, cum & in locum excusati ex Senatusconsulto potuerit dari, & vero debuerit tutor, non curator. Et ita est omnino legendum, ut legebatur vulgo in hac *l. 2.* *in locum excusati tutoris, licet pupillus alios quoscunque haberet tutores*: potuit dare, tutorem scilicet. Et sequitur deinde: Quamvis autem curatorem dederit exemplo tutoris, finitur hæc curatio pubertate. Et hæ quidem sunt causæ, in quibus tutorem habenti tutor datus ex Senatusconsultis, qui alioquin non posset dari propter regulam juris, de quibus est *l. 1. 2. 4. hoc tit.* In aliis legibus *1. 3. 5.* (sunt enim quinque tantum in hoc titulo) exptimuntur causæ, in quibus tutorem habenti curator adjungitur, vel quod
E solus tutor non sufficiat administrationi, vel quod auctæ sunt facultates pupilli, aut latæ diffusæ, ut in *l. 11. inf. de excus. tut. l. 9. §. ult. ff. de administr. tut.* Qua ex causa non male tutor dator tutorem habenti, videlicet aliarum rerum, non earundem, si pupilli patrimonium sit late diffusum, atque dispersum, ut in *l. propter litem*, *D. de exc. tut. & l. pupillo*, *D. de tut. & cur. dat.*



AD TITULUM XXXVII.

DE ADMINISTRATIONE TUTORUM, VEL CURATORUM, ET PECUNIA PUPILLARI FOENERANDA, ET DEPONENDA.

DIXIT supra de variis tutorum generibus, de testamentariis, legitimis, & iis, qui ex inquisitione à magistratu dantur, cui, & qui dari possunt, à quibus peti debeant, vel possint, & ubi, & à quibus magistratibus dari possint: sequitur nunc ut dicatur de contractu ipso, id est, ut ad rem veniat: illæ enim quasi præfationes fuerunt. Dicet igitur posthac de ipsa administratione tutelæ, vel curæ, ex qua proculdubio est nasci, quasi ex contractu actionem ultro, citroque, directam, vel contrariam tutelæ inter pupillum, & tutorem, utilem negotiorum gestorum inter adolescentem, & curatorem, eoque nomine omnia bona tutorum, vel curatorum tacito jure esse obligata pupillo, vel adolescenti, vel furioso, vel aliis, quibus curatores dati sunt, *l. 20. hoc tit. §. & ut plenius, sup. de rei ux. act. l. ult. sup. de leg. tut.* Neque tamen, quod notandum est, ea tacita obligatio, sive hypotheca bonorum omnium tutoris, vel curatoris impedimento est, quo minus possit interim res suas vendere, donare, aut testamento relinquere. Neque enim alienabuntur nisi cum sua causa, id est, salvo jure tacitæ hypothecæ. Cæterum ipsa tacita hypotheca non tanti est momenti, vel tantarum virium, ut possit libero homini auferre testamenti factionem, vel commercium testamenti, aut liberalitatis exercendæ causam, *l. 17. h. tit. l. 1. sup. rem al. ger. non interd.* Ergo ex hoc contractu, id est, ex causa administrationis tutelæ, vel curæ, non tantum tenentur personæ eorum, qui administrant, id est, personæ tutorum, vel curatorum, sed etiam bona omnia eorum tenentur, & non tantum tenentur, si id fecerunt, quod facere non debent, sed etiam si non fecere, quod facere debent, *l. 1. in pr. ff. de tut. & ration. distr.* Nam & qui non facit, quod facere debet, videtur adversa facere, & contumacia ejus in non faciendo, vel negligentia, cessatio, cunctatio, dolus, vel culpa pro facto, pro contractu, pro gestione, pro administratione est: sicut dicitur dolum ejus, qui non possidet, id est, qui desiit possidere dolo malo, pro possessore esse, *l. qui dolo, ff. de reg. jur.* Denique qui non facit, etiam facere, & contrahere intelligitur, ut teneri possit. Nam qui non facit, & hoc facit, quod non faciat, & ut Philosophi dicunt, privatio actionis, actio est. Et sic e contrario, qui facit quod facere non debet, etiam non facere intelligitur, id est, mala administratio pro cessatione est, *l. qui non, ff. de reg. jur.* Ergo tutores, vel curatores præstant utramque culpam. Duplex est culpa, una in faciendo, altera in non faciendo, *l. si servum, D. de verb. obl.* Prima pars administrationis est inventarii confectio bonorum pupilli, & instrumentorum *de tous les papiers, l. tutor, qui repertorium, D. eod.* secunda pars administrationis est depositio pecuniæ inventæ in bonis pupilli, vel adulti, aut refectæ ex venditione fructuum, vel rerum mobilium. Depositio, inquam, ejus pecuniæ ad prædiorum comparationem, & si nulla bona conditio se offerat comparandorum prædiorum, ejus pecuniæ collocatio, & fœneratio. Summa autem, & præcipua pars administrationis est defensio pupillorum, adolescentium, furiosorum, cæterarumque personarum, quibus curatores dari solent. Et de iis partibus administrationis, deque aliis plerisque dicendum erit. Sed tamen hæ tres sunt insigniores, & excellentiores administrationis partes, ac de his nunc agamus, quam poterit fieri brevissime. Incipere debent tutores, & curatores administrationem à confectione inventarii, sive repertorii. Nam statim quidem atque intellexerunt se tutores, vel curatores datos (ignorantibus parcemus) debent suscipere administrationem tutelæ, vel curæ. Quod si cessaverit, nec excusationem, si quam habuerint, allegaverint intra tempora constituta, periculum omne cessationis, id est, damnum omne, quod interim contigerit negotiis pupilli, vel adolescentis ad eos pertinet, *l. 8. & 19. hoc tit.* Ac præterea extra ordinem compelli possunt ad administrationem, *l. 1. in pr. ff. eod. l. 4. §. 1. ff. rem pup. salv.* Quid est *extra ordinem*? Quia scilicet nulla in eam rem est prodita actio civilis, vel prætoria, nulla actio ordinaria, qua compellatur ad administrationem: sed per prætorem, aut præsidem, si cessent, coercentur pignoribus captis, vel indicta mulcta, & nonnunquam compelluntur manu militari, manu ministrorum prætoris, vel præsidis. Et aggredi protinus debent confectionem inventarii bonorum, & instrumentorum pupilli, adhibitis publicis personis, id est, tabulariis, & scriba viro clarissimo, qui erat veluti quidam arbiter, & interpres, observatorque rerum pertinentium ad minorem, nec sine dignitate, cum diceretur clarissimus, de quo est *l. ult. inf. de mag. conv. & Novella 72. & Novella Constantini, de consuetud. scrib.* id est, de sportulis. Et ita Novella 72. ait inventarium confici publice, id est, præsente illo scriba, & ministris ejus, Et ita accipiatur *lex 24. hoc tit.* adhibita *Nov. 72.* Et si hoc omiserit, si non fecerit inventarium, primum damnatur quanti actor juraverit sua interesse, id est, damnatur arbitrio adversarii jurati, quod grave est, *l. 7. D. eod. l. ult. & pen. inf. de in lit. jur.* Deinde removetur cum infamia, quod dolo malo omiserit confectionem inventarii, nisi pater prohibuerit, & vetuerit confici inventarium. Hæc enim prohibitio conficiendi inventarii valet, quod notandum est ex *l. ult. inf. arbit. tut.* Potest pater remittere tutori inventarii confectionem, alioqui, *ut ait l. 24.* mox deberet conficere inventarium bonorum, & instrumentorum, id est, ut constat ex *Cod. Theod.* eodem momento, quo creatus est tutor, & cœpit tutelam attingere, idem jus est: licet dentur tres menses ex sententia glossæ, & exemplo heredis conficientis inventarium bonorum defuncti, *l. ult. inf. de jur. delib.* Porro magna est utilitas inventarii. Nam inter cætera, amissis chirographis debitorum, incendio, vel casu alio, vel amissis aliis instrumentis, ut emptionum, vel donationum, amissis titulis, ut dicunt, sive anctoritatibus rerum suarum, & specialiter amissis chirographis, possunt conveniri debitores ex inventario ad solutionem, vel novationem faciendam, id est, ad facienda nova chirographa, puta si pecuniæ dies nondum venerit, *l. chirographis, ff. eod.* Hic igitur est primus actus tutoris, vel curatoris, nempe repertorium. Secundus actus significatur his verbis rubricæ nostræ: *Et de pecunia pupillari fœneranda, & deponenda.* Nam debet tutor (& idem est in curatore) pecuniam pupillarem deponere, id est, tuto loco collocare in arcam, vel horreum, alioquin culparetur si eam deponeret in loco non tuto. Deponere inquam, debet, ad prædiorum comparationem, cum se offeret bona conditio prædii comparandi idonei, vel si idonea prædia non inveniantur, debet eam pecuniam fœnori occupare, *l. 4. §. 24. hoc tit.* quod explicandum, & distinguendum erit secundum *Novel. 72.* Et hoc quidem ex ea pecunia scilicet comparare prædia, aut eam occupare fœnori, non debet facere confestim, ut de inventario diximus, quia non posset, nec enim inveniuntur statim idonea prædia, aut idonea nomina, sed intra sex menses primos à suscepta administratione, debet ex ea pecunia pupillari, quam depositam habet, prædia comparare, vel facere nomina, *l. si tutor constitutus, ff. eod.* Et ne hoc videatur obstare post susceptam administrationem, & pecuniam collocatam fœnori, datur ei singulis annis (si singulis annis exactionem faciat pecuniarum fœnori occupatarum, vel eo anno, quo exigit eas pecunias) ad eas rursum elocandas datur ei laxamentum duorum mensium ad faciendum nova nomina. Hi duo menses sunt immunes ab usuris, *l. tutor, qui repertorium, §. usuræ, ff. eod.* Præcipua autem, & magis necessaria pars administrationis (ut ait *l. ult. hoc tit.* &

l. 30.

l.30. ff. eod.) est defensio pupilli, id est, ut in judiciis pupillum, vel minorem 25. annis, vel similem personam, cui curator datur, indefensam non relinquat: ab hac etiam parte administrationis, quasi præcipua, appellantur passim defensores, quoniam præcipuum officium eorum in defensione consistit, licet sint plus quam defensores, nam sunt loco dominorum, quorum res gerunt, & administrant, & quasi domini rem in judicium deducunt, & actiones inferunt sine mandato, non præstita cautione de rato, vel judicatum solvi, quam tamen cavent alii defensores constituti ex mandato. Nec igitur in tutoribus, vel curatoribus valet illa regula juris: *Neminem rei alienæ sine satisdatione idoneum defensorem esse: sine satisdatione*, scilicet de rato, & judicato solvendo. Nam ea regula pertinet tantum ad mandatarios, sive procuratores, non ad tutores, vel curatores, quod satis est modo caveant judicio sisti, suo, & pupilli nomine, sicut Græci dicunt caveant *περὶ ἐμμονῆς*, id est, se, pupillumve suum perseveraturum assidue in exsequenda lite, & peracturum judicium, se in ea re utilitatem pupilli non deserturum, quæ præcipue officio ejus incumbunt. Et hoc ostendit *l. 13. l. ult. §. defensionem, hoc tit.* quæ tota lex est de defensionibus, ut intelligamus quam debeat curæ esse ea defensio in litibus curatorib. & tutoribus. Hæ sunt tres maximæ partes administrationis, sunt autem septem particulæ complures: nam ad administrationem etiam pertinet exactio nominum, & solutio. Nam creditores pupillares tutori, vel curatori solvunt recte, vel etiam pupillo tutore auctore: reditus solvunt recte, vel pensiones, vel vecturas navium, aut jumentorum, aut annonas civiles, si quæ debentur pupillo, etiam usuras secundum modum, *l.27. hoc tit.* Sortes autem fœneratitiæ pecuniæ non satis est si solvantur pupillis tutore auctore, sed requiritur etiam, & necessaria est auctoritas judicis, ut debitori fœneratitio obtingat plenissima liberatio, ut excludatur omnis spes restitutionis in integrum adversus solutionem pupillo factam, *l.25. hoc tit.* quæ lata est in gratiam debitorum pupillarium, ut tutius solvant, & liberentur solvendo, ne extimescant restitutionem in integrum adversus solutionem à se factam, quæ lex facilius explicatur in *Inst. quib. alie. lic. vel non*. Administrationis est etiam dotare puellam, & impendia facere ad nuptias, *l.9. hoc tit. l. curator, ff. eod.* & alios quoscunque sumptus facere necessarios ex honestis, & justis causis, *l. 3. hoc tit.* & auctoritatem præstare pupillo in rebus gerendis, veluti in adeunda hereditate locuplete, nec damnosa, *l.26. hoc tit.* quæ auctoritas eleganter appellatur intercessio, *l. 15. hoc tit.* Et vero apparet auctoritatem tutoris, vel curatoris intercessionem esse, ex eo, quod mater non aliter admittitur ad tutelam filiorum, quam si renuntiaverit SC. Vellejano, quod est de intercessionib. fœminarum dissolvendis, *l. 3. supr. quand. mul.* Inde recte *d. l.25.* ait in contractu pupilli, si subscripserit curator, vel tutor ut fidejussor, eum teneri etiam post finitam curam: sed si subscripserit, & signaverit ut curator, id est, ut auctor rei gerendæ, post finitam curam, redditasque rationes, ex ea intercessione, seu auctoritate, ab eo, qui contraxit cum pupillo, non poterit conveniri, quia non ut fidejussor intercesserit, sed ut auctor. Ac similiter, qui intercedit ut testis, & subscribit, non tenetur, *l.si pater, inf. de fidejuss.* Ac postremo pertinet hoc quoque ad administrationem, ut tutor in judicio superato pupillo, si bona causa pupilli videatur esse, omnino appellet, & provocet, & appellationem persequatur, alioquin tutelæ judicio indemnitatem pupillo præstabit, *l.11. hoc tit.* Nam si mala causa fuerit, necesse non habet appellare, sed ipsemet sibi verum denuntiare debet, ut ait *l.9. §.sicut, ff.eod.tit.* Ac si quis diceret non esse quemquam monendum sui officii, nec adeundum esse quemquam judicem, vel arbitrum, sed unumquemque sibi debere denuntiare, quod verum est, id est, æquum, & honestum, & unumquemque esse sibi debere monitorem, & judicem. Administratio ergo curæ, vel tutelæ partes habet infinitas, & species, quia & negotia hominum sunt infinita, & administratio negotiorum administratio est, & in eas partes administrationis, qui committit tutor, vel curator, damnum omne fert, quod ex ea re contigerit pupillo, vel adolescenti, & plerumque suspecti infamia, vel nota, vel si non sufficiat damno præstando, si non sit solvendo, extra ordinem punitur. Grave enim est pupillum fallere, vel pupillo similem personam nostræ fideicommissam. Ex iis vero partibus administrationis in hoc tit. denotantur multæ, & præter eas, quas indicavi, licet alias addere ex *l.21. 23. 26. hoc tit.* Una tantum mihi superesse videtur, quæ desiderat operam meam: ea est de potestate tutorum, vel curatorum in alienandis rebus minorum. In ea igitur parte nos hodie exercebimus, non quantum potest, sed quantum exigit edictum Constantini, quod est in *l.lex, quæ tutores 22. hoc tit.* Cætera reservabimus in proprio *tit. inf. de præd. min. non al.* Nam hic titulus est generalis, & respicit insequentes fere omnes, atque adeo pleraque reservat specialibus titulis seqq. de diversis administrationis partibus. Aliud est quid generaliter tractare, aliud specialiter, quamvis qui tractat quid generaliter, non possit non attingere etiam species. Res minorum, aut sunt mobiles, aut immobiles: & rursus immobiles, aut sunt urbanæ, aut rusticæ: & jus, quod de iis alienandis constitutum est, aut vetus, aut novum: utrumque vero jus nosse oportet, nisi ex neutro nihil scire velimus. Et exclusa imprimis ab hoc tractatu, seu quæstione ea alienationis specie, quæ fit per donationem simplicem, quæ neque tutoribus, neque curatoribus, neque minoribus unquam permissa fuit, *l.16. hoc tit.* jure veteri .i. ex SC. & oratione D. Severi, tutor, vel curator publico confecto inventario bonorum, & instrumentorum pupilli, debet etiam conficere auctionales tabulas, ut in *l.1. §.de servis, ff.de tut. & rat. distr.* quandoquidem necesse habet omnia pupilli, vel adolescentis bona auctionari, exceptis tantum prædiis, & mancipiis rusticis, vel suburbanis. Nam non potest ea tutor auctionari, nisi ex causa, & ex decreto prætoris, vel præsidis. Cætera omnia potest, imo debet auctione constituta vendere, & pecuniam redactam ex venditione deponere ad comparationem prædiorum rusticorum, vel fœnori occupare, salva tamen ubique, vel servata voluntate parentis, qui bona reliquit, quod & oratione Severi fuit expressum, & exceptum nominatim, *l.1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* ubi ponuntur verba orationis. Et consequenter servata etiam forma, & lege alienandi, quam scripsit parens in testamento, vel codicillis, ut in *l.7. hoc tit.* Ergo excipimus prædia, & mancipia rustica ex oratione Severi, vel suburbana. Excipimus etiam ex eadem oratione, si quid parens, de alienandis rebus, quas reliquit minori, decreverit, & constituerit in testamento, ac codicillis. Detractis iis exceptionibus, dicimus ex necessitate officii tutores, vel curatores debere protinus auctionari omnia bona minorum. Ergo, ut incipiam explicare res, quæ enumerantur hac l.22. sive edicto Constantini, possunt auctione constituta vendere aurum, & argentum minoris, quo nomine non significantur nummi, ne quis fallatur, sed vasa aurea, vel argentea, quod dicitur aurum, vel argentum factum, *qui est mis en œuvre*. Vel significatur materia auri, vel argenti rudis, quod dicitur aurum, vel argentum infectum, *l.cum aurum, ff. de aur. & arg. leg.* Et addit initio hujus legis, etiam gemmas, & vestes, & cætera mobilia pretiosa: vestes igitur pretiosas, veluti sericas, nam *l.emptori, §.1. ff. de evict.* vestes sericas adnumerat rebus pretiosis, quoniam scilicet olim libra auri, libra serici erat, & pro serico aurum appendebatur ad sacoma, *au contrepoids*, ut Vopiscus scribit in Aureliano. Unde, quod est notandum, possis rem pretiosam definire, quæ auro contra veneat, vel auro supra. Et licet res mancipi sint, & dicantur tantum prædia, & jura prædiorum, & res animales, quædam tamen aliæ res mobiles pretiosæ etiam in mancipatum veniunt, sicut prædia, ut nominatim de

marga-

margaritis scribit Plinius, lib. 9. cap. 35. *& 8. & ita etiam d. l. emptori*, §. 1. margaritas adnumerat rebus pretiosis, & infra etiam subjicit margaritas, & separat eas à gemmis. Constat enim margaritas, neque gemmas esse, neque lapillos, sed habere propriam speciem, & partus, scilicet, sive ova animalis esse, *d. l. cum aurum, §. ult.* Et addit etiam inf. in hac *l.* vascula, ut veneant sub hasta in foro, & cætera supellex. Qua in parte Constantinus (quod tamen glo. tentat) non abutitur supellectilis nomine. Nam cum certum sit vasa escaria, vel potoria inesse supellectili, recte positis vasculis, subintulit & cætera supellex, & addit etiam initio h.l. mancipia etiam urbana: nam sic omnino legendum est, urbana mancipia, & non urbana prædia: & mancipia, quoniam prædia urbana statim subjicit, dum ait domos, balnea, horrea. Ergo hæc omnia tutores, vel curatores necesse habent vendere publica auctione constituta, nec debent ea servare minoribus: denique ea omnia debent in pecuniam redigere, & ex ea pecunia rem augere pupilli: Prædia autem, vel mancipia rustica, vel suburbana non possunt vendere sine decreto, Illa scilicet debent vendere statim, etiam sine decreto, vel auctoritate magistratus. Atque ita hac in re erat olim differentia inter prædia urbana, & prædia rustica, & inter servos urbanos, & rusticos. Et ratio differentiæ inter prædia urbana, & rustica hæc fuit, quia prædia rustica sunt proventus, & fructus majores, certiores, & necessarii magis, nec sunt tot casibus obnoxia, quot prædia urbana. Et urbana sæpius plus sumptus requirunt, quam reddunt emolumenti. Et inde in *l. verum, §. si locupletem, ff. de minor.* minor, si adierit locupletem hereditatem, in qua sint prædia rustica, non potest restitui in integrum, licet ea prædia postea casu majore deperierint, veluti terræ fragore: sed si adierit hereditatem opulentam, & locupletem, in qua erant multæ res mortalea, vel prædia urbana, restitui potest in integrum, quod demonstrat aperte differentia inter urbana, & rustica prædia, inducta oratione Severi, & Senatusconsulti. Ratio autem differentiæ inter servos urbanos, & rusticos hæc est, quia urbani servi pejores sunt, & astutiores, ut utilius sit eis carere minores, nec sunt admodum necessarii, maxime venditis prædiis urbanis: Servi autem rustici simpliciores sunt, & utiliores, & necessarii omnino, quasi pars prædiorum rusticorum, ut ait Julianus *in Novella Justiniani 7.* Et hoc quidem fuit jus vetus. Hæc distinctio rerum introducta fuit jure veteri, illo scilicet senatusconsulto, & oratione Severi. Hodie ex edicto nono Constantini, id est, ex hac lege 22. quod confirmat etiam *l.* 24. & aurum, & argentum, & gemmæ, vel lapilli, vel margaritæ, & vestes, & cæteræ res mobiles pretiosæ minorum, & vascula, & cætera supellex, & servi urbani, & prædia urbana, eodem jure sunt, quo sunt prædia, & mancipia rustica, vel suburbana ex oratione Severi, ut scilicet, non possint alienari, vel obligari, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dari, nisi per inquisitionem causis probatis, & interposito decreto prætoris, *d. l.* 22. *§.* 1. quam in hanc rem specialem destinavit Constantinus, cujus specialiter hanc cognitionem demandavit, atque adeo appellavit illum de suo nomine Prætorem Constantinianum in *l. ult. inf. de præd. min. l. 25. C. Th. de prætor.* Ad prætorem Constantinianum in urbe pertinet, & hac in re, & in aliis omnibus interpositio decretorum, ut *l. 1. sup. de off. prætor.* quæ in provinciis pertinet ad præsides. Dixi in donationem propter nuptias, vel in dotem ex hac *l.* 22. ut nullæ res minorum, nulla prædia dentur in donationem propter nuptias, vel in dotem citra decretum prætoris, vel præsidis. Ergo hæ donationes etiam rusticorum prædiorum valent ex decreto, donationes autem simplices, quæ hic non exprimuntur, nec cum decreto valent. Neque huic definitioni quicquam obstat *l. 1. sup. si adv. don.* quæ est accipienda de rebus mobilibus, dum significat earum donationem valere etiam sine decreto, sed restitui posse minorem adversus eam. Non est autem acci-

A pienda de prædiis rusticis, de quibus non loquitur, sed de mobilibus, ut dixi, donatis propter nuptias, vel in dotem. Nihil etiam obstat *l. prædia, inf. de præd. min.* quæ potius ostendit, nec prædia rustica donari posse propter nuptias sine decreto: ergo etiam posse ex decreto. Nec etiam obstat *l. ult. inf. si major. fac. al.* quæ dum excipit donationem propter nuptias, satis ostendit, eam valere ex decreto, non valere sine decreto, sed confirmari post legitimam completam ætatem silentio quinquennii. Donationem autem simplicem, nec cum decreto valere, nec confirmari post completam legitimam ætatem, nisi præscriptione longi temporis, quæ est sententia *l. ult.* Ac præterea non obstat etiam *l. ob æs alienum, inf. de præd. min.* quæ dicit, prædia rustica alienari posse ex decreto ob æs alienum tantum. Et simi-

B liter *l. ult. ejusd. tit.* ob æs alienum duntaxat: taxatio illa videtur excludere donationem propter nuptias, vel dotem, ut scilicet nec possint ex decreto alienari prædia rustica. Sed leve est argumentum plerunque in jure, quod illis taxationibus ducitur, id est, ex illis articulis, *solum, duntaxat*. Et id, quod proprie pertinet ad hunc locum aperiam, si respicias ad illa verba orationis Severi: verum est, ob æs alienum tantum cum decreto alienari prædia rustica. Sed ex sententia ejus orationis, vel ex productione rationis, & ex interpretatione ampliore manifestum est, etiam ob aliam causam justam, veluti ob nuptias, ex decreto permitti alienationem prædiorum rusticorum. Ergo intelligimus (ut rem omnem concludamus) ex hac lege hodie eodem jure esse mancipia urbana, quo rustica, ut non temere alienentur,

C vel pignorentur, vel dentur in dotem, aut donationem propter nuptias, sed ex decreto. Et utitur Constantinus hac ratione: quia pupillo, vel adolescenti, etiam servi urbani servire possunt utiliter, & aliquando etiam vitam domini protegere, ac vindicare, & usui esse domino, vel propter notitiam rerum familiarium, qua instruere possunt tutores, vel curatores, vel ad detegendas fraudes tutorum, aut prædas, quod servi boni, inquit, ultro facturi sunt, mali, adhibitis tormentis. Vel etiam utiles sunt servi urbani propter perfectæ alicujus artis peritiam, vel propter operas, operarumve mercedes, quibus partim se tueri possunt, vitamque suam, partim, ut ait, ex taxatione alimentorum, id est, ex demenso suo, ex diariis, & justis præbitis, ut Græci interpretantur hoc loco, quæ domini debent servis. Et his rationi-

D bus censet Constantinus, neque vendendos esse servos urbanos magis, quam rusticos sine decreto, sed retinendos in familia, & conservandos minoribus. Dices, periculum est ne moriantur, melius igitur citius eos distrahere, etiamsi nulla res cogat: Respondet Constantinus, melius esse eos mori dominis, quam extraneis. Rursus dices periculum esse ne fugiant, ideo melius esse ex iis refici nummum. Respondet Constantinus, si fugiant, plerunque fugam imputari tutori, puta, quod eis causam dederit tutor, vel curator, per neglectum disciplinæ, vel custodiæ, vel per sævitiam, aut avaritiam suam. Ac postremo dices: Quot servi, tot hostes, quo etiam proverbio noster Theophilus usus est in *tit. de his, qui sunt sui, vel al. jur.* Sed Constantinus huic proverbio derogat fidem, dum ait, eos non execrari, sed eos magis

E diligere dominos, à quibus scilicet tractantur benigne, & temperate, ut Seneca ait recte: *Non habemus eos hostes, sed facimus, dum in eis superbissimi, contumeliosissimi, & crudelissimi sumus*. Et ita Constantinus removet omnes objectiones juris veteris inter mancipia rustica, & urbana. Omnia autem vult promiscue servari minoribus, nec distrahi, nisi urgente necessitate, & causa cognita, & auctoritate sive decreto magistratus. Ostendit etiam summa ratione, se velle omnino, ut eodem jure sint prædia urbana, quo rustica, quia luctuosum est, inquit, & lugubre vendere domum eam, in qua decessit pater. Et sane solet etiam malis moribus depravatis adscribi, si quis vendat domum paternam, & in qua ipse minor fortasse crevit, & in qua majorum imagines

non

non videre fixas, aut revulsas videre, satis lugubre est, nam hæ imagines sequebantur emptorem domus. Et eodem modo loquitur Corn. Tacitus Hist. 3. *ambustasque Capitolii fores penetrassent, ni Sabinus revulsas undique statuas, decora majorum, in ipso aditu vice muri objecisset*. Ergo nec domum talem, nec ullam domum, ullumve ædificium urbanum ex hoc edicto tutores, vel curatores vendere possunt sine decreto: sed debent tutores, & legatarius, cui legatus est ususfructus, & herea initio administrationis in testatum redigere, qualia invenerint ædificia, ut appareat quod eorum causa deterius factum sit, ut in *l. 1. §. recte, ff. usufruct. quemad. cau.* Et ita debent facta tecta tueri, aut reficere, si sit refectio necessaria. Eleganter subjicit, minoribus sicut subventum est constitutionibus tit. *de sec. nupt.* adversus matres, quæ novis maritis plerunque, & res, & vitam filiorum prioris mariti addicunt, ita æquum esse minoribus subveniri adversus tutores, vel curatores, ne quid temere obligent, vel alienent. Veteres malebant omnia bona, exceptis rusticis, ut dixi, in pecuniam redigi, quia antiqui omne robur patrimoniorum in pecunia ponebant: cum scilicet, dicerent, ut ait Demosthenes, & Æschines, pecuniam esse nervos negotiorum, *νεῦρα τῶν πραγμάτων*, sed se arbitrari tutius esse, si bona qualiacunque rustica, vel urbana minorum eis conserventur, quam si ex eis redacta pecunia fœnori occupetur, quia sæpe pecunia abortum facit, & numina sæpe fiunt deteriora. Quid fieret lapsis, & perditis nominibus, si cætera omnia bona in nummos redigerentur fœnerandos? Tutius igitur, & melius est bona conservari, & ita Constantinus censuit, & excipit tamen vestes usu detritas, & generaliter res omnes, quæ facile corrumpi possunt, quæ tempore depereunt, quæ servando servari non possunt, ut fructus prædiorum, *l. ult. §. ult. inf. quan. decr. opus non est.* Excipit idem animalia supervacua, hæc sola vendere tutores, & curatores possunt sine decreto, & nulla alia.



AD TITULUM XXXVIII.

DE PERICULO TUTORUM, ET CURATORUM.

ADMINISTRATIONI conjunctum est periculum. Nam si quid per causam administrationis neglectæ, aut gestæ perperam minor amiserit, vel non acquisierit, *l. quicquid, inf. arbit. tut.* vel tutor, vel curator eo nomine minorem indemnem damno præstat, id est, omne damni periculum agnoscit secundum regulam *l. 50. sup. tit. prox.* ut resarciat damnum, qui dedit, quod & aliæ *ll.* multæ *tit. prox.* demonstrant, *l. 8. 55. 18. 25. 23.* & recte post titulum *de administratione* datur hic tit. *de periculo*, quod, ut supra dixi, administrationi conjunctum est semper, ut id repetamus, quod habuimus *tit. super*. Sed ut intelligatur non semper ad tutores, vel curatores periculum redundare, aut pertinere: hæc proponuntur in *hoc tit.* veluti exceptiones quædam ad tit. sup. quo multis locis ostenditur periculum administrationis non pertinere ad tutores, vel curatores, qui administrarunt. Nam in hoc tit. primum ostenditur, non pertinere ad eos periculum administrationis collegæ, id est, contutoris, vel concuratoris, qui non in eadem, sed in alia provincia administrat, cum esset inter eos distributa administratio per provincias, *l. 2. hoc tit.* Non pertinere etiam ad eos periculum damni, quod contigit negotiis pupillaribus casu fortuito, sine dolo, & culpa tutoris, vel curatoris, *l. 3. & 4. hoc tit.* quia nullus hominum consilium potuit prævidere casus fortuitos, & damna fatalia, nullus etiam iis obsistere. Et ideo si res pupilli subito latronum incursu pereat, hic casus non imputatur tutori. Non pertinet etiam ad eos administrationis periculum ejus temporis, quo nesciunt se tutores, vel curatores datos, *l. 5. hoc tit.* si modo justam ignorationis causam & allegare, & probare possunt. Et postremo non pertinet etiam ad eos periculum futuri temporis, post finitam tutelam, vel curam, *l. ult. hoc tit. l. tutores, §. 1. ff. eod.* Sicut ad eos etiam non spectat periculum præteriti temporis, veluti ad curatorem, qui tutori successit, post susceptam curam non pertinet periculum præteriti temporis, id est, tutelæ temporis, *l. 1. sup. tit. prox.* Ergo post *tit. de administratione tut.* qui sane est etiam de periculo (semper enim cum administratione periculum ambulat) datur hic tit. specialis, *de periculo*, ut exponantur causæ, ex quibus à tutore periculum avertitur. Et præterea, ut intelligamus, non eos tantum tutores, vel curatores obstringi periculo administrationis, qui dati sunt administrandi causa, quod satis docuit titul. superior, sed etiam, quod non docuit, tutores datos notitiæ causa, id est, ut alios tutores, vel curatores instruant de fortunis pupilli, vel adolescentis, quales plerunque solent dari liberti, qui actores fuerunt rerum domini, vel dispensatores, & qui novere totius familiæ rationes, negotia, bona, supellectilem. Et hæc est sententia *l. 1. h. t.*

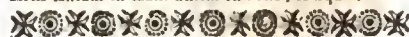


AD TITULUM XXXIX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS, VEL CURATORIS MINORES AGERE, VEL CONVENIRI POSSUNT.

HIC titulus est etiam de administratione tutorum, vel curatorum. Nam docet hic titulus, ex lite, quam intendit tutor, vel curator minoris nomine, si condemnetur, minorem conveniri utili actione judicati, non tutorem, vel curatorem, *l. 1. hoc tit.* Actio judicati est executio sententiæ, quæ fit tum in personam damnati, tum in bona, captis pignoribus, scilicet in causa judicati. Æquum autem est, ne officium tutoris ei sit damnosum, vel curatoris, qui litigaverit nomine pupilli, non suo, & non fieri executionem in bona tutoris, vel curatoris, quod etiam obtinet in procuratore, qui se liti non obtulit ultro sine mandato. Nam actio judicati datur domino litis, & in dominum litis, non procuratori, vel in procuratorem, qui alieno nomine litigavit, *l. 6. ff. de re jud.* Item ex mutuo pupillus potest conveniri actione creditæ pecuniæ, si tutor pecuniam mutuam sumpserit nomine pupilli, & converterit in rem pupilli, *l. 3. hoc tit.* Ergo ex his duobus casibus minor convenitur ex facto tutoris, vel curatoris. Et ex diverso docet etiam hic titulus, minores agere ex stipulatione creditæ pecuniæ suæ interposita à tutore, vel curatore, vel etiam sine stipulatione ex mutuo suæ pecuniæ, quod contraxit tutor actione si certum petatur, *l. 2. h. tit.* Item potest agere minor ex locatione prædiorum suorum facta à tutore, vel curatore (*qui a baille à rente son bien*, ut dicunt Galli) *l. 4. h. tit.* quæ omnia facta continentur nomine administrationis. Et sic in summa duo ponuntur casus in hoc titulo, quibus minor convenitur ex facto tutoris, vel curatoris: & duo, ex quibus agit ex contractu, quem habuit cum alio tutor, vel curator, ex rebus pupillaribus. Dices, ergo per tutorem pupillo adquiritur actio, quod est contra regulam juris: nam per liberum hominem alteri non adquiritur actio, & tutor est liber homo, in cujus potestate pupillus potius videtur esse, quam ipse in pupilli. Et sane regulariter per tutorem pupillo non acquiritur actio, *l. ult. h. tit.* ubi ponitur regula *l. solutum, §. per liberum, ff. de pign. act.* quæ nominatim loquitur de tutore. Sed ex his causis, quas retuli, per tutorem pupillo adquiritur actio utilis, non directa, *l. 2. h. tit. l. 2. ff. eod.* Cur utilis? Quia pecunia, quam tutor credidit, fuit pupilli, quia prædia, quæ locavit pupilli fuerunt. Cur non competit directa? quia tutor suo nomine credidit pecuniam pupillarem, vel locavit ejus prædia, non nomine pupilli, alioquin frustra locasset nomine pupilli. Nemo enim contrahit alteri, nec paciscitur, sed sibi, nemo alteri stipulatur, hoc est tritum, sed obtinet in omnibus contractibus. Credi-

disset autem tutor suo nomine pecuniam non inutiliter, (A) non tantum pupillarem, sed etiam suam, & adquitivisset utilem actionem creditæ pecuniæ minori, quia & quilibet alius extraneus credendo suam, vel pupilli pecuniam nomine pupilli, ei adquirit utilem actionem, quia hoc jure singulari receptum est in pecunia credita, ut etiamsi regulariter non recte contrahamus alteri, recte tamen credamus pecuniam, recte contrahamus mutuum alteri, id est, nomine alterius, ac si pecunia esset alterius, *l. 2. sup. per quas pers. nob. adquir.* Ergo quisquis nomine pupilli suam, vel pupilli pecuniam credit, pupillo adquirit utilem condictionem. Qui autem suo nomine pecuniam pupilli credit, non adquirit ei utilem condictionem, nisi sit tutor, vel curator. At quibus ex causis convenitur pupillus ex facto tutoris, directo judicio convenitur, non utili, quia scilicet, (B) tutor litigavit, vel pecuniam mutuam sumpsit nomine pupilli, *l. 1. & 3.* Possum alium obligare suo nomine contrahendo, vel quasi contrahendo, veluti judicio accepto lite contestata. Nam contestatio litis est quasi contractus. Non possum tamen alii adquirere actionem, vel obligationem: nec etiam unquam adquiro directam, sed certis tantum ex causis utilem ex bono, & æquo.



AD TITULUM XL.

SI EX PLURIBUS TUTORIBUS, VEL CURATORIBUS OMNES, VEL UNUS AGERE PRO MINORE, VEL CONVENIRI POSSIT.

(C) SCIRE nos convenit, cum inter tutores, vel curatores non divisa est administratio tutelæ, vel curæ, ratum esse debet quodcumque per unum gestum est, nec quicquid geritur, necesse est geri per omnes, vel administrari, etiam quod unus gessit ratum est, *l. 3. in prin. ff. de adm. tut.* Ergo rata etiam est causæ defensio, quam cessantib. aliis unus exequutus est, *l. 1. h. t.* quod est præcipuum munus administrationis, *l. 30. ff. eod.* Sin autem divisa sit administratio, puta per provincias, tu regis bona illius provinciæ, ego bona illius provinciæ, quæ divisio fit auctoritate magistratus, tunc in sua quisque provincia causam pupillarem agere debet, non in aliena, nullus debet se immiscere negotiis alii adscriptis contra divisionem, & distributionem factam à magistratu, quia divisio tutelæ est jurisdictionis, *l. inter*, *ff. eod.* Et ideo tutor rerum hujus provinciæ (D) non potest agere ex contractu pertinente ad aliam provinciam; vel si agat, repelletur exceptione divisionis, *l. 4. ff. eod.* Sed notandum est maxime, quod ait *l. inter*, divisionem tutelæ valere inter tutores ipsos tantum, ne quis alterius munus usurpet, sed suum tantum exequatur, nec tamen eam divisionem posse adferre præjudicium creditoribus pupilli, non posse obstare creditoribus suum repetentibus à pupillo, vel hujus, vel illius provinciæ tutore auctore, vel ab hoc, vel ab illo. Et ideo, si tutor rerum hujus provinciæ agat ex contractu suæ provinciæ, debitor, cum quo agit, potest ei opponere compensationem ex contractu alterius provinciæ. Quæ est sententia *d. l. inter*. Igitur & si cum tutore hujus provinciæ agat creditor provinciæ alterius, non excludetur exceptione divisionis, quia res inter alios acta non debet ei officere. (E) Et quia licet sint plures tutores, unus est pupillus, qui debet, & unum patrimonium: Nam unius hominis non possunt duo esse patrimonia, nisi militis peculium paganum, & castrense, *l. jurisperitos, ff. de exc. tut.* Unus est ergo pupillus debitor, unum patrimonium, licet administratio ejus sit inter tutores divisa. Et hoc ostenditur in *l. Titium, §. ult. ff. eod.* Videtur tamen cum hac sententia pugnare *lex 2. hujus tit.* dum ait, divisa administratione, iis tantum omnibus litem insinuari, litem denuntiari, id est, hos tantum omnes tutores in jus vocari convenit, ad quos pertinet administratio rerum ejus provinciæ, ex qua manat contractus, ex cujus causa agitur. Ergo creditor non potest agere cum tutore alterius provinciæ. Sic resp. lex 2. dicit, *iis tantum omnib. insinuari litem convenit, &c.* Sane convenit, iis tantum denuntiari, ad quos pertinet administratio rerum ejus provinciæ, sed non male etiam cum aliis tutoribus alterius provinciæ creditor experietur sui servandi causa, quia non alligatur legibus divisionis. Et consequenter etiam alii tutores ei solvent recte, ut tutor rerum urbanarum solvet recte, si conveniatur à creditore provinciali, *d. l. Titium*, *§. ult.* quanquam esset convenientius quemvis creditorum adire suæ provinciæ tutores. Illud vero expeditum est, & certum, litem tantum inferre posse tutores ex contractibus, qui pertinent ad provinciam suam, quod in hac lege sequitur. Et quod ait *omnibus*, est verum, omnes tutores, ad quos pertinet administratio rerum illius provinciæ, in judicium vocari, omnibus litem insinuari, & condici. Cæterum, vel ab uno causam defendi posse, etiam verum est in *l. 1.* Divisio administrationis tutelæ inter ipsos tutores duntaxat locum habet, nec quod inter eos actum est, jus cæterorum, cum quibus nihil actum est, lædere potest. Non potest igitur efficere ea divisio, ut creditor pupillaris non agat cum quo voluerit ex tutoribus: nam res inter alios acta, vel judicata aliis non nocet. Et hoc etsi non probaretur *l. inter*, *& l. Titium, §. ult. ff. de admin. tut.* tamen habet naturalem intellectum. Et tamen aliud cavetur *l. 2. hoc tit.* Nam si divisa administratio fuerit, inquit, per provincias, iis tantum, & ab iis tantum litem inferri, vel insinuari convenit, qui in ea provincia, unde res, qua de agitur, originem duxit, officium tutelæ, vel curæ sustinent. Non ergo aget creditor pupillaris cum quo volet ex tutoribus, & divisio inter eos facta, tenebit etiam creditores pupillares, quod iniquum est, & jam ante satis reprobatum. Ideo dicebam verbum, *convenit*, non importare necessitatem. Sed concedamus importare necessitatem, quod & verius est, & rem omnem nunc ita explicemus luculenter. *In hac l. 2.* insinuatio litis significat denuntiationem solemnem futuræ litis, quæ olim erat in usu, & fiebat olim apud acta. Igitur hæc l. 2. est accipienda de solemni denuntiatione illa veteri litis futuræ. Idemque aperte demonstrat *l. 1. C. Th. de denunt. vel ed. resc.* Unde sumpta est hæc lex 2. quod notandum est, ut plane inde appareat hanc legem 2. esse referendam ad solemnem illam denuntiationem futuræ litis, postquam utrique parti erant constituta certa tempora ad litem exsequendam, & contestandam, post quæ agenti obstabat præscriptio temporis, & exceptæ erant tantum certæ causæ, & actiones, in quibus ille ordo solemnis juris antiqui non observabatur, ut causæ ecclesiasticæ, & causæ, quæ non excederent summam 100. aureorum, & etiam momenti, id est, de possessione restituenda, vel recuperanda, & actio tutelæ, & negotiorum gestorum, & querela inofficiosi testamenti, & actio creditæ pecuniæ, *l. 3. & 6. eod. tit.* Ubi autem observatur ille ordo solemnis, denuntiationem fieri oportet solemni more iis, vel ab iis tutoribus tantum, qui in ea provincia tutelæ onus sustinent, & iis *omnibus*, ut ait: nec enim alias current tempora post denuntiationem constituta ad litem contestandam, quam si iis omnibus ea lis intimata, denuntiata, insinuata fuerit. Cæterum causam agi, & etiam contestari ab uno ex iis posse, nemo negabit, quia unus tutor facilius exercet, & excipit actiones, *l. 3. §. apparet, ff. de adm. tut.* Ubi autem illa denuntiationis, & temporum observatio cessat, ut in actione creditæ pecuniæ, sicut dixi, si ad eam pecuniam solvendam minor, vel tutor, vel curator ejus convenietur evidenti chirographo, vel si quæ alia actio sit, quæ non excedat summam centum aureorum, tunc protinus creditor agit cum quibus est commodum, etiam cum eis, qui in alia provincia tutelæ officium administrant, quia legibus divisionis factis inter tutores, creditor non alligatur. Ergo apparet *l. 2.* esse restringendam tantum ad solemnem illum ordinem juris, id est, solemnem denuntiationem, solemnem observationem temporum, ut ea solemnitas peragatur secundum formam divisionis tutelæ. Ubi ei so-

lemnitati locus est ; non ubi locus non est, sicut hodie A
nusquam ei solemnitati locus est, soblatis illis ambagi-
bus, ut ait *l. ult. inf. de interd.* Et ita liquet mihi hodie
hunc nodum satis difficilem solvendum esse, alioquin est
inextricabilis, nisi scilicet d. legem ult. interpreteris se-
cundum jus vetus, & secundum locum unde sumpta est.



AD TITULUM XLI.

NE TUTOR, VEL CURATOR VECTIGALIA CONDUCAT.

QUO expeditior sit tutelæ, vel curæ administra-
tio, nec oneretur ex alia causa graviori, cave-
tur in h. tit. ne tutores, vel curatores fiant pu-
blicani, *peagers*, ne conducant vectigalia B
fisci, antequam paria cum suis minoribus fecerint, id est,
ante redditas rationes tutelæ,& reliqua. Quod etiam osten-
ditur io *l. 1. §. ex illa, ff. ad l. Corn. de fal, & l. ei exi-*
rtores, ff. loc. Quæ leges etiam docent id juris esse ex con-
stitutione Severi, & Antonini, & non tantum inhibere
conductionem vectigalium, sed etiam quemlibet alium
contractum fiscalem, & non tantum conductionem ve-
ctigalium fisci, sed etiam conductionem prædiorum Cæ-
saris. Hujus prohibitioois duæ sunt rationes. Una respi-
cit pupillum, ne tutelæ administratio, & obligatio one-
retur ex causa fiscali, ut in *l. locatio, §. debitoris, ff. de*
public. dicitur debitores fisci, vel Reipub. non posse con-
ducere vectigalia fisci, ne ex alia causa, inquit (eadem
enim ratione utitur) eorum debita onerentur: altera ra-
tio respicit fiscum, qui ot pupillus tacitam habet hypo- C
thecam in omnibus bonis debitoris sui, uterque habet
tacitam hypothecam, *l. aufertur, §. fiscus, ff. de jur. fisc.*
ne scilicet privilegio temporis in hypothecis prælato pu-
pillo, quod tutela sit vetustior conductione vectigalium,
nihil fisco supersit ex bonis publicani, quo suum sibi ser-
vare possit. Denique constitutio Severi, & Antonini ex-
cludit fraudem fisci, & eodem modo providit fisco suo
plurimom, & adjecit pœnam, si tutor, vel curator fuerit
publicanus: Ut si dolo malo versatus tutor in celanda
priore hypotheca, qoæ ex causa tutelæ, vel curæ descen-
derit, accedat ad conductionem vectigalium fisci, vel
alium contractum habeat cum fisco, qui si id scisset, cum
eo non contraxisset, teneatur lege Cor. de falsis, quia
obrepsit, & imposuit fisco. Obreptio illa, & impostu-
ra, & reticentia, sive suppressio veritatis, & tutelæ, qua D
nondum solutus erat, falso comparavit, & tenetur cri-
mine falsi, non quidem ex ipsa lege Cornelia, sed ex
constitutione illa, qoæ legem produxit ad hunc casum.
Sed ut cavetur in constitutione hujus tituli, tutor, qui se-
mel incidit in hanc pœnam falsi ex hac causa per subre-
ptionem, & συναρπαγὴν, ut vocant, conducto vectigali
fisci, si postea satisfaciat utrique in solidum, pupillo, &
fisco, facile impetrabit veniam criminis à Principe. Tu-
tius est veniam petere, ut in *l. Divus, §. plane, D. de*
lege Corn. de fals. quia satisfactio sola non purgat crimen,
nec liberat pœna eum, qui semel commisit in legem, *l.*
qui ea mente, D. de furt. l. ult. D. vi. bonor. rap. Et ideo
recte Imperator ait in hac lege, *quoniam me ultro adisti*,
veniam scilicet petens admissi falsi, & satisfecisti utri-
que, ita ut nihil amiserint, remittimus tibi pœnam falsi. E
Et hoc quidem, quod dixi hactenus, locum habet, si
tutela foerit vetustior conductione vectigalium. Non
enim qui tutelæ tenebatur, potuit postea publica con-
ducere, & publicanos fieri. Quid si vectigalium con-
ductio vetustior sit tutela, an incidet in crimen falsi,
quod susceperit tutelam postea, ita ut idem invenia-
tur esse & totor, & publicanus? Minime. Et hoc est,
quod ait hæc eadem lex in fine, eum se posse excu-
sare periculo, id est, periculo falsi, ut Basilic. accipiunt
recte, in quibus loco illorum verborum, *poteris te*
periculo excusare: ita est, ἀπαλλάττεται τοῦ τῆς παραγραφῆς
ἐγκλήματος .i. *liberatur crimine falsi*, & additur ra-
tio in *d. l. 1. §. ex illa, ff. ad leg. Corn. de fals.* quia illa con-
stitutio Severi, & Antonini, de qua tractamus, fraudem
fisci excludere voluit, & amovere, quæ nulla est, cum
fiscus prior est hypothecis, quia prior contraxit. Nec
etiam constitutio illa admittit excusationem tutelæ dela-
tæ ei, qui aote cum fisco contraxerat: Nam illa consti-
tutio non loquebatur specialiter de conductore vecti-
galium fisci, licet hæc de eo loqueretur specialiter: sed
geoeraliter loquebatur de eo, qui contrahit cum fisco,
ut ne contrahat, si tutelam ante gesserit, nec dum ratio-
nes reddiderit: sed ex diverso contraxerit cum fisco, ne
etiam excusetur à tutela, quæ nunc ei defertur, quia sci-
licet non quicunque contraxit cum fisco, non quicun-
que obligatus est fisco, à tutela excusatur, neque enim
id justum est, & æquum. Conductor vectigalium fisci ex-
cusatur à tutela, quia illa negotiatio est operosa, & im-
plicita nimis, anxia nimis, & solicita, *l. in honoribus, §.*
non alias, ff. de vacat. muner. l. 1. inf. de conduct. vectig.
fis. lib. 10. Conductor etiam prædiorum fisci, vel Cæsa-
ris excusatur à tutela, ut sit magis idoneus prædiis exer-
cendis, *l. pen. §. coloni, ff. de jure immunit.* nisi scilicet
videatur utcunque posse tractare, & administrare sine
damno fisci, vel Cæsaris, *l. ult. §. 1. ff. ad municip.* se-
cundum quam nobis est interpretanda *lex coloni, inf.*
de excusat. tutor. Procurator etiam fisci excusatur à
tutela, vel cura, *§. item D. Marcus, Institut. de excus.*
tutor. Hi excusantur, sed generaliter quicunque con-
traxit cum fisco, & ei obligatus est, ejus excusatio non
admittitur à tutela, vel cura, nec admissa illa constitu-
tione Severi, & Antonini, sed fraus tantum exclusa,
ne qua fieret publico, & fisco. Et ita hoc est explican-
dum, quod tamen erat difficile. Illud adnotandum est
præterea, ne tutor, vel curator conducat vectigalia fi-
sci, sic esse accipiendum, ut illa verba satis indicant:
Cum autem fisco te jam obstrictum, postea tutorem, &c.
Nam aliud est in vectigalibus civitatum. Tutor enim
non prohibetur conducere vectigalia civitatum, non
excusatur à tutela, *l. ἐπάδοντα, §. ἀτελὴς, ff. de excusat.*
tutor. Et ratio differentiæ est evidens, quia civitates cæ-
teræ præter urbem sunt privatorum instar, *l. eum, qui,*
ff. de verb. signific. & non habent tacitam hypothecam,
sicut fiscus in bonis debitorum suorum, in *l. a. inf. de ju-*
re Reipub. lib. 11. ita ut sine civitatum fraude, sine frau-
de hypothecæ, quæ nulla competit civitati, recte con-
ducat vectigal, qui ex causa tutelæ obligatus est, &
etiam bona sua omnia eadem ex causa obligata habet.
Et notandum est iis, quæ diximus, nihil obstare *l. 1. sup.*
rem. alien. ger. dum ait, tutorem posse fundum suum
obligare fisco cum suo onere, id est, cum causa gene-
ralis hypothecæ, quam habet pupillus in omnibus bo-
nis suis. Ergo tutor non prohibetur contrahere cum
fisco. Respondeo ibi fundum specialiter obligari, quia
casus de speciali hypotheca non continetur constitu-
tione Severi, & Antonini: sed is casus, quo fisco com-
petit generalis tacita hypotheca, qoam non habet fi-
scus in cæteris bonis debitoris, si eis res certa obligata sit
specialiter, quia lex dedit tacitam hypothecam, & non
solet lex cavere ei, qui sibi præcavit. Denique non dat
lex generalem tacitam hypothecam fisco, qui fuit
contentus speciali. Et hujus rei argumentum præbet
lex ult. sup. de pact. conv. Et hoc est, quod dicunt docto-
res, provisionem homiois tollere provisionem legis.
Eademque ratione nihil obstat iis, quæ diximus, si di-
cis tutorem, qui conducit vectigal fisci, vel alias cum
fisco contrahit, quod celaverit, fiscum de onere tute-
læ, teneri crimene stellionatus: ergo non teneri crimi-
ne falsi. Nam stellionatus crimen est subsidiarium, id
est, ei locus est tantum, cum aliud nomen criminis de-
ficit, *l. 3. ff. de crim. stell.* Nam respondeo, eum teneri
crimine stellionatus, qui rem eamdem duobus in soli-
dum separatim obligat pignori, posteriori scilicet
creditori dissimulata obligatione prima. Crimini igi-
tur stellionatus locum esse in speciali hypotheca
ejusdem rei, quam quis duobus in solidum nexit, vel
opposuit, *l. tutor, §. contrarium, l. si quis in pignore, §.*
ult.

ult. ff. de pign. act. *l. ult. inf. de crim. stell.* Sed nos hic non agimus de speciali hypotheca, id est, de eo, qui rem eandem obligaverit specialiter pupillo, & fisco: sed loquimur de eo, cujus bona omnia generaliter pupillo erant obligata tacito jure, ut scilicet in fraudem fisci celans generalem illam hypothecam priorem, cum fisco non contrahat. Et hunc tantum, qui celat generalem hypothecam, dicimus teneri falsi, non etiam crimine stellionatus. Et hoc est ex constitutione Severi, & Antonini: alioquin nec hoc casu esset crimen falsi. Et ut sit crimen falsi re obligata duobos specialiter fraudulenter, opus est constitutione, quæ deficit tamen. Et ne id sit impunitum superest crimen stellionatus. Sed & in speciali hypotheca contracta cum duobus in solidum, & separatim, potest esse locus crimini falsi, puta, si obligans eandem rem posteriori creditori, mentitus est palam, eam rem alii obligatam esse, exemplo creditoris, *l. qui duos*, *D. ad leg. Corn. de fals.* Mendacium est species falsi, sed si tacuerit tamen, si dissimolaverit priorem obligationem, cessat crimen falsi, & locus est subsidiario crimini, nempe stellionatus. Postremo non omittam, quod competentem judicem (quæ sunt prima verba hujus legis) Basilica interpretantur καθολικόν, id est, procuratorem Cæsaris, quem posteriores dixere Catholicum quasi generalem procuratorem. Laudo hanc interpretationem, quia hujus rei cura, atque ultio pertinet ad procuratorem Cæsaris, si qui tutela nondum liberatus est, ad conductionem vectigalis fisci accesserit. Etiam illud non prætermittam, quod glossa tentat, huic constitutioni Severi, & Antonini locum esse, & crimini falsi ex ea causa, si vivat pupillus, vel adolescens, cujus totela, vel cura gesta est: quoniam habet priorem tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris. Non si mortuus sit pupillus, & nondum redditæ sint rationes tutelæ. Nam si post mortem pupilli, etiamsi tutor nondum liberatus sit tutela, licita est conductio vectigalium, quia nulla intervenit fraus fisci. Cur ita? quia privilegium tacitæ hypothecæ, & privilegium personale, id est, quod vertitur inter actiones personales, solus pupillus habet, utrumque privilegium cohæret soli personæ pupilli, nec transfertur in heredem ejus, quod est maxime notandum, *l. 1. §. idem Princeps*, *D. ad leg. Cornel. de fals.* *l. pluribus*, *D. de adm. tut.* *l. dabimusque*, *§. 1. de reb. auct. jud. poss.* Ergo cum morte pupilli finita sit tacita hypotheca, evidens est sine fraude fisci sequi conductionem vectigalium, quia solus fiscus est habiturus tacitam hypothecam in universis bonis.



AD TITULUM XLII.

DE TUTORE, VEL CURATORE, QUI SATIS NON DEDIT.

EX hoc titulo intelligimus non habere potestatem administrandi (nam & hic titulus est de administratione) tutorem, vel curatorem legitimum, aut petitum, & datum sine inquisitione facultatum, & morum, nisi pro tutelari officio satisdederit, nempe tutelam, scilicet minorum salvam fore: & quicquid gessit, qui satisdare debuit, nec satisdederit, vel litigando, vel alienando, vel bonorum possessionem agnoscendo nomine pupilli, vel alio quocumque modo, id ipso jure nullum est, quia non est legitimus administrator, qui non satisdedit, cum satisdare debuit, *l. 3. & l. ult. hoc tit.* quæ *l. 3.* repetita est in *l. 4. sup. in quibus causis in integ.* Legis ultimæ hujus tit. inscriptio ita est corrigenda: *Impp. Constantius, & Maximianus AA. & Severus, & Maximianus Cæsares:* non *Severo, & Maximo*, quod plurimum conducit ad notitiam historiæ illorum Impp. Est similis inscriptio in *l. 1. sup. de feriis*, & in antiquo lapide urbis Romæ: *Constantius, & Maximianus invicti AA. & Severus, & Maximianus Cæsares thermas ornarunt, & ornamentis suis dedicaverunt.* Sed pergamus. Legitimi, vel dati sine inquisitione non sunt justi administratores sine satisdatione rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Satisdatio est fidejussorum datio, qui pro tutore se obligant minoribus. Non eadem est conditio tutoris jure dati testamento, vel etiam non jure dati, sed confirmati decreto prætoris, aut præsidis: hic enim non satisdat rem pupilli salvam fore, etiamsi confirmatus sit sine inquisitione, *l. 4. hoc tit.* ut puta, cum datus esset tutor à patre filio emancipato, hic non datus est jure, sed confirmatur sine inquisitione, *l. 4. ff. de test. tut.* *l. 1. ff. de conf. tut.* nec tamen oneratur satisdatione, quia fides ejus, & diligentia à patre approbata est. Approbatio patris pro satisdatione est. Eadem est etiam conditio tutoris dati, & petiti ex inquisitione, quia idoneus est electus, & non tantum electus, sed etiam pronuntiatus idoneus esse, *l. 5. ff. de conf. tut. & in Instit. tit. de satisdat. tut.* Et generaliter quicumque curator bonorum, curator calendarii civitatis, nullus curator, qui ex inquisitione eligitur, satisdat, *l. bonorum*, *ff. de cur. fur.* *l. ultim. §. item rescripserunt à curatore*, *ff. de adm. rer. ad civit. pert.* Inquisitio est idonei, per inquisitionem electio, pronuntiatioque pro satisdatione est. Sed si sunt plures tutores dati testamento, vel ex inquisitione, quos diximus non onerari satisdatione de tutela, vel cura, ex edicto Prætoris, qui ex eis ultro obtulerit satisdationem, rem minoris, vel pupilli salvam fore, causa cognita solus suscipiet administrationem tutelæ, cæteri erunt honorarii tutores, *l. 4. hoc tit.* *l. qui injuria*, *§. ult. ff. de furt.* *l. dativus*, *D. rem. pup. salv.* *§. si ex testamento*, *Instit. de satisdat. tut.* Et si forte plures sint satisdare parati, si plures offerant satisdationem, vel satisacceptionem (nam non satis est si dicam, satisdabo, nisi etiam dicam, vel tu satisda, & administra, ego sum paratus vel satisdare, vel satisaccipere) Si igitur plures hoc idem offerant, causa cognita, & æstimata persona tutorum, vel fidejussorum, qui offerunt, idonecior præfertur, & administrat solus, *l. 18. D. de test. tut.* Male autem *glossa in l. 1. hoc tit.* scribit ex constitutione Græca, quæ refertur in *§. pen. Instit. de Atril. tut.* hodie etiam eos satisdare, qui petiti, & dati sunt ex inquisitione. Est enim falsum omnino id caveri ex constitutione; imo in ea nulla fit prorsus mentio ejus inquisitionis: sed ut defensores civitatum, adhibito episcopo, vel magistratos municipalis consilio, id est, duumviris, in provinciis, in municipiis dent tutores, vel curatores exacta satisdatione. Nec tamen mens est hujus constitutionis, ut ea satisdatio exigatur, si inquisitio præcesserit. Et exstat ea integra constitutio hodie in *l. 30. sup. de episc. aud.* Et hac brevi comprehensione hujus tituli intelligimus in causa satisdationis rem minoris salvam fore, non eandem esse conditionem omnium tutorum, vel curatorum, alios onerari satisdatione, alios exonerari.



AD TITULUM XLIII.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS, ET CURATORIB.

RECTE superiori titulo applicitus est hic titulus de *suspectis tutoribus, & curatoribus*. Nam tutor, vel curator, qui cum satisdare debet, non satisdat, vel compellitur ad satisdationem captis pignoribus, & distractis, ut in *§. pen. Instit. de satisd. tut.* vel removetur tanquam suspectus sine infamia, id est, salva existimatione, si gratia inopiæ hoc faciat, *par faute de credit*: vel removetur cum infamia, si dolo malo hoc faciat, & contumaciter, sive maligne, *l. 1. & 2. tit. sup.* Et quod prætermisi, id nimirum consulta opera rejiciens in hunc tit. in *l. 1. sup. tit.* nesciunt vulgo ponere speciem, & est satis difficilis positu, quam liquido sic possis exponere. Finge, litem habet adolescens ex causa creditæ pecuniæ cum eo, qui ei curatorem dedit minus idoneum, cum fungeretur magistratu in suo municipio, non exacta satisdatione: quo genere dupliciter peccavit, quod dederit minus idoneum,

neum, & satisdationem non exegerit. Cæterum ea de re nondum agit adolescens cum eo, sed ex quadam alia causa, verbi gratia, creditæ pecuniæ, nondum etiam potest cum eo agere, quod minus idoneum dederit, & quod non satis exegerit, videlicet actione in factum, quæ competit in magistratus municipales, qui minus idoneos tutores dederint, vel pupillis satisdatione non prospexerint. Ea actio competit ex senatuscons. sive oratione Trajani, *l. pen. inf. de magistr. conv.* Eo, inquam nomine nondum competit adolescenti actio illa in factum, quia est actio subsidiaria, & nondum est finita cura, nondum excussus curator, qui utique excutiendus est, priusquam veniatur ad magistratum, vel eum, qui magistratum gessit, & cum eum gereret minus idoneum tutorem dedit, vel satisdari non caverit. Ergo ex ea causa adolescens non dum potest queri, vel agere ex oratione Trajani: sed ex alia causa agit, & cum male habet, quod agat cum eo, qui ei curatorem dedit, eodemque curatore auctore, quia minor 25. annis non habet legitimam personam standi in judicio sine curatore. Verum lex ait in promptu esse, quo se ea anxietudine liberet, nimirum compellendo curatorem ad satisdationem, vel eo removendo, & repellendo tanquam suspectum decreto prætoris, quo remoto alius dabitur. Sicut etiam tutor, ex quo scivit se esse tutorem datum, si cessat administrare, vel extra ordinem compellitur administrare, vel removetur tanquam suspectus, *l. 2. & 3. hoc* tit. Et ita est explicanda species *l.* 1. Placet etiam vicinitas *tit. sup.* quod ex ea apparet non exigi quidem satisdationem à tutore dato testamento patris, ut dixi, sed tamen suspectum posse postulari, qui à patre testamento datus est, si res pupilli fraudulenter administrare coarguatur, *l. 4. hoc tit.* Et quod diximus cessantem in administratione, cessare primum suo periculo, deinde compelli posse ad administrationem, vel si in eadem contumacia perseveraverit, removeri posse tanquam suspectum: hoc sic accipiendum est, non quasi suspectus haberi debeat, qui simpliciter non gerit tutelam, nam ob id solum specialiter, quod non gerat, suspectus postulari non potest, *l. 4. §. ult. ff. eod.* Quid enim si sit honorarius tutor? quid si notitiæ causa datus? Ergo non gerere specialiter non est vitium, sed non gerere, cum gerere debemus, cum administratio nobis incumbit, & cessamus ob ignaviam, vel negligentiam, vel dolum: hoc enim casu rejicimur decreto prætoris tanquam suspecti, & malæ fidei. Sciendum autem est postulationem suspecti, crimen, & accusationem esse ex duodecim tabulis, quæ patet omnibus, etiam extraneis, & quasi publica actio est, *l. 6. hoc tit. l. 1. §. consequens, l. 3. §. liberti, ff. eod. tit.* Et patet etiam mulieribus, licet alias mulieres non admittantur ad accusationem, *l. qui accusare, ff. de accusation.* Ac similiter jure singulari, licet regulariter nemo damnetur sine accusatore, tamen removetur tanquam suspectus sine accusatore, si prætori liqueat argumentis rerum evidentissimis, suspectum eum esse, & male versari in tutela, vel cura, *l. 3. §. præterea, ff. eod. tit.* Hoc exigit favor pupillorum, & publica utilitas, ut quilibet possit tutorem arguere suspecti, & probare, & convincere, & inde removere elicito decreto prætoris, vel præsidis, ut etiam mulieri suspecti accusare liceat, ut etiam sine accusatore removeri possit tanquam suspectos officio prætoris, & ut hoc solo casu sit suspecti actio. Nam nullus est alius casus extra tutelam, & curam, in quo locum habeat similis actio. Hæc sunt admissa favore pupillorum, & nomine publicæ utilitatis, quoniam negotia pupillaria pertinent ad publicam curam, *l. 10. §. ult. D. de test. tut. l. 1. ff. de excusat. tutor. l. 2. ff. qui pet. tut. l. 2. §. tractari, ff. ad Tertull. l. 19. Cod. Theod. de curator.* Et sciendum etiam est, hanc accusationem, seu postulationem suspecti irrogare infamiam, si tutoris, vel curatoris dolus malus, & fraus arguatur, & probetur: non irrogat autem infamiam, si negligentia ejus tantum arguatur, vel ignavia, vel rusticitas, *l. ult. hoc tit.* Qua de causa necesse erat in decreto prætoris, quo removebatur tutor, tanquam suspectus, exprimi causam remotionis, *l. 3. §. ult. l. 4. ff. eod.* puta hoc modo: *Quando Lucius Titius tutelam C. Seji ob ignaviam gerere non potest, eum ob eam rem tutela abire placet*, hoc decretum non irrogat infamiam. Sed si ita dixerit: *quando Lucium Titium tutorem C. Seji paret in ea tutela fraudulenter versatum esse, eum ob eam rem tutela abire placet*: hæc sententia irrogat infamiam. Ergo removetur tutor ob dolum, & fraudem, vel ob culpam, & negligentiam, segnitiem, simplicitatem, nunquam propter paupertatem. Fraus, aut negligentia vitio vertitur, non paupertas, *pauvreté n'est pas vice, comme l'on dict. l. 5. & 6. hoc* tit. *l. suspectum, ff. eod.* Postremo notandum est, tutorem postulatum suspecti, pendente litis cognitione abstinere debere administratione tutelæ, & interim ei adjungi curatorem ad administrandum, *l. 7. hoc tit.* non tutorem, quia tutorem habenti tutor non datur. Et postulatio suspecti non finit tutelam, sed damnatio. Igitur huic actioni suspecti locus est manente tutela, nec postulatio desinente esse tutore, cum tamen actio tutelæ non habeat locum manente tutela, sed finita tantum tutela, *l. 1. & l. pen. hoc tit.* Ergo actio suspecti locum habet durante tutela, non finita tutela: actio autem tutelæ, finita, non durante tutela.



AD TITULUM XLIV.

DE IN LITEM DANDO TUTORE, VEL CURATORE.

HIC titulus est de tutore, vel curatore, ad quem non omnium rerum pupillarium administratio pertinet, sed unius rei tantum, unius litis defensio, nempe ejus, quam pupillus ex alia causa, quam ex tutela habet (quoniam tutelæ non agitur, nisi finita tutela) ejus ergo litis, quam pupillus ex alia causa, quam tutelæ intendit tutori, vel tutor pupillo suo, nec enim pupilli persona est legitima in judicio sine tutore, vel curatore, & hic tutor, qui acturus est cum pupillo, vel excepturus actionem pupilli in rem, litemve suam, pupillo litem inferenti, vel excipienti auctor esse non potest, secundum regulam juris civilis, *ut tutor non sit auctor in rem suam, l. 1. ff. de auct. tut.* & non potest etiam semper tutor, si qua ei res sit cum pupillo, vel pupillo cum tutore, sibi solvere, vel à se exigere, ut in *l. quotiens, §. item si, & §. sicut, ff. de adm. tut.* Non si actio fuerit in rem, id est, si fuerit quæstio dominii cujusdam rei, non etiam si fuerit actio in personam, de qua non admodum liqueat, non etiam si fuerit tutori actio in personam, & in bonis pupilli non sit pecunia, unde tibi solvat, *d. §. sicut, & l. divortio, ff. de neg. gest.* tunc sane necesse est adire judicem, necesse est litigare. Ergo moribus receptum est, ut ait Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* ut tutorem justum habenti, sive ipse sit pupillum provocaturus ad judicium, sive pupillus ipsum, in eam litem specialis tutor detur, quo auctore pupillus experiatur, atque contendat cum justo tutore suo. Et hic specialis tutor ad eam litem dicitur tutor prætorius, quia hoc solo casu datur à prætore sine lege, alias dat tutorem ex lege Attilia, vel præses ex lege Julia, & Titia. Hoc casu etiam sine lege invaluit mos iste, ut ad litem futuram cum justo tutore prætor det specialem tutorem. Hodie tamen in extraordinariis judiciis non tutor, sed curator datur, quo auctore lis peragatur cum justo tutore, & ea peracta lite curator esse desinit, *§. ult. Instit. de auct. tut. l. 3. §. pen. & ult. & l. 5. ff. de tutel.* More igitur antiquo ad litem datur specialis tutor, jure novo curator ordinario, & solemni tutor, jure extraordinario curator, *l. 3. hoc tit.* dum ait, tutor, vel curator, utrumque jus notat, ut scilicet tutor detur ad litem, si jure ordinario agatur, quod est solemniter: ut vero curator detur si agatur extra ordinem detractis solemnitatibus, & formulis juris. Et sane verius est, pro-

miscuam

miscuam fuisse hac in re dationem tutoris, jure ordinario, vel curatoris extra ordinem, sicut in cæteris caussis, in quibus dicitur, tutorem habenti tutorem dari, invenies etiam curatorem dari videlicet extra ordinem. Et è contrario, ut memini me ostendere *sup. in tit.36.* Quinimo *lex 4. hoc tit.* abscise ait, ad litem tutorem dari, respiciens scilicet ad jus ordinarium, tutorem igitur prætorium. Ac præterea *l. ult. hoc tit.* fatetur quidem ex solemnitate juris dandum esse tutorem ad litem, quam pupillus habet cum justo tutore suo. Idque juxta regulam juris, ut in omnibus, quæ solemni, & legitimo ordine expediuntur per formulas certas, atque solemnes, quæ solemnitatem juris desiderant tutor adhibeatur non curator pupillis, *l. curatorem, ff. de auct. tut. l. cum in una, D. de appell.* Sed quia plerunque hodie agitur extra ordinem omissis solemnitatibus, *l. actio, D. de neg. gest. l. pen. infr. de interd.* hodie efficere curatorem, & ita demum tutorem exigi specialem. si agatur solemni, legitimo, & ordinario jure. Et ita sunt explicanda verba legis ultimæ, *curatore ad litem constituto, & solemnitati juris, ubi tutor exigitur, prospici possit*, quia ea solemnitas juris hodie scrupulosius non observatur, nisi quia eam observari velit. Ut licet tibi codicillos facere, & idem codicillis cavere, quod testamento, ubi solemnitas non exigitur, sed interim tamen si vis condere testamentum solemniter, vide quid agas. Nam si vel minimum in solemnitate peccaveris, irritum erit testamentum, & injustum, id est, non solemne. Et ita omnino explicandus est hic titulus, quod tamen non patet omnibus. Verum nondum satis est: nam etiam exponere debeo speciem *l.2.* quæ est admodum difficilis. Sciendum est, venditorem emptori non teneri evictionis nomine, neque actione ex empto, in id, quod interest, id est, in simplum, neque ex stipulatione duplæ, quam plerumque venditor emptori promittit. Et dupla est altero tanto pretio amplius. Promittit igitur duplam, id est, si res empta sit 100. & evicta sit emptori, promittit reddere emptori 200. vice ejus, quod interest. At neque hac actione utetur emptor, nisi illa mota quæstione dominii statim denuntiaverit venditori, vel heredi ejus, ut liti assistat, eamque defendat, *S'il ne l'appelle à garand pour le defendre en ceste cause*, quod est laudare auctorem, id est, nominare venditorem. Illaudatus venditor, *qui n'à pas esté appellé à garand*, vel heres ejus non tenetur de evictione, ne ex stipulatione quidem, *l. 1. sup. de peric. & com. rei vend. l.7. §. 20. 21. & aliæ multæ, inf. de evict. & ff. eod.* Sciendum rursum est, posse laudari pupillum sine tutoria auctoritate, si tutor non appareat, *l. si dictum, §. ult. ff. de evict.* Cæterum lis defendi debet tutore auctore: denuntiabitur pupillo, laudabitur pupillus, quasi venditor, vel quasi heres venditoris, sine tutore, non male, sed liti non assistet sine tutore. His cognitis: Finge: quæ est species *l.2.* Frater fundum paternum, quem communem habebat cum fratre, vendidit in solidum, non consentiente fratre, & vendidit Lucio Titio, & ei promisit duplam ob evictionem, si quando forte ei fundus evinceretur, aut pars ejus. Postea vita decessit, relicto herede filio impubere, cujus tutelam suscepit frater superstes, patruus pupilli, & vindicat partem fundi paterni à Lucio Titio emptore, quam non jure ei vendidit defunctus frater. Lucius Titius laudat pupillum, *l'appelle à garand*, quasi heredem auctoris, id est, venditoris. Quæritur an vindicatio impediatur, videlicet, quod idem sit actor, & defensor pupilli, qui liti subsistat. Lex ait, tutorem acturum recte, & vindicaturum partem fundi, si laudatum pupillum non defendat ipse, quoniam res ejus agitur, sed specialis curator datur ad defendendam eam litem: sic recte judicium peragetur, & sine ullo scrupulo, alioquin si non fuerit datus curator ad eam rem defendendam, & evicerit tutor partem, quam vindicavit, atque ita pro parte promissa fuerit stipulatio duplæ adversus pupillum, evidens erit, pupillum oneratum fuisse dupla facto tutoris, quod non convenit officio tutoris, & poterit ei imputari judicio tutelæ id, quod ultra simplum, id est, ultra pretii quantitatem, pupillus emptori solvere coactus est. Igitur tutor ne jus suum impediatur, id est, ne ejus rei, quam evicerit, pretium, quod supra simplum pupillus præstitit, pupillo refundere cogatur, & ita quodammodo rem suam emere, rectius fecerit si curaverit curatorem ad eam litem specialiter dari pupillo, vel etiam, ut lex ostendit, si omnino non vindicaverit ab emptore partem fundi paterni, quam frater pupilli vendidit Lucio Titio, quia ex ea causa pupillus ei obligatus est hereditario nomine, actione negotiorum gestorum, vel familiæ erciscundæ, ut pretium partis venditæ à patre, restituat, *l.1. sup. de rebus alienis non alienandis, l. 1. sup. de rer. comm. alienat.* Et finita tutela, id quod debuit ei pupillus actione illa negotiorum gestorum, vel familiæ erciscundæ, poterit ab eo consequi contraria actione tutelæ, ratam habendo venditionem partis, nec infringendo eam, vel etiam si tutor conveniatur directa actione tutelæ, poterit id reputare pupillo jure compensationis, *l.1. §. præterea, & §. seq. de contr. jud. tut.* Et ita est explicanda lex 2. quod valde notandum est, alioquin per se est obscurissima.



AD TITULUM XLV.

DE EO, QUI PRO TUTORE NEGOTIUM GESSIT.

BREVITER ostenditur in hoc titulo non tantum justum tutorem, vel curatorem teneri ex administratione, sed etiam eum, qui quasi tutor, vel curator aliquid administravit, cum non esset tutor, vel esse non posset: ut puta miles, vel mulier, vel datus à muliere, quasi tutor, ex administratione tenetur actione protutelæ prætoria: alia est actio tutelæ, quæ est civilis, alia protutelæ, quæ est prætoria, ut alia est condictio ex mutuo, alia ex promutuo. Tenebitur, inquam, actione protutelæ, si administravit, quasi ex necessitate officii, ut tutor, puta, existimans se esse tutorem: Nam si sponte sua, ut gestor amicus, & voluntarius accesserit ad negotia pupillaria, non tenetur protutelæ, quia ut gestor gessit, non ut tutor, ut voluntarius procurator, non ut tutor, sed tenetur actione negotiorum gestorum, *l.4. sup. de test. tutel.* quasi curator autem tenetur utili actione negotiorum gestorum, *l.4. sup. qui dari tut. vel cur. poss.* Quæ actiones privilegiariæ sunt, quoniam in eis vertitur utilitas pupilli, perinde atque actio tutelæ, vel negotiorum gestorum, qua tenetur verus curator. Porro non est omittendum, quod ait *l.2. hoc tit.* his agentibus nomine pupilli, qui sunt quasi tutores, vel curatores, posse opponi exceptionem, *si tutor non est, si curator non est*: quæ verba accipienda sunt pro formula exceptionis.



AD TITULUM XLVI.

SI MATER INDEMNITATEM PROMISIT.

HIC titulus est de periculo administrationis, quod aliquando mater suscipit promittendo indemnitatem, & securitatem pupillo filio suo, vel tutori ejus ex causa tutelæ, vel curæ: & quidem si pupillo pro tutore, vel tutori pro pupillo indemnitatem promiserit: Nam inter tutorem, & pupillum ex causa tutelæ sunt mutuæ actiones, directa tutelæ pupillo finita tutela, & contraria tutelæ tutori. Si, inquam, mater vel pro tutore pupillo, vel pro pupillo tutori sua sponte indemnitatem promiserit, intercessio est, quæ infirmatur Senatusconsf. Vellejano de intercessionibus mulierum. Intercedit enim mulier, quæ se alii pro alio obligat sua sponte, tutori pro pupillo, vel pupillo pro tutore. Et ideo si conveniatur ex ea intercessione, tuetur

tur se Senatusconsulti Vellejani exceptione, & beneficio, quo infirmantur intercessiones mulierum, *l. 1. hoc tit.* Et hoc verum est, cum hac exceptione, quæ proponitur in *l.5. hoc tit.* nisi decreto prætoris, aut præsidis tutorem dantis nominatim comprehensum sit, periculo matris, quæ tutorem petiit, tutorem dari, quod aliquando decreto comprehendit prætor, dum arbitratur non admodum idoneum esse eum tutorem, quem mater petiit. Hoc casu intercessio matris non rescinditur Senatusc. Vellejano, *d. l. 3.* Unde valde notandum, Senatusc. Vellejanum iis tantum mulieribus opitulari, quæ se pro aliis ultro obligarunt, non si decreto prætoris: Nam decreta prætorum senatusconsulta non infirmant. Nec igitur intercessiones mulierum interpositas decreto prætorum, vel præsidis. Sed si mater tutori pro tutore ipso, non pro pupillo, vel pro alio indemnitatem promiserit, puta dum cupit tutorem sibi permittere administrationem rerum filii sui pupilli, vel partem administrationis: hoc vero non est intercedere, quia alii se pro alio non obligat; sed ipsa facit hanc obligationem, & ideo non juvatur Senatusc. Vellejano, quæ est sententia *l.2. hoc tit. & l. si mater, sup. ad Vell. l. tutor, l. quamvis, ff. ad Senatusc. Vell.* Et ideo si finita tutela pupillus tutorem elegerit, exacta ratione administrationis, mulier, quæ tutori promisit indemnitatem, indemnem tutorem damno præstare debet. Dico si tutorem elegerit: nam & pupillo liberum est cum matre, quæ bona sua administravit tutore concedente, agere actione negotiorum gestorum, *l. si mater, sup. de usur. l. fidejussor, ff. de neg. gest.* Ergo mater tenetur tutori ex stipulatione, quia ei promisit indemnitatem, pupillo non tenetur ex stipulatu, quia ei non promisit, *l. tutorem, inf. arb. tut.* sed tenetur negotiorum gestorum, & electio est pupilli, utrum agat tutelæ cum tutore, an negotiorum gestorum cum matre, quæ negotia gessit, quæ electio etiam in *l.2. hoc tit.* significatur verbo *malunt*. Et secundum hanc leg.2. est accipiendum, quod ita Paulus scribit *lib.2. Sent. tit. ad Vell. Mater, quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatusconsulti non pertinet.* Hæc sententia est vera, si pro tutoribus pupillis promisit indemnitatem: hoc est intercedere, & pertinet ad SC. Vell. Sed si tutoribus pro ipsis tutoribus indemnitatem promiserit, intercessio non est, ut in specie, *l.2.* Nam intercedere est alii pro alio obligare, non eidem pro eodem ipso se obligare.



AD TITULUM XLVII.

SI CONTRA MATRIS VOLUNTATEM TUTOR DATUS SIT.

HIC titulus respicit ad *titul.43. De suspectis tutoribus*, à quo propius abest. Et in hoc *tit. voluntas* est ult. voluntas, & hoc docet tantum, à tutela removeri eum, qui datus est tutor filio impuberi contra matris ultimam voluntatem, id est, quem filio impuberi heredi instituto moriens mater vetuit tutorem dari. Prætor enim servat voluntatem matris (aut servare debet) quæ bona reliquit pupillo. Nam etiamsi mater filio impuberi heredi instituto tutorem dederit, quæ datio ipso jure non valet, prætor solet servare, & confirmare voluntatem matris, habita tamen inquisitione, *l.4. sup. de test. tut.* Et is quidem, quem mater noluit dari, si sit datus ignorante forte prætore tenorem ultimæ voluntatis matris, removetur sine infamia, si hac sola ratione removetur, quod datus sit contra voluntatem matris, quod patet ex rescripto Severi, & Antonini, posito sub hoc titulo. Et observandum ad hoc rescriptum in extremo, compositores Codicis addidisse hæc verba: *quæ rescriptio, si in fraude convictus fuerit*, id est, superiori rescripto non est locus, & ut sine infamia removeatur, id est, salva existimatione, qui datus est contra prohibitionem matris, nisi idem jam in tutela fraudem commisisse convictus fuerit, tunc enim removetur cum infamia; dolus, & fraus infamat eum, qui ob fraudem rejicitur, & tutela abire jubetur, *l. ult. sup. de susp. tutorib. l.2. sup. de tut. vel curat. qui satis non dedit.*



AD TITULUM XLVIII.

UT CAUSÆ POST PUBERTATEM ADSIT TUTOR.

EST constitutio facillima, modo ita explicetur: Tutela finitur pubertate. An etiam periculum administrationis finitur pubertate, sicut tutela? Non utique. Nec enim, etiamsi finita sit tutela, periculum administrationis finitur antequam tutor rationes reddiderit, ac restituerit omnem tutelam curatori, & antequam liberatus etiam fuerit sententia prætoris, aut præsidis, *l. ult. sup. de perit. tut.* Is autem non videtur restituisse tutelam, qui adhuc retinet instrumenta litis, vel causæ pupillaris à se inchoatæ. Igitur periculo administrationis obstringitur: sed liberatur omnino, nec debet persequi litem suo consilio cœptam, si omnem tutelam restituerit curatoribus, quod hodie est certissimum ex constitutione Severi, & Antonini, *l. 1. inf. si pend. appell.*



AD TITULUM XLIX.

UBI PUPILLI EDUCARI DEBEANT.

PRÆCIPUA pars administrationis, si spectes negotia pupillaria, est defensio causæ pupillaris, *l.30. ff. de administr. tut.* Sed si personam ipsius pupilli spectes, præcipua pars administrationis educatio est, quo nomine non tantum significatur victus, sed etiam vestiarium, & habitatio, & institutio morum, & liberalium artium, *l.2. tit. seq.* Educatio ingenii, ut in Comœdia, *bene, & pudice doctum, atque eductum ingenium*. Plerunque autem educatur pupillus apud matrem, si modo ei non superduxerit vitricum, id est, si iterum non nupsit, *l. 1. hoc tit. & Nov.22.* Vel si de ea re sit controversia inter tutores, & cognatos, & matrem, ea dirimetur arbitrio prætoris, vel præsidis, qui statuet apud quem pupillus potius educari, vel institui debeat, & quem is elegerit, non poterit effugere istam operam, *d. l. 1.* Observare autem debet prætor, qui ejus rei arbiter est, & censor, ne temere pupillus detur educandus ei, qui sperat pupilli successionem: posset enim ejus vitæ insidiari. Nec eadem est ratio in jure totoris, & educaroris: Nam ii quidem, qui sperant successionem pupilli intestati, fiunt legitimi tutores, ut quæ sperant bona tueantur, ne dilapidentur, *l. 1. ff. de leg. tut.* Et hoc est, quod dicitur, *quo hereditas pupilli, eo etiam legitima tutela redit*. Neque tamen temere etiam apud tutorem educabitur pupillus, qui sperat successionem, sed apud matrem, vel alium cognatum, quæ est sententia *leg.2. hujus tit.* Hoc autem distat hic titulus à titulo vigesimoquarto, *sup. di vort. facto, apud qu. lib. ed.* quod hic titulus est de iis, qui patrem non habent, qui ætate sunt parvi, & orbi patre, aut patrem quidem habent, sed sunt emancipati. Non idem est in jure pupillus, & impubes. Nam impuberis nomen significat tantum ætatem, pupilli nomen significat & ætatem, & conditionem, id est, eum, qui est sui juris, sive liberum caput: parvæ ætatis, qui est in potestate patris, necdum pervenit ad annum decimumquartum, est impubes, non etiam pupillus: Galli *il n'est pas orphelin*. Ergo hic titulus est de iis, qui patrem non habent, vel qui in patris familia esse desierunt: ille autem est de iis, qui patrem habent, & in patris familia sunt.

AD



AD TITULUM L.

DE ALIMENTIS PUPILLO PRÆSTANDIS.

CONSEQUENS erat docere, qui præbeant alimenta pupillis, & quatenus, quæ utique præbenda sunt sine mora, sine cunctatione ulla, juxta illud, *ventrem non habere aures*. Etiam omni die, etiam feriato constituuntur alimenta sive taxantur postulantibus pupillis, *l. 2. ff. de fer. l. 2. ff. de rer. jud.* Alimenta igitur confestim præbentur, & constituuntur pupillo arbitrio tutoris, vel si cesset tutor, aut cunctetur, arbitrio prætoris, vel præsidis, pro modo facultatum pupilli. Nam honestum est quemque ex suis facultatibus suæ impensæ facere modum. Nec est inhonestum, si quis auctus sit facultatibus, augeat etiam impendia familiæ suæ, *l. 1. hoc tit. l. Lucius, inf. ff. fam. ercisc.* Et ait *dicta lex* 1. protinus constitui alimenta pupillis, etiamsi eis fiat controversia de statu, & de bonis paternis, ut si negentur esse defuncti filii. Nam interim quamdiu sunt pupilli, habentur pro filiis defuncti justa præsumptione, & agnoscunt bonorum possessionem ex edicto Carboniano, dilata quæstione status, dilato præjudicio, dilata petitione in tempus pubertatis. Ergo & interim ex eis bonis alendus est. Et placet omnino, ut legamus, sicut habent quidam codices: alii in hac *l.* 1. *partibus suis fungetur. Id est*, non autem, *idem est*, *etsi de statu pupilli*. hæc enim causa dubitandi fuit. Alimenta igitur constituuntur vel arbitrio tutoris, vel magistratus. Aliquando est tutius ea constitui arbitrio tutoris sine decreto magistratus: quod aliquando sit melius non aperiri secreta patrimonii pupillaris, & suspectum æs alienum, id est, quod creditores pupilli suspicantur non esse idoneum nomen, dum tenues suspicantur esse facultates pupilli. Et solet prætor dum hac de re aditur excutere modum facultatum pupilli, & aperire, quod interest pupilli non fieri sæpissime, non publicari bona sua apud acta magistratus. Et ita *l. 2. hoc tit.* dicit aliquando tutius esse alimoniorum taxationem permitti tutoris arbitrio, non adhibito decreto magistratus. Nec, inquam, sumptus omnes à tutore facti bona fide ex justis, vel honestis causis, vel necessariis in alimoniam pupilli, in mercedem præceptorum, in institutionem pupilli, quæ omnia educationis verbum complectitur, & in educationem etiam ministrorum pupilli, ut ii, inquam, omnes sumptus bona fide facti in pupillum, etiamsi facti sint sine decreto prætoris, tutori accepto ferri debeant, *l. 3. sup. de administr. tut.* nec possit eos recusare pupillus in accipiendis tutelæ administrationibus, nisi probet eos sumptus factos esse in eam rem ab alio, non à tutore. Alioqui pupillus præsens præsumitur educatus, eductus, edoctus, à tutore de suo, de bonis propriis, nisi probet alios suppeditasse eos sumptus, debet igitur eos agnoscere etiam factos in mercedem præceptorum, ut in *l. cum plures, §. penult. D. de administr. tut.* quoniam ejus interest maxime, ne educetur illiberaliter. Nec præsumitur vento vixisse, quod est proverbiale, non more lupi, ut glossa ait, qui est voracissimus, sed ut veteres dicebant more Siluri. Silurus est piscis, *σίλουρος* vel *γλάνιος* Græcis, qui dicitur *esturgeon*: sturio enim nomen barbarum est: & hoc est certissimum. Nam inter peritos diu fuit agitatum de nomine Siluri, quod primus docuit Paulus Jovius libro de piscibus v. cap. ix. & libro xx. cap. xv. Sed valde fallitur dum de Siluro locum unum Ambrosii interpretatur, ex lib. v. Hexam. cap. v. dum scilicet vult Ambrosius demonstrare Silurum, quod habeat os angustum sub rostro, nutriri tantum suctionibus piscium minutissimorum, & quod etiam habeat ventriculum angustissimum. In quo si quæratur unde nutriatur Silurus, nunquam invenietur, sed pisciculi, sed succus, qui ingreditur in ventrem: dum scilicet ita refert Ambrosium ita scribere, inveniri, ut ait, inutilem prædam in ventriculo Siluri; vivere Silurum aliorum piscium vermibus. Sed sic scribit, *vivere minorum piscium visceribus*, & dum etiam male hæc interpretatur: *Captus est Silurus, & inutilis præda detecta.* Putat ille Ambrosium dicere, Silurum esse inutilem prædam piscantium. Non est inutilis præda Siluri, dum in ejus ventriculo nulla invenitur præda, ut pene vento vivat, & ideo dicamus, præsumi pupillum non vixisse vento, more Siluri, sed de bonis propriis, sumptus suppeditante, & moderante tutore, vel curatore. Igitur eos sumptus improbe recusat, nisi prohibet ab alio factos.



AD TITULUM LI.

ARBITRIUM TUTELÆ.

SATIS jam dixit de ipso contractu, id est, de officio, & administratione tutelæ, nunc venit ad actionem, quæ ex eo contractu nascitur, quam vocat *arbitrium tutelæ*, modo judicium, modo arbitrium, & arbitrium, quod hujus judicii potestas omnis sit in arbitrio judicantis, qui excussis rationibus tutelæ, æstimat quantum pupilli tutorem præstare, aut reputare, & pensare oporteat ex fide bona: est etiam judicium, sive arbitrium bonæ fidei. Huic autem judicio locus non est, nisi finita tutela, *l. 4. in pr. D. de tut. & rat. distr.* Imo nec actioni ex stipulatu locus est, nisi finita tutela, qua quidem tenetur tutoris fidejussor, qui cavit tutelam salvam fore, vel rem pupilli, *l. 4. §. hanc, & §. penult. ff. rem pup. salv.* Diversum est in actione utili negotiorum gestorum, qua curator tenetur d. l. 4. Quæ est alia differentia inter tutorem, & curatorem, quæ non fuit exposita in *tit.* 36. ubi alias differentias exposuimus inter tutorem, vel curatorem. Diversum est etiam in actione ex stipulatu, qua fidejussor curatoris tenetur, qui cavit rem adolescentis salvam fore, vel furiosi, vel prodigi. Aliud est etiam in actione protutelæ. Nam hæ omnes actiones competunt statim, ut quæque res minoris salva esse desinit, etiam nondum finita administratione, *l. cum curatore, D. de administr. tut. l. 1. §. sed etsi, D. de eo, qui protut. neg. gess. l. 16. §. ult. ff. de tut. & rat. distr.* Videamus quæ sit ratio differentiæ, cur in tutorem, vel fidejussorem ejus agitur finita demum tutela, in curatorem, vel fidejussorem ejus, vel in protutorem etiam manente administratione. Paulus in *l. 4. §. ult. D. de tut. & rat. distr.* satis habet hanc rationem reddere, quod mirum est: Quia non idem in actione negotiorum gestorum constitutum est, *quod in actione tutelæ, dum impubes est, cujus tutela geritur*, quod perinde est, ac si diceret id, quod est in *l. 16. non omnium, ff. de legib. non omnium, quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest*. Et accommodate ad *leg. non omnium* sumetur exemplum ex *d. l. 4. §. ult.* atque etiam ex *l. liberum, de relig.* Sed tentemus tamen aliquem reddere differentiæ rationem: licet uti eadem, qua sumus usi in titul. 36. quærentes cur tutorem habenti regulariter tutor non detur, sed curatorem habenti curator detur: nam utrobique est eadem ratio. Differentiam enim facit ratio potestatis, quam tutor habet in caput pupilli, quam non habet curator: Non ago cum patre, in cujus sum potestate, hoc non patitur potestas, non ago etiam cum tutore, in cujus sum potestate, videlicet ex causa tutelæ, actione tutelæ, vel actione legitima de rationibus distrahendis ex duodecim tabulis, quæ datur in duplum adversus tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, qui furatus est, imo nec ex alia ulla causa nondum finita tutela pupillo in tutorem datur actio, quæ cœperit tempore tutelæ, non furti, non legis Aquiliæ, si quid culpa tutoris deperierit, non condictio furtiva, *l. 9. §. ult.* adhibita *l. seq. D. de tut. & rat distr.* Et omnino pupillo non est actio cum tutore suo ulla, nisi ex causa præcedente tutelam, ex contractu tutela vetustiore, quam in rem ei datur specialis

est, in duplum, *l. 9. §. penult. ff. de tut. & rat. distr.* Ac pe- A stremo in utramque venit etiam id, quod gestum est post finitam administrationem, si connexum fuerit tutelæ negotium, vel curæ: & connexa dicuntur, sine quibus negotium perfecte expediri nun potest, & quæ separari, vel disjungi non possunt, *l. 1. hoc tit. l. ita autem, §. si tutor, & §. ult. ff. de adm. tut. l. 13. ff. de tut. & rat. distr. l. quid ergo, §. penult. de contr. tut. l. cum actum, ff. de neg. gest.* Hi omnes loci sunt de connexis, in quæ actiones veniant. Etiam illud non omittam, quod Justinianus notat in *l. ult. hoc tit.* in reddendis rationibus, cum quæritur de modo bonorum pupilli, de quantitate bonorum pupilli, stari inventario publice confecto, etiamsi ampliorem quantitatem contineat, etiamsi falsam quantitatem contineat, & ex eo damnari tutorem, qui ei subscripsit, quique id publice fieri curavit. Itaque cautione B maxime opus est in conficiendo inventario. Non tenetur tutor ex nudo sermone, si forte laudans pupillum, locupletiorem eum esse dixerit, quam sit, d. *l. ult.* sicut etiam non attendimus æstimationem patris defuncti, quam fecit moriens: sæpe errant patresfam. in æstimandis suis bonis. Idcirco non attendimus eorum æstimationem, *l. 1. hoc tit.* Et ultimo valde notandum censeo, quod est in *l. 10. hoc tit.* propterea quod hodie invenio sæpe promotis ad munus publicum, seu honorem, & sua industria forte, vel parsimonia factis ditioribus, qui ante inopes erant, objici eis suspicionem deprædati fisci, suspicionem sordium, aut gratiæ, denique suspicionem male partarum divitiarum. Nam ita legimus Avidium Cassium dicere apud Volcatium Gallicanum: *Audisti præfectum prætorii nostri philosophi ante triduum, quam fie-* C *ret mendicum, & pauperem, sed subito divitem factum, unde quæso, nisi de visceribus Reip. provincialiumque fortunis?* Et judicium istud si adjuvetur aliis adminiculis, & probationibus, utique non est contemnendum: Sed non ex eo solo est argumentandum temere, quod hæc verba *l. 10.* demonstrant elegantissime: *Nam quod, &c.*

AD TITULUM LII.

DE DIVIDENDA TUTELA, ET PRO QUA PARTE QUISQUE TUTORUM CONVENIATUR.

HIC titulus est de divisione administrationis, & D actionis tutelæ, & docet pro qua parte actio tutelæ dividatur inter tutores. Dividere trahit secum etiam non dividere, ut facere non facere, id est, ubi de uno tractatur, necesse est, etiam de altero tractari: sicut solet contrariorum esse eadem disciplina. Igitur hæc omnis quæstio, quæ est celeberrima, & admodum necessaria, eo pertinet, ut sciamus, cum plures sint tutores, vel curatores: nam & tutores ad se pertrahunt curatores, pro qua parte in singulos agi possit, & quando in unum ex pluribus in solidum: dividere est agere pro parte in singulos: non dividere est agere in solidum in unum è multis: Quid vero hac de re statuendum sit, paucis dabo. Aut divisa est administratio tutelæ in partes, vel in regiones, vel in provincias, aut indivisa. Si divisa est, aut E à testatore, aut à judice divisa est, & distributa, aut à tutoribus ipsis inter se. Si divisa est à testatore, vel à judice, actio etiam tutelæ dividetur, ut pro ea tantum parte quisque conveniatur, quæ ei attributa est, non pro parte collegarum, id est, contutorum, nisi dolus ejus, aut culpa arguatur, quod collegam, vel collegas, id est, contutores suspectos non fecerit, eversis jam eorum facultatibus, vel quod lusorie suspectos fecerit, id est, per collusionem prodita causa pupillorum. Hoc enim casu convenietur in solidum, *l. 2. §. in divisionem, hoc tit. l. si duos. ff. de adm. tut.* Julianus Antecessor in collectione quadam, quam fecit hac de re, & edita est, sic scribit: *Si divisa sit tutela à testatore, vel judice, unusquisque pro sua administratione tenetur, nisi forte, cum oportebat contutorem removere ut suspectum, omnino non removit, aut tardius removit.* Sic est legendum apud Julianum. Et hoc si divisa sit tutela à testatore, vel à judice, ut dixi: Sed si ipsi tutores sine judice, & sine præcepto testatoris tutelam inter se diviserint, singuli actione tutelæ in solidum tenentur, perinde atque si inter se administrationem non divisissent, sed tutelam gessissent communiter, & indivise, *l. 2. hoc tit.* Quia conventio tutorum non potest dividere officium tutelæ, quod est individuum, nisi id diviserit testator, aut judex. Conventio tutorum non potest dividere administrationis periculum, quod est commune omnium tutorum, *l. 3. hoc tit.* Et generaliter conventio non potest lædere jus alterius, *l. 3. ff. de transact.* Ergo & in fraudem pupilli inutilis est divisio administrationis, quam fecere invicem tutores sine judice. Et breviter, etiamsi tutores ipsi inter se administrationem diviserint, perinde omnia servantur, atque si communiter tutelam gessissent pro indiviso. Qua de re nunc est dicendum plenius. Satis dictum est de tutela divisa. Dicamus igitur de indivisa. Si indivisa sit tutelæ administratio, vel quod idem est, ut dixi, si ipsi tutores soli inter se divisionem fecerint, quoniam ea divisio non lædit jus pupilli, & quantum ad pupillum irrita, inutilisque, habetur pro non facta. Hoc ita distinguimus: Aut omnes gesserunt communiter tutelam, aut nulli gesserunt: aut quidam gesserunt, quidam cessarunt. Si omnes gesserunt communiter pro indiviso, vel etiam pro diviso, ut dixi, facta privatim tantum inter eos divisione sine judice, vel si nulli gesserunt, & administrarunt tutelam (nihil enim interest) singuli actione tutelæ tenentur in solidum, & eligere potest pupillus, cum quo experiatur in solidum, cum hac conditione tamen, ut is, quem elegerit, condemnaverit, exegerit, cedat actionibus suis adversus alios, *l. 6. §. 1. sup. arb. tut. l. 2. in pr. hoc tit.* In hac leg. 2. studiosis est omne operæ pretium quæstionis hujus. Hoc autem, ut possit eligere pupillus ex eis, quem convenit in solidum, omissis cæteris, ita verum est, nisi omnes tutores solvendo fuerint tempore litis contestatæ, quod & Julianus notat in supradicta collectione. Hoc enim casu is, quem elegit pupillus, & convenit in solidum, opposita exceptione potest desiderare, quod omnes collegæ sint solvendo, actionem dividi inter omnes pro virilibus portionibus, vel pro rata ejus, quod quisque gessit, *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tut. & rat. distr.* Exemplo scilicet fidejussorum plurium, vel mandatorum, qui ex epistola Adriani notissima etiam omnibus tabellionibus, si omnes solvendo sint tempore litis contestatæ, dividunt inter se actionem pro virilibus portionibus, nisi renuntiatum sit beneficio Epistolæ D. Adriani, id est, beneficio divisionis in ipso contractu, quod beneficium divisionis porrexit etiam Justinianus ad omnes correos debendi, *Nov. de duobus reis 99.* Vel etiam si pupillus non eligat unum ex tutoribus, sed cum omnibus agat, & condemnet omnes, periculum sententiæ dividitur inter eos pro virilibus portionibus, id est, actio judicati, *l. 2. inf. si plures un. sen. cond.* Et hoc, ubi omnes fuerint solvendo litis contestatæ tempore. Quid si omnes eo tempore solvendo non sint, vel non sufficiant indemnitati pupillo præstandæ? Hoc casu ii, qui non sunt solvendo, onerant idoneos tutores, & locupletes, qui sunt pares solvendo. Igitur, si unus tutor sit solvendo, cæteri non solvendo litis contestatæ tempore, ille, qui solvendo est, convenitur in solidum, nec poterit uti beneficio divisionis, *l. 2. ff. ex quibus causis ad eund. jud.* Cæterum pupillus ei cedet actionem adversus collegas, *l. ex pluribus, ff. de adm. tut.* vel sine cessione dabuntur utiles ex constitutionibus, *d. l. 1. §. nunc tract. D. de tut. & rat. distr. l. 2. inf. de contr. jud.* Et hoc ita procedit si conveniatur unus in solidum ex communi culpa, vel ex culpa eorum, qui solvendo non sunt: Nam si conveniatur ex dolo communi omnium, vel contumacia omnium, id est, ex cessione omnium improba, ei neque ceduntur actiones directæ convento in solidum, neque dantur utiles adversus collegas, *d. l. 1. §.*

plane, ff. de tut. & rat. distr. l. si pluribus, ff. de adm. tut. Optima ratione, quia proprii doli, proprii delicti, propriæ contumaciæ pœnam tulit, quæ res indignum eum facit, ut quidquam consequatur à cæteris doli ejusdem, aut contumaciæ participibus, quia nulla est societas maleficiorum, nulla justa communicatio damni ex delicto. Ad hæc notandum est, non statim onerari tutorem idoneum propter non idoneum, quoniam prius excutiendus est is, qui dicitur non idoneus, vel heres ejus, & fidejussor ejus, & tandem magistratus municipalis, qui eum dedit non exacta satisdatione, *l. Luc. §. penult. ff. de adm. tut.* Et si ab iis personis pupillus suum servare non possit: tum demum venit ad contutorem idoneum, eumque exigit in solidum. Et unus tantum casus est, quo contutor idoneus statim convenitur in solidum propter non idoneum, excusso magistratu municipali, si tutor idoneus ob hoc conveniatur, quod collegam suspectum facere, vel ab eo satisdationem exigere supersederit, *l. 2. & 5. ff. de mag. con.* Et hæc est sententia *l. 1. §. usque adeo, ff. de tut. & rat. distr.* Ubi potius est legendum, *si non sint solvendo contutores.* Et ita vulgo legunt Latini, Græcique, perspicue, rectius quam sit scriptum in Florentinis, & in illa collectione Iuliani detracta negatione: Nam in Florent. est manifesta trajectio negationis è suo loco in alium, quandoquidem in eo *§. usque adeo*, vulgo omnes Græci, & Latini, & Julianus ipse legunt, *si contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere, aut satis exigere noluit*, ut scilicet hoc casu prius conveniatur, quam magistratus municipalis. Et hanc sententiam asserit etiam fortiter Hugolinus, ut cum in Florent. sit scriptum, *si non contutor ob hoc, &c.* appareat eo loco abundare negationem, quæ in eodem exemplari paulo ante desideratur, illo loco; *si sint solvendo contutores*, manifesta trajectione negationis: Nunc videamus quoniam ille articulus explicitus est, si omnes gesserunt pro diviso ex privata conventione, vel si nulli gesserunt: videamus, & quæramus quid sit dicendum de altero articulo, si quidam gesserint tutelam, & quidam cessaverint. Et jus ita est, ut conveniantur prius, qui gesserint, si solvendo fuerint tempore finitæ tutelæ, *l. 6. sup. titul. proxim. l. 3. hoc tit. l. 2. inf. de hered. tut. l. 1. inf. si tut. vel cur. reip. causa abs.* Satis est si tempore finitæ tutelæ, qui eam gesserunt, solvendo fuerint, ut cæteri, qui non gesserunt omnino liberentur: nam si post finitam tutelam fiunt non solvendo, hoc non onerat cæteros, qui nihil gesserunt, sed cedit periculo minoris ipsius, aut curatoris, qui tutelæ rationes in tempore non exegerunt, *l. 1. hoc tit.* Si vero solvendo non sint, qui gesserunt tutelam tempore finitæ tutelæ, neque fidejussores eorum, neque magistratus municipales, qui eos dederunt non exacta satisdatione, tum conveniuntur utili actione tutelæ qui non gesserunt, quia suo periculo cessaverunt, *l. 4. §. 1. D. rem pupil. sal. for. l. tres tutores, D. de adm. tut.* Verum hic ordo conveniendi tutoris non servatur in eo, quod ex communi dolo periit pupillo: ex hac enim causa cum quo libuerit pupillo congredi licet, *l. 2. inf. si tutor, vel cur. non gess. l. tutores, §. in eum, D. de adm. tut.* Servatur tamen is ordo si quid periit culpa levi omnium, ut etiam Julianus scribit in illa collectione. Et placet etiam, quod ibidem Julianus notat, etiam eum videri non administrasse tutelam, qui rem aliquam, aut partem, de qua agitur, non attigit: etiamsi alias res attigerit, quia quantum ad eam rem verum est eum non gessisse, non se miscuisse administrationi. Et hoc etiam comprobat lex 2. *D. de magist. conveniendis.*



AD TITULUM LIII.

DE IN LITEM JURANDO.

HIC titulus 53. *est de jurejurando in litem*; quod in arbitrio tutelæ defertur adolescenti, vel curatori ejus, & curatori volenti, non invito *l. 1. & 2. h. tit.* Et nihil aliud est jusjurandum in litem, quam æstimatio religiosa ejus rei, de qua agit adolescens, vel pupilli, adolescentisve tutor, aut curator adversus tutorem, aut curatorem, aut brevius, jusjurandum in litem est pretium, quod juratus rei suæ ponit, atque constituit is, qui agit tutelæ, vel utili negotiorum gestorum ex curationis causa. *Litem* enim dicimus rem in judicium deductam, vel id quod interest. Est igitur jusjurandum in rem æstimandam, qua de agitur. Dubitabant veteres *rem*, an *litem* dici oporteret: hodie promiscue dicimus *rem*, vel *litem*, ut in 12. *tab.* rei, vel litis arbitros tres danto; jusjurandum ergo in litem est, quo æstimatur lis, id est, id quod interest, sive res, de qua agitur, quod idem est. Hæc vero res, quæ in judicium deducta est, aut æstimatur à judice vero, & justo pretio, videlicet si dolus, & contumacia, vel lata culpa ejus unde petitur nulla arguatur, *l. 2. in fi. hoc tit.* cum judex æstimat rem in judicium deductam, vero pretio æstimat id quod interest, vel ea res æstimatur ab actore jurato, si dolo adversarii, vel lata culpa res, qua de agitur, non restituatur, vel non exhibeatur: utroque genere, idest, sive æstimet rem judex, sive petitor juratus, fit vera venditio rei, sive litis. Litis æstimatio venditio est, sed priore genere, id est, æstimante judice, fit justo pretio: posteriore genere, id est, æstimante domino litis, fit etiam injusto, & immenso coercendi adversarii gratia ob dolum ejus, vel latam culpam, quæ vulgo præsumitur esse dolo proxima, ac pene dolus, vel ob ejus contumaciam, id est, cessationem in administranda tutela, quæ etiam nihil aliud est, quam dolus malus, & fraus, *l. si plures, D. de admin. tut. l. 2. hoc tit.* in qua, ut hoc admoneam, illo loco, *dolo, vel circumveniendi pupilli gratia*, omnino delendus est ille articulus, *vel*, ut sit, *dolo circumveniendi pupilli gratia*, quod est perspicue verum. Igitur judex æstimandæ litis gratia, ei, qui agit tutelæ, vel utili negotiorum gestorum, defert jusjurandum ob dolum tantum, vel latam culpam tutoris, aut curatoris. Et quantum actor juratus rem, sive litem æstimaverit, in tantum judex plerunque condemnat reum, *l. 1. 2. & 3. hoc tit.* Id vero nunquam defertur ob levem culpam tutoris, vel curatoris, sed ipse judex facit pretium verum, & justum, quod probat apertissime *l. videamus, in fi.* quæ tota est de actione tutelæ, *D. de in lit. jur.* Et vehementer errant vulgo qui æstimant ob levem culpam in tutorem deferri jusjurandum in litem, hoc enim nullo modo probat *lex 4. hoc tit.* ex quo duxerunt istum errorem, ac si diceret, alio jure esse tutorem, alio heredem tutoris, quod etiam ob levem culpam in tutorem juretur in litem, in heredem autem tutoris ob dolum tantum, vel latam culpam. Quæ differentia falsissima est, & longe alia mens hujus *l. 4.* videlicet in tutorem jurari in litem, si inventarium, cæteraque instrumenta pupillaria non exhibeat. Item si inventarium nolit facere, *l. tutor. 7. D. de administ. tut.* Item si rem pupilli restituere nolit finita tutela, *l. tutor, D. de in lit. jur.* quia hæc omnia dolo malo facit, & fraudulenter. Ex dolo igitur tutoris, vel lata culpa, quæ & ipsa dolus est, in tutorem actori deferri jusjurandum in litem: In heredem autem tutoris conventum actione tutelæ, ex dolo, vel lata culpa tutoris non deferri jusjurandum in litem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto, sed ex dolo proprio tantum ipsius heredis, vel ex lata culpa ipsius heredis propria, *l. 1. 2. & 5. hoc tit. l. 4. §. 1. D. de fidejus. tut.* Et hæc est elegantissima sententia *l. 4. hoc tit.* non illa, quam referunt: Et notandum, quod dixi, contra heredem tutoris conventum actione tutelæ ex dolo tutoris non jurari in litem, non dixi, heredem non teneri actione tutelæ ex dolo, vel lata culpa tutoris: sed in eum non jurari in litem, nisi ex proprio dolo, non ex defuncti dolo. Nam certum est, heredem ex dolo, vel lata culpa tutoris teneri actione tutelæ in solidum, id est, etiamsi ex dolo defuncti nihil ad eum pervenerit, *l. ex depositi, & l. ex contractibus, ff. de obligat. l. ult. ff. de fidejussor. tut.* Et generaliter heres quicunque, ut ex illis locis apparet, tenetur ex delicto defuncti, id est, ex dolo, actione ex contractu, non actione ex delicto: & si heres defuncti tutoris tenetur actio-

actione tutelæ ex dolo defuncti, vel lata culpa, id est ex delicto, & multo magis ex levi culpa, id est, ex cessatione, & negligentia qualibet tutoris, ut *l.a.* & *4. tit. seq. l.4. de magist. conven.* in quo etiam peccant vulgo, dum existimant heredem teneri ex dolo, vel lata culpa defuncti tutoris, non ex levi, quod est absurdum. Hoc enim est perinde, ac si diceres, heredem non teneri ex contractu defuncti, nisi ex causa doli, aut latæ culpæ, non si dolus, aut lata culpa abfuerit. Notantur ergo à me duo vulgares errores. Unus, ut in tutorem juretur in litem ob levem culpam, male percepta *l.4. hoc tit.* Alius ut heres tutoris non teneatur ex levi culpa defuncti, qui tenetur ex delicto defuncti. Qui duo errores sunt maximi. Sed notandum ad hæc maxime, heredem tutoris (quod de herede cujuscumque dici potest) non teneri ex omni dolo, vel lata culpa tutoris, ut declarat *l.1. tit. seq.* sed ex eo tantum dolo, qui damnum, & deminutionem attulit rebus pupilli, qui deminuit patrimonium pupilli, qui spoliavit pupillum, ut inquit *l.1. tit. seq.* si quid tutor lucratus sit ex damno pupilli, si intercepit pecuniam pupilli, si quid deprædatus est, si grassatus est in re pupillari, licet ex eo dolo nihil ad heredem pervenerit tutoris, tamen id damnum debere præstare pupillo in solidum. Idem etiam erit, si quid alter lucratus sit ex damno pupilli, per gratiam tutoris, *par la faveur du tuteur*, veluti re pupilli alteri vendita viliore pretio, ut in *l.6. sup. arb. tut.* quæ gratia adscribitur latæ culpæ, *l. si procuratorem, §. ult. D. mand.* Et lata culpa præsumitur semper esse dolus: lata culpa est dolus præsumptus, non omnino evidens, *l. quod Nerva, ff. depos.* Ex iis igitur causis, quibus minuitur res pupilli, aut deterior fit dolo, vel lata culpa tutoris, heres ejus tenetur actione tutelæ in solidum, etiamsi nihil ad eum pervenerit, non temere ex aliis causis, aut ex quolibet alio dolo. Et rectissime, ut memini me docere obser. 13. Græci in *Basil. in l.1. tit. seq.* detracta negatione affirmate legunt hoc modo: *heredes tutorum ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet*: denique Basilica manifeste ostendunt esse legendum in *l.1. h. tit. quæ latæ culpæ*, detracta negatione, ut sit hæc sententia, heredem tutelæ teneri in solidum ex dolo, vel lata culpa tutoris, qua deminuta est res pupilli, vel deterior effecta in lucrum tutoris, vel alterius per gratiam tutoris: non teneri ex alio quocunque dolo, nisi lis fuerit cum defunctu contestata. Qui existimabant heredem tutoris non teneri ex levi culpa tutoris (quod est iniquum) junxerunt negationem in illa *l.1.* & etiam in *l.a. inf. de mag. con.* Et ita hæc interpretatio, fidaque correctio *l.1. tit. seq.* quam summe notandam censeo, atque retinendam, patefacit perspicue jam quid sit, quod ait Justinian. in *§. aliquando, Instit. de perpet. & temp. act.* aliquando actionem ex contractibus non dari in heredem, ut puta si defunctus dolose versatus sit, & nihil ex eo dolo ad heredem pervenerit. Sciendum est duas esse regulas juris: Actione ex delicto pœnali ob dolum defuncti non teneri heredem, nisi quatenus ad eum pervenerit ex delicto defuncti. Altera regula hæc est: Ex dolo defuncti, ex actione ex contractu defuncti, licet in eo versetur dolus, ob dolum defuncti, vel latam culpam heredem teneri, etiam si nihil ad eum pervenerit ex eo dolo defuncti. Sed posteriori additur exceptio in *d. §. aliquando*, dum ait: Aliquando ex contractu in heredem non dari actionem, si nihil ad eum pervenerit ob dolum malum defuncti. Quando vero hoc fiat, docet *l.1. tit. seq.* Si dolus defuncti rebus actoris diminutionem non attulerit, heres non tenetur ob eum defuncti dolum, damno tantum farciendo obnoxius est, quod intulit defunctus alteri dolo malo, vel lata culpa: Nam ut refutemus aliorum interpretationes *ad §. aliquando*, & probabiles tantum (nam aliæ sunt solo contemptu, & silentio dignæ, ut explicent hunc *§. aliquando*) putant excipi in illo §. interdictum de precario, propterea quod in *l. quæsitum in fin. D. de prec.* dicitur, interdicto de precario ex dolo defuncti heredem teneri hactenus, quatenus ad eum pervenit. Ergo non teneri si nihil pervenit. Et interim

A non afferunt rationem, cur hoc sit speciale in precario, nec possunt adferre. Sed facile nimis capti sunt illis verbis *leg. quæsitum*, heredem teneri, ex dolo scilicet defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit. Nam ideo non sequitur, quin etiam teneatur ultra id, quod pervenit, id est, in id, quod non pervenit ad se, sed ad alium dolo defuncti, si quid lucratus sit reus, vel alter ejus beneficio, & gratia ex damno actoris: etenim *l.4. inf. tit. seq.* dicitur, heredem tutoris teneri in id, quod pervenit. Unde jam patefit vitiose colligi, non teneri etiam eum in id, quod non pervenit, si dolus defuncti rem actoris diminuerit, vel dilapidaverit malo more, & improbato. Alii vero etiam male existimant *in eo §. aliquando* excipi actionem specialem depositi, de eo, quod depositum est in tumultu, aut ruina ædium, aut incendio, aut naufragio, B in trepidatione quadam, & consternatione mentis. Nam & actio depositi ex his quatuor causis, tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, est pœnalis actio in duplum, in quam venit dolus depositarii, vel heredis ejus proprius dolus. Nam ex hac causa, ex dolo defuncti, heres non tenetur in duplum actione depositi. Hoc etiam exemplum non est accommodatum ad *§. aliquando*, neque conveniens. Nam actio depositi potius videtur esse ex delicto, quam ex contractu, cum & sit pœnalis in duplum. Et idcirco secundum priorem regulam, hac actione non tenetur heres ex dolo defuncti, sed ex dolo proprio tantum, ut in *§. plane si, Instit. de action.*



C

AD TITULUM LIV.

DE HEREDIBUS TUTORUM, VEL CURATORUM.

QUOD dixit supra tit. generali scilicet arbitrium tutelæ, id est, tutelæ actionem dari heredi, & in heredem, *l. pen.* id specialiter exsequitur in hoc tit. Cur specialiter? Quia alio jure est actio tutelæ, quæ datur heredi, & in heredem, & alio jure actio tutelæ, quæ datur tutori, & in tutorem. Ac primum occupavit in tit. superiori *l.4.* indicare unam differentiam, quod scilicet ex dolo adversus tutorem juretur in litem, sed non adversus heredem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto. Addantur etiam aliæ duæ differen- D tiæ. Actio tutelæ, quæ heredi pupilli competit, non est privilegiaria; pupillus habet privilegium personale, & privilegium tacitæ hypothecæ heres ejus non habet, *l. ex pluribus, de adm. tut. l. dabimus, D. de reb. auct. jud. poss. l.1. §. idem principes, D. ad leg. Cor. de fals.* Ergo non est eadem actio tutelæ, nec eodem jure est, qua pupillus agit: & actio tutelæ, qua heres pupilli agit: altera est privilegiaria, altera non est privilegiaria. Et rursum actio tutelæ, quæ in tutorem datur, famosa est, non qua agitur in heredem tutoris, *l. furti, §. si quis alieno, & §. penult. D. de his, qui not. inf.* In hoc autem proposito heredem, vel heredes accipimus in infinitum, ut contineantur etiam heredes heredum, quod in tit. sup. ostendit l. a.

E



AD TITULUM LV.

SI TUTOR, VEL CURATOR NON GESSERIT.

DAT tit. *Si tut. non gess.* ut resumat, quod dixit in tit. generali *arb. tut. l.6.* etiam eum, qui non gessit tutelam teneri arbitrio tutelæ, utili scilicet non directo, & excusso eo prius, atque convento, qui gessit, ut in *l.2. hoc tit.* in prima parte *l.8. sup. de admin. tut. l.3. sup. de div. tut.* & ut doceat specialiter cessationis rationem esse reddendam, etiamsi non defuerint, qui gererent tutelam, ut ait *l.2. sup. tit. proximo.* Si nemo gessit tutelam, quia non apparet quis sit prior,

quis posterior, quisve ordo in eis conveniendis sit servandus, cum sit omnium contumacia par, vel culpa lata, perinde omnes tenentur, atque si communiter tutelam indivisam administrassent, *l.2. h.t.* in secunda parte, quod à me latius explicatum est in *tit.de div.tut.* Ubi alii gesserunt, alii non gesserunt, si forte, qui gesserunt, solvendo non sint, conveniuntur qui non gesserunt, vel culpæ nomine, quod contutores suspectos non fecerint, *l.2. tit.seq. & d.l.6. sup. arb. tut.* Vel si is, qui tutelam administravit, qui tutelam gessit, solus patronus sit cæterorum contutorum, ut non possit postulantibus collegis suis libertis accusari suspecti, ob dolum & fraudem, quod actio suspicionis sit famosa, quam unusquisque intendit suo nomine, & quasi publico nomine, quia quasi publica actio est, quod pateat omnibus, hoc pietatis officium pupillo præstare paratis, *l. 1. §. consequens, D. de susp. tut.* In patronum igitur contutorem cæteri non possunt movere suspecti actionem famosam, quia liberto in patronum nulla est actio famosa, *l.1. hoc tit.* ex qua sumpta est *l.1. sup. de obseq. pat. præst.* Quid igitur fiet hoc casu. Si cæteri tutores, qui tutelam non gesserunt, eum, qui gessit, quod patronus esset, non potuerunt postulare suspecti, an culpabuntur? sic sane, non quod suspectum contutorem non fecerunt (nec enim poterant) sed quod curatorem ei adjungi non postularunt, vel alio remedio non prospexerunt rebus pupilli, quas patronus male administravit, *l.1.hoc tit.& arg.l.si tutor.D.de susp.tut.*



AD TITULUM LVI.
DE USURIS PUPILLARIBUS.

ETIAM hoc tit. specialiter resumit, quod attigit *tit. generali arb. tut. l. 3.* Videlicet in arbitrium tutelæ venire usuras pecuniæ pupillaris, quam tutor in usus suos convertit, & usuras legitimas, id est, centesimas, quibus nullæ possunt esse majores, secundum leges, *au denier huit & un tiers*, quod etiam constitutionibus regiis comprobatum est, *douze pour cent*, *l.1. hoc tit.* quæ hoc dicit, venire usuram centesimam in actionem tutelæ, ejus pecuniæ, quam tutor convertit in usus suos. Veniunt etiam usuræ centesimæ in eandem actionem, si tutor negaverit pecuniam pupillarem ad alendum pupillum penes se esse, & in mendacio convictus fuerit. Item eædem usuræ veniunt, quæ sunt maximæ usuræ, & gravissimæ, si tutor neglexerit præceptum prætoris de pecunia pupillari deponenda, vel si tardius ei obtemperaverit. Item si à debitoribus pupilli centesimas usuras exegerit. Item si tutor dum negat aliquam pecuniam penes se esse falso, compulerit pupillos ad sua onera expedienda mutuam pecuniam sumere sub usuris centesimis. Ex his causis usuræ pupillares sunt centesimæ, *l.7. §.quæ autem, D. de administr. tutor. l.qui sine, D.de neg. gest.* Ex cæteris causis ejus, quod tutor debet ex administratione, in arbitrium tutelæ secundum morem regionis veniunt usuræ trientes, vel quincunces, ut ait dictus *§.quæ autem*, id est, *au denier vingt*, vel trientes, id est, *au denier vingt & cinq*, vel si quæ aliæ leviores in provincia frequentatur. Nam exceptis causis, ex quibus veniunt usuræ maximæ, id est, centesimæ in aliis ad usuras exigendas, vel in usuris exigendis servamus morem regionis, modo non excedat modum legitimum, *l.1. in princip. D. de usuris*. Hæ sunt pupillares usuræ, id est, quæ veniunt in arbitrium tutelæ, vel in actionem utilem negotiorum gestorum. Nam quæ de tutoribus dicimus, pertinent etiam ad curatores. Veniunt autem hæ usuræ non tantum, si tutor ex sua persona conveniatur: sed etiam ex persona contutoris, quod enim suspectum non fecerit, vel quod ubi opus fuit satis ab eo non exegerit, *d.l.7. §. penult. l. 2. hujus tit.* Et veniunt usque in diem sententiæ, sive condemnationis, vel si tutela sit reddita sine judice, *sans procez*, in diem redditæ tutelæ, *les usures courent jusques-là*, *d.l.7. §. ult. & l. 1. D. de usur.* Et ex die veniunt, qua tutor ex administratione cœpit esse debitor ipso jure, sine mora, quæ fiat in personam, sine interpellatione, quia favore pupillorum ex constitutione Severi mora ejus fit in rem, sive ipso jure, *l.cum vero, §.apparet, D. de fideicommiss. lib.* quæ constitutio Severi significatur articulo hodie in *d.l.1. de usur.* At hæc duo notanda sunt, in arbitrium tamen tutelæ non venire otiosæ pecuniæ pupillares usuras, id est, quam tutor non habuit, cui fœneraret, vel ex qua non habuit prædia idonea, quæ compararet, tunc enim ea pecunia vacat pupillo, & sterilescit, *l.3. hujus tit. l. cum plures, §. ult. D. de administr. tutor.* Postremo notandum est, impediri cursum usurarum pupillarium, quas tutor debuit, si per eum non steterit, quo minus tutelam restitueret, *l. 4. hujus tit.* Nam, ut non impeditur petitio sortis, quod debitor usuras solvere paratus sit, *l. ult. §.ult. sup. de jure dot.* nisi aliud convenerit, puta, ut donec usuræ solverentur, sors non exigeretur, *l.4. §.ult. D.de pact.* Ita quoque non impeditur liberatio usurarum, quod creditor non agat, quod pupillus tutelæ non agat: si modo tutor ei sæpius denontiaverit, & postremo apud acta jus dicentis protestatus sit, se paratum esse parem rationem cum pupillo facere, quæ est sententia *l.4. hujus tit.* valde notanda, quia non desiderat oblationem pecuniæ, oblationem reliquorum, & obsignationem. Unde notandi sunt duo modi, quibus inhiberi potest cursus usurarum pupillarium. Unus est in *l.1. inf. D. de usuris, l.tutor pro pupillo, §.1. D. de administr.tut.* Alter modus hic est, qui proponitur in *hac l.4.* si frequenter denuntiet pupillo tutor, ut accipiat rationes tutelæ, & tandem apud acta contestetur, se paratum esse restituere tutelam. Hoc sufficit ad inhibendum cursum usurarum, etiamsi pecuniæ obsignatio, vel depositio non intervenerit. Denique oblatio illa iterata sæpius, & ad extremum prodita actis, atque insinuata absolvit usuris pupillaribus.



AD TITULUM LVII.
DE FIDEJUSSORIBUS TUTORUM, VEL CURATORUM.

HIC titul. ostendit, non tantum tutorem teneri actione tutelæ, sed & fidejussores ejus actione ex stipulatu, qui & ipse fidejussor nomine usurarum pupillarium tenetur, quia rei locum obtinet, *l.si postea, D.rem pup. salv. fore.* Et adolescens eligere potest cum quo agat de tutela, cum ipso tutore, vel cum fidejussore ejus, vel etiam potest dividere actionem, & partem petere à tutore, partem à fidejussore tutoris, non etiam solidum à tutore, & solidum etiam à fidejussore, ne bis idem consequatur, *l.1. hoc tit.l.pupillus,D.eod. tit.l.reos, inf.de fidejuss. l.3. §.1. D. de duobus reis, l.grege, §.etiam, D. de pign.* Et hoc secundum jus vetus, quod obtinuit ante Nov.Just.*de fidejuss.* quæ creditoribus quibuscunque ademit istam electionem, & vult prius excuti reum principalem, quam fidejussorem. Qua de causa duæ constitutiones hujus tit. quæ loquuntur de ista electione non sunt positæ in Basil. quia erat sublata electio à Justiniano. Et quia satis explicata est *lex 1.* videamus alteram, in qua quæritur, an electo tutore liberetur fidejussor, electo, inquam, & condemnato, & solvente fortem sorte duntaxat, nec etiam satisfaciente ad solvendas usuras pupillares, & cætera arbitrii tutelæ? An & cætera integrum est pupillo reposcere à fidejussore tutoris, qui elegit reum? Denique reo electo an omnino liberetur fidejussor? Et valde notanda est distinctio *l.2.* quia potest esse usui in multis partibus juris. Aut fidejussor acceptus est simpliciter in id, quod tutor debiturus esset: & tunc electo reo, & damnato, & nonnihil solvente, puta solvente sortem, fidejussor liberatur, quia non videtur in omnem causam intercessisse. Aut promisit generali-

raliter rem pupilli salvam fore, vel indemnem pupillum fore: aut præstari etiam id, quod à tutore servari non possit: Et his modis fidejussor se videtur obligasse in omnem causam, & electo reo, & solvente sortem tantum, nihilominus tenetur fidejussor ad solvendas usuras, quas reus per inopiam solvere nequit, & omnino ad supplendam pupillo indemnitatem. Et hoc vult *l.2.* quod confirmatur *l.fidejuss.inf. de fidejuss.& l.initio, sup.de pact.int.empt.& vend. & l.quæro, D.eod.*



AD TITULUM LVIII.

DE CONTRARIO JUDICIO TUTELÆ.

CUM de judicio tutelæ directo supra dictum sit satis, quod pupillo competit: ad contrarium veniendum est, quod tutori in pupillum datur finita tutela. In hoc judicio tutelæ contrario venit quod tutor de suo impendit in rem pupilli, *l.3. hoc tit.* vel quod ei pupillus debuit ex causa præcedente tutelam, veluti ex contractu paterno, *l.2. sup.de in lit.dand. tut.* Quod autem venit in contrarium judicium tutelæ, id etiam tutor, si cum eo agatur directo judicio, potest consequi jure compensationis, *l.3. hoc t. d.l.2. sup.de in lit. dand. tut.* Illud notandum est, in contrarium judicium tutelæ non venire, ut tutori, qui solvit pro contutore suo convento, & condemnato in solidum, pupillus cedat actiones suas adversus contutorem condemnatum, quia post solutionem extincta tutelæ obligatione, nulla pupillo actio superest, quam cedere possit, sed is, qui solvit pro contutore condemnato, habet in eum actionem negotiorum gestorum: post solutionem, ut dixi, frustra desideraretur cessio actionis à pupillo, quia solutio actionem pupilli peremit: ante solutionem recte desideraretur, recte scilicet pupillus cederet actiones suas tutori, qui id omne, quod ex tutela sua debetur, paratus est solvere pro collegis. Itemque valeret cessio post solutionem uno casu, si in ipsa solutione pactus sit tutor, qui solvit pro collegis, ut sibi cedantur actiones adversus collegas suos, quia hoc modo videtur emisse actionem pupilli adversus collegas suos, *l. Modest. ff. de sol. l. cum is, ff. de fidejuss.* Itaque cessio redemptæ actionis valet, ut transactio mandatum, qua veluti mandato emptor fit procurator in rem suam, *l.1. hoc tit.* vel etiam emptori actionis, sive nominis sine cessione, id est, etiamsi non sit factus procurator in rem suam, competit in collegas utilis actio tutelæ, quasi ex cessione præsumpta, *l.1. sup.de obl.& act.* Sicut tutore condemnato, & solvente ex communi culpa, vel ex culpa collegarum, ei cedendæ sunt actiones adversus collegas, quod condemnatus consequitur in actione judicati per exceptionem doli mali, vel sine cessione ei dantur utiles ex constitutionibus *l.ex pluribus, ff.de admin. tut. l.1. §.nunc tractemus, ff. de tut. & rat. distr.* Quod utique verum est, etiamsi ex communi culpa, vel ex culpa collegarum tutor absens, & indefensus condemnatus sit post litem cum eo contestatam, quæ sententia valet, lata scilicet in absentem, & indefensum, qui litem contestatus fuerat, *l.ult. inf. quomodo, & quando jud.* Si, inquam, ita absens condemnatus bonam fidem agnoscens sententiæ acquieverit, id est, non appellaverit, sed solverit, & fecerit judicatum, quæ est sententia *l.2. hoc tit.* Et dixi recte *ex leg.2.* ex communi culpa. Nam si unus ex tutoribus damnatus sit ex propria culpa: nulla ei actio potest esse in contutores, neque item, si ex communi dolo, *l.si plures, ff. de adm. tutor. l.1. §.plane, ff. de tut. & rat. distr.* quod exposuimus etiam in *tit. de divid. tut.* neque item, si suo nomine solverit, *l.ut fidejussor, D. de fidejuss. & l.cum alter, inf. de fidejuss.*



AD TITULUM LIX.

DE AUCTORITATE PRÆSTANDA.

EXPLICATIS actionibus, quæ ex administratione negotiorum pupillarium nascuntur, datur *tit. de auctoritate præstanda*, quoniam veteres auctoritatem separabant ab administratione negotiorum, ut Ulpian. *lib. regul. tit. de tut.* dum ait, pupillorum, & pupillarum tutores, & negotia administrare, & auctoritatem interponere pupillis aliquid gerentibus: mulierum autem puberum tutores, quæ ante legem Claudiam erant in perpetua tutela, auctoritatem duntaxat interponere, non etiam gerere negotia mulierum. Et tamen de auctoritate præstita, vel non præstita, ubi oportuit, non minus, quam de administratione tutor rationem reddit judicio tutelæ, *l.si tutor, D. de auct. tut.* Et, quod notandum, receptum est, ut sine auctoritate tutoris pupillus tutori obligetur judicio contrario tutelæ, *l.1. D.de contr. act. tut.* quamvis aliis non obligetur pupillus sine tutoris auctoritate, nisi in quantum locupletior factus est ex D.Pii constitutione, *l.1. D.de auct. tut.* Cum tamen alios sibi pupillus obliget recte, etiam sine auctoritate tutoris, *l.1. hoc tit.* quæ sumpta est ex *l.neque, inf. de contrab. stip.* Namque placuit generaliter, pupillum meliorem suam conditionem facere posse sine tutoris auctoritate, non etiam deteriorem. Sunt autem in hoc tit. duæ Justin. constitutiones novæ, quibus jus vetus abrogatur maxime notandæ. Una est in *l.4.* ut non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus causis minoribus sit necessaria auctoritas tutoris, ut inutile sit, & irritum etiam criminale judicium, si tutor, vel curator minori non adfuerit, vel accusatori minori, vel reo. Et inde in *l.2. §.pupillis, D.de accus.* pupillo licet exequi judicio publico mortem patris, vel avi sui ex consilio tutorum. Jure autem veteri, sicut cum servis nulla erat actio civilis, *l.servus, sup. de jud. l.cum servo, D. de reg. jur.* erat tamen cum servo criminale judicium, *l.hos accusare, §.omnibus, D.de accus.* Ita cum minoribus non erat actio civilis sine tutoris, aut curatoris auctoritate, erat tamen criminalis sine tutoris auctoritate, quod mutat hæc *lex* 4. Altera constitutio est in *l.5.* ut scilicet si plures sint tutores, in omni re unius auctoritas sufficiat, quæ comprobetur, & corroboretur quod cum pupillo agitur, præterquam si pupillus detur alteri in adoptionem, quod hodie jure fit adhibita auctoritate omnium tutorum, vel curatorum ex constitutione Aotonini, *l.8. l.17. §.1. D. de adopt.* Merito excepit hanc rem *l.5.* ne sit in potestate unius tutoris finire tutelam. Finitur enim tutela adoptione pupilli, cum per adoptionem desinat esse liberum caput. Ergo hoc casu excepto, si plures sunt tutores, ex constitutione Justiniani indistincte, quoque modo, aut jure accesserint ad tutelam, in omnibus causis unius auctoritas sufficit, si indivisa sit tutela, si divisa sit in partes bonorum, vel in regiones, & provincias, oportet quemque in sua provincia auctoritatem interponere, nec miscere se negotiis alterius provinciæ commissis alteri per divisionem tutelæ. Quod ita accipiendum est, ut si tamen unius provinciæ sint plures tutores, unius auctoritas sufficiat ex illis, quibus attributa est illa provincia, non ex alia provincia. Nam etsi lis, si qua movetur pupillo, vel à pupillo, omnibus denuntianda, vel ab omnibus, qui in ea provincia tutelam gerunt, *l.2. inf. si ex plur. tut.* tamen post denuntiationem, vel unius provinciæ uno tutore auctore judicium peragi potest. Hac constitutione Justinianus sustulit veterem differentiam tutorum inter se, quæ olim obtinebat. Nam olim si plures erant tutores testamentarii, vel dati ex inquisitione, unius auctoritas sufficiebat, licet denuntiare litem solemniter omnibus oporteret, ut aperte ostendit *l. 1. C. Theod. de denunt.* Sed si plures erant tutores legitimi,

vel

vel dati sine inquisitione; unius auctoritas non sufficie- A bat, sed omnes in omni re auctoritatem pupillis suis præstare oportebat, vel curatores omnes suis adolescentibus, Ulp. *lib. reg. tit. de tut. Si plures*, inquit, *tutores sunt, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos, qui testamento dati sunt*: nam ex his unius auctoritas sufficit: quibus adjunguntur etiam dati ex inquisitione. Et ita M. Tullius *pro Flacco*: *Nihil de tutela legitima sine tutorum omnium auctoritate deminui potest*. Sed hanc differentiam abrogat Justinianus in hac *l.ult.* Et vult, ut sit eadem hac in re conditio, & causa omnium tutorum, & ut scilicet in omnibus causis, excepta sola causa adrogationis pupilli, unius auctoritas tutoris sufficiat. Et notandum est valde, quod ait, *in hoc casu, non absimiles esse testamentariis, & datis per inquisitionem legitimos, & simpliciter dator*. Et sequitur, *eo quod fidejussionis one-* B *re prægravantur, & subsidiariæ actionis adminiculum speratur*. Explicat cur dixerit, non esse differentiam inter tutores in hoc casu tantum, eo quod in aliis casibus est differentia inter tutores, duobus nempe, primum in onere fidejussionis rem pupilli salvam fore, quod subeunt legitimi, & dati sine inquisitione, non testamentarii, & dati ex inquisitione, *l. penult. sup. de tut. & rat. qui s.ut. non ded.* Deinde inter eos differentia est in spe subsidiariæ actionis. Subsidiariam actionem vocat actionem in factum, quæ datur in magistratum municipalem ad extremum, ubi non potest alio remedio pupillus à tutoribus suum conservare, vel curatoribus, videlicet si magistratus municipales non idoneum fidejussorem dederint, non exacta satisdatione, ex oratione Trajani: de qua actione est *tit.ult. hoc libro*. Et me- C rito ultimus, quia ultimum hoc est remedium, quod competit pupillo rei suæ servandæ gratia, ultima actio, id est, subsidiaria. Hæc vero actio non pertinet ad testamentarios tutores, vel datos ex inquisitione, sed tantum pertinet ad legitimos, vel datos sine inquisitione, à quibus magistratus municipalis satis non exegit. Et ita mens Justiniani hoc loco est, ut his casibus probet, non esse idem jus tutorum: sed in proposito casu, an unius tutoris auctoritas sufficiat, idem jus esse omnium indistincte. Auctoritas est voluntas, suasio, consilium, consensus, approbatio tutoris expressa. Necesse est, ut auctoretur expressim dicens, se auctorem esse, se assentiri pupillo contrahenti, vel litiganti. Nam sola præsentia corporalis tutoris non sufficit, nec habetur taciturnitas pro consensu. Denique auctoritas est approba- D tio tutoris expressa, quæ interponitur in ipso negotio pupilli, vel perfecto negotio, *l. si quis mihi, §. jussum, ff. de acquir. hered. l. 1. §. ult. & l. 3. ff. de auctor. tut.*

AD TITULUM LX.

QUANDO TUTORES, VEL CURATORES ESSE DESINANT.

RECTE conjungitur hic titulus legi ultimæ præced. tit. quæ docet tutelam, & curam finiri adoptione pupilli, ut addat etiam, tutelam, & curam finiri impuberis pubertate, *l. 1. hoc tit. l. 2.* E *supra, in quib. caus. tutor. l. curatorem, ff. de tut. vel curat. dat.* non finiri tutelam sola pupilli voluntate, quia invitus pupillus est sub tutoris auctoritate, invitus tutela continetur, *l. 2. hoc tit. & l. ult.* pubertatem, quia diximus finiri tutelam, vel curam, æstimat Justinianus in fœminis ex annis duodecim completis, quod olim etiam obtinuit: in maribus autem ex annis quatuordecim, quod olim omnino non obtinuit, cum æstimabatur in mare pubertas ex aspectu corporis, id est, verecundioris partis omnino, quod indecorum esse Justinianus arbitratus est, ut apud Aristoph. in Vesp. *παίδων δοκιμαζομένων*. Et apud Platonem 11. *de leg.* Igitur hodie indistincte pubertas æstimatur ex annis, fœminarum 12. & masculorum 14.

AD TITULUM LXI.

DE ACTORE A TUTORE, SEU CURATORE DANDO.

NON satis est dixisse de tutore, vel curatore, nisi & aliquid proprio titulo tractetur de actore à tutore, vel curatore dato, licet & de eo jam actum sit *l. 10. sup. qui dar. vel dar. tutor. vel cur.* Hic vero actor dari dicitur à tutore, vel curatore, quia ex decreto prætoris, vel præsidis, postulante tutore, aut curatore, & ejus periculo datur plerunque litium causa, unde est actoris nomen, cum tutor, vel curator aliquo profecturus, & aliquandiu absuturus est, ut B in constitutione hujus tit. *& l. 10. inf. de appell. l. qui negotia, §. penult. D. de neg. gest. l. tutor, D. quand. ex fac. tut.* Absuturus igitur tutor constituit, constituive postulat decreto prætoris, suo loco, & suo periculo actorem idoneum, qui interim defendat pupillum, atque tueatur: Nam propter absentiam solam tutoris, non potest dari alius tutor, vel curator, *d. l. 10. sup. qui dar. tut. vel cur. l. curator, D. de tut. & cur. dat.* Si modo (ut alias dixi) ibi accipias *affuerit*, pro *absfuerit*, quemadmodum semper habent scriptum Pandect. Flor. Non potest etiam tutor, qui absuturus est procuratorem facere ex sua persona in litem pupilli, cum non sit ipse dominus litis, solus dominus litis procuratorem facit, *l. neque, sup. de proc.* Posset quidem facere procuratorem ad litem ex persona pupilli sua interposita auctoritate: sed finge pupillum abesse peregre, aut infan- C tem esse, ut procuratorem constituere non possit, tunc sane nec ex persona pupilli procurator dari potest auctore tutore, qui abesse cogitur sui negotii necessarii causa, *§. ult. Institut. de curat. l. decreto, D. de administr. tutor.* Igitur necesse est hoc casu actorem constitui periculo absentis tutoris, vel absuturi, qui etiam dicitur adjutor, *l. solet, D. de tut. l. 6. infra, quom. & quand. jud.*

AD TITULUM LXII.

DE EXCUSATIONIBUS, ET TEMPORIBUS EARUM.

D CUM sæpe jam dixisset in superioribus tit. tutorem jure datum, ex quo scivit se datum, suo periculo cessare, si se non excuset, *l. 6. sup. de testam. tut. l. 1. sup. de leg. tut. l. 9. qui dar. tut. vel cur. non poss. l. 19. de adm. tut.* tempus est tandem, ut dicat de excus. Duæ sunt partes tituli, una de excusationibus, altera de temporibus excusationum, id est, intra quæ excusationes allegari, & proponi oportet, quæ qui non observat, & post ea tempora se excusat, repellitur præscriptione temporis, nec auditur. *Excusatio* quid est? Est allegatio vacationis, seu immunitatis à tutela, vel cura, quam habet quis ex privilegio, vel ex justa causa, & quam proponit re integra, id est, nondum cœpta administratione. Sera est excusatio regulariter post administrationem cœptam, exceptis causis, quæ post susceptam tutelam novissime præbent excusationis causam. Alioquin regulariter excusatio proponenda est E re integra, *l. 2. tit. seq.* Et vel excusatio fit in partem, vel in totum. In partem, veluti ab administratione rerum, quæ sunt in alia provincia, quod non possit in duabus provinciis solus, propter late diffusum patrimonium pupilli, officium tutelæ exercere. Idcirco enim excusabitur in partem tantum. In totum autem plerique excusantur, & multo plures sunt excusationum causæ, quam proponantur in hoc tit. Adduntur etiam aliæ in aliis *tit. seq.* Ingenuus excusatur à tutela libertini, *l. 3. hoc tit.* Ut si hodie diceremus, nobilem excusari à tutela plebeii: nam qui dicuntur nobiles, alii sunt à militibus. Miles est tantum is, qui meret stipendium in expeditione, sive ingenuus sit, sive libertinus,

extra

extra castra nullus est miles. Et est error ineptissimus vulgaris, ut milites arbitrentur esse, quos nobiles appellamus, quia scilicet nobilitantur munere feudi à principe profecti, alioquin milites ne volentes quidem possunt tutores fieri, *l. 4. supra, qui dar. tut.* Ergo ingenuus excusat se, si detur tutor libertino, ac similiter nobilis, si detur tutor plebejo. Item navicularii, id est, qui serviunt annonæ urbis, & aliis publicis necessitatibus in contrahenda annona, vel lignis, vel lapidibus, aut marmoribus, vel qua alia materia necessaria Reipub. quorum in urbe, cum erat amplissima, erat certum corpus donatum multis privilegiis. Et inter cætera, ut excusentur navicularii à tutelis personarum, quæ non essent ex suo corpore, id est, non naviculariorum, *l. 1. hoc tit. l. 7. C. Theodos. de navicular.* Excusantur etiam silentiarii, *l. ult. hoc tit. l. ult. infra, de silent. lib. 12.* Hi sunt milites, qui noctu excubias agunt in palatio principis ad limina, qui, ut ait Claudianus, *sacro adhibent silentia somno*, unde est nomen. Item exactores tributorum excusantur à tutelis, *l. 10. hujus tit.* Et qui tutelam gessit pupilli, ea finita pubertate, non cogitur etiam suscipere curam ejusdem personæ, nisi sit libertus patroni: is enim debet utrumque munus liberis patroni, vel patronæ, ut in *l. 5. & 10. hujus tit.* Excusatur etiam favore senatorum urbis, libertus tantum unus, qui senatori procurat (*qui faict tous ses affaires, & qui les manie*) *l. 15.* Item qui cum pupillo de hereditate controversiam habet, *l. 16.* Et quod maxime notandum est, quasi valde novum, & singulare, hic si susciperet tutelam, ex necessitare officii, cogeretur nomine pupilli diem dicere fratribus suis, cum quibus pupillo res est, vel fratrum suorum filiis, si se excuset: ne nomine pupilli tam propinquis personis negotium faciat ullum, audietur, maxime cum communis utilitas pupilli occurrat, cui est negotium proximum cum propinquis ejus, qui tutor datus est, conjunctissimisque personis, in *l. 23. hoc tit.* Hi igitur excusantur in totum. Ac notandum est rursum, ex iis, qui se excusant, alios tutores esse posse, si velint, ut ii, qui ante relati sunt. Et notandum est, voluntariam tutelam nihil derogare privilegio excusationis, *l. 52.* ut si omissa excusatione, quæ mihi jure competit, mea sponte tutelam cujusdam pupilli suscepero, non ideo minus me potero excusare à tutela nova, si deferatur. Et notandum est, non amitti privilegium per voluntaria tutelæ munera, *l. 12. hoc tit.* Alios vero se excusare, qui nec si velint, tutores esse possunt, & forte suscepta ultro administratione removentur, ut maritus tutor datus uxori, vel socer nurui, *l. 4. 15. & 17. hoc tit. l. 2. supra, qui dar. tut. vel cur.* Observandum etiam est in hoc tit. non tantum explicari causas aliquas justas excusationum, sed etiam aliquot injustas, *l. 5. 7. 8. 9. & 25.* Et hæc de prima parte. Altera pars est de temporibus excusationum, ad quam pertinet *l. 6. 11. 56. 18. & 20.* Ut scilicet tutor datus decreto prætoris, vel testamento patris, non necesse habeat statim appellare à decreto, à nominatione, creatione. Sane si testamento datus sit, non appellat: si decreto prætoris datus sit, jure veteri potuit appellare, *l. 4. D. de excus. tut. l. cum in una, l. tut. D. de appel. l. tutor, vel cur. D. de admin. tut. l. penult. supra, de tut. & cur. dat.* Sicut quilibet vocatus ad alia munera civilia, quæ sunt innumera, confestim potest appellare, ut est in *l. 7. infra, de appel.* Igitur jure veteri hac in re munus tutelæ, vel curationis nihil differt à cæteris muneribus civilibus. Nam statim, atque tutor, vel qui vocatur ad aliud munus civile decreto præsidis, vel decurionum, datus, & nominatus est (nominatio datio est, ordinatio, creatio) jure veteri potest appellare, & queri de iniquitate oneris impositi. Sed ex constitutione D. Marci, tutoribus datis remissa est appellandi necessitas, ut non cogantur statim appellare, nec omissa appellatio statim eis fraudi est, quasi injuncto periculo cessationis, quod significat *l. 18. hoc tit. & l. 15. D. eod.* Sed tutor datus decreto prætoris, vel præsidis ex eadem constitutione D. Marci, ex quo innotuit ei decretum, debet se excusare apud eundem prætorem, vel præsidem intra dies 50. Et excusatione non recepta, id est, si decreverit idem prætor, vel præses, qui dedit, non esse excusationi locum, tunc licet tutori appellare, & agere causam appellationis etiam post pubertatem pupilli, cum jam tutor esse non potest, ut scilicet sciatur an futurum medii temporis periculum ad eum pertineat, nec ne. Qua in re est notanda *lex 55. hoc tit.* Hic ordo introductus est constitutione D. Marci: sed notandum est, se excusare testamentarios, vel datos decreto prætoris, vel præsidis: Nam legitimi non possunt se excusare, quia ipso jure tutores sunt facti legibus, & à legibus non licet se excusare, non licet appellare, & excusationem non receptam sequitur appellatio, secundum *l. si qua pœna, D. de verb. sign.* Et ideo in *l. 6. hoc tit. & l. 13. D. eo.* fit tantum mentio testamentarii, vel dati à prætore, aut præside: ut intra tempora se excusent: non fit mentio legitimi. Et similiter in *§. qui excus. Instit. eod. tit.* cujuscunque generis tutores se excusare posse. Quibus verbis, ut excluderentur legitimi, subjicit interpretationem, id est, quicunque dati fuerint, quo excluderet legitimos. Dixit qui dati fuerint: legitimi enim non dantur, sed fiunt, *l. 5. D. de leg. tut.* Possunt tamen legitimi se excusare ad tempus ex causa forte, quæ supervenerit, *l. 10. §. si libertus, D. eod.*



AD TITULUM LXIII.

SI TUTOR, VEL CURATOR FALSIS ALLEGATIONIBUS EXCUSATUS SIT.

ADDENDUM ex tit. 63. si falsis allegationibus excusatus sit, excusationem receptam liberare periculo cessationis, *l. 22. sup. tit. prox.* nisi scilicet, ut ostenditur in hoc titulo, recepta sit excusatio falsis allegationibus circumscripta religione judicantis, ut in specie *l. 2. hoc tit.* si falso dixerit se tutelam non attigisse, quam tamen cœpit gerere: atque ita excusatio ejus recepta fuerit, quæ non recipitur generaliter, nisi res sit integra, nisi omnia sint in integro, id est, nisi intacta fuerit tutela, alioquin se excusat. Decretum igitur prætoris, quo recepta est, & comprobata, rescinditur, si falsis allegationibus tutor judici imposuerit: & generaliter omne decretum, omnis sententia judicis rescinditur, circumventa religione judicis ex falsis instrumentis, contestationibus, allegationibus, in *l. 1. hoc tit.*



AD TITULUM LXIV.

SI TUTOR, VEL CURATOR REIPUBLICÆ CAUSA ABFUERIT.

HOC tantum notandum est, quod dixit in tit. præc. *l. 2.* excusationem proponi re integra, non si jam cœperit administrare. In hoc tit. additur exceptio nisi post susceptam administrationem abesse cœperit Reipublicæ causa. Nam etsi cœpit administrare, potest se excusare ad tempus: nam post regressum recipit eandem tutelam. Et inde videmus alios excusari in perpetuum, alios ad tempus, & qui ad tempus, non se excusant proprie, quia non desinunt esse tutores: qua de causa legitimi non male se excusant ad tempus. Ergo qui se excusavit, cum res non esset integra, cum ei abeundum esset Reipublicæ causa, reversus recipit tutelam priorem, è cujus administratione cessavit aliquandiu excusatus. Nam excusatio illius administrationis, prius quam tutelæ excusatio est. Cæterum postquam reversus est, à nova tutela, quæ deferetur post regressum, habet anni vacationem: recipiet priorem, repudiabit novam intra annum ex quo reversus est. Quod est privilegium hujus constitutionis datum iis, qui dant Reipub. operam, *l. 2. hoc tit.*

AD



AD TITULUM LXV.

DE EXCUSATIONE VETERANORUM.

SI libet ordinem titulorum detexere diligentius, cum dixisset in *l.ult. tit.59.* tutelam, vel curam finiri adrogatione minoris, subjicit in titulo sexagesimo, tutelam finiri etiam pubertate, & curam similiter ætate legitima adolescentis, non sola voluntate pupilli: & in *tit.61.* non sola absentia tutoris, sed in locum absentis dari actorem periculo ejus, & in tit.62. finiri tamen tutelam, vel curam excusatione, propositis variis excusationum causis, & specialiter una in tit.64. si tutor absuturus sit Reipubl. causa, vel absit, qui etiam reversus à nova tutela, vel nova curatione anni vacationem habet pro præmio navatæ in Rempubl. operæ. Et pro præmio igitur impletæ militiæ, ut nunc ostenditur in hoc tit.65. Nam & milites absunt Reipublicæ causa, *l.miles, & seq. D. ex quibus causis major.* Et majorem quoque immunitatem habent milites stipendiis confectis, quam cæteri, qui abfuerunt Reip. causa, qui post regressum anni tantum vacationem habent, *l.2. sup. tit. prox.* Qui vero vicena stipendia meruerunt, id est, qui militarunt 20.annis, & dimissi sunt, solutique sacramento sine infamia, in perpetuum excusantur à tutelis, & curationibus, & muneribus cæteris personalibus, præterquam ab una tutela, vel cura filiorum conveterani, vel una cura militis, à qua tamen etiam anni vacationem habent post missionem, in *l. 8. D. de excusat.* Hi sunt veterani, qui ut dixi, vicena stipendia meruerunt, nec dimissi sunt cum infamia, his data est vacatio tutelarum, & munerum omnium personalium, & civilium: his etiam sunt concessa alia privilegia multa, ut ex delictis pœnis plebejorum non subjiciantur, puta ut non in metallum damnentur, ut fustibus non cædantur, & ut capite damnati testamentum facere possint, quod non possunt alii, vel si testamentum non fecerunt, ut in eorum bona non statim succedat fiscus, ut in *tit.D.& C. de veteran. & de veteran.succ.* Ut & veterani filiifamil. de castrensi peculio testamentum facere possint, & ut testamentum, quod fecerunt in castris jure militari, valeat intra annum missionis, *§.sed hactenus, Inst.de mil.test.*



AD TITULUM LXVI.

QUI NUMERO LIBERORUM SE EXCUSANT.

SEquitur alia specialis causa excusationis ob numerum liberorum, id est, si Romanus habeat tres liberos, Italus quatuor, Provincialis quinque. Nam & hic numerus excusat à cæteris muneribus personalibus omnibus; & liberorum nomine continentur etiam nepotes ex filio jam ante defuncto, non nepotes ex filia, quia ii non sequuntur familiam avi materni: non etiam nepotes ex filio superstite, quoniam ii patri suo prosunt magis, quam avo materno, *l.2.hoc tit. l.3. inf. de his, qui num.liber. lib.11.*



AD TITULUM LXVII.

QUI MORBO SE EXCUSANT.

SEquitur alia causa excusationis ob morbum; si tutor post susceptam tutelam oculis captus fuerit, vel mente, vel lingua, vel auditu. Nam ab initio qui his morbis affecti sunt, tantum abest ut tutores, vel curatores dari possint, ut his ipsis sit curatoribus opus: Ergo morbi nomine in hoc titulo, significatur etiam cæcitas, & surditas, & amissio vocis, ut in *tit.de ædil. edict.* Et recte Galenus definivit morbum esse causam, qua impediuntur actiones totius corporis, vel actio certæ partis, veluti oculorum, aurium, linguæ. Igitur sub titulo *qui morbo,* recte docet tutelam deponere excusationis genere captos oculis, vel mente captos, aut lingua, aut surdos, aut captos perpetua invaletudine.



AD TITULUM LXVIII.

QUI ÆTATE.

SEquitur alia causa excusationis ob ætatem longævam, quæ scilicet excedat 70.annos, ut ita etiam legendum ostendi in *l.ult.inf.qui ætat.se excus. lib.10.* Ille titulus docet ætatem longævam, quæ finitur 70.annis completis, & elapsis, excusare à cæteris muneribus civilibus personalibus: hic titulus specialiter à tutelis, & curationibus. Nec male morbo mox jungitur ætas, aut ætati mox subjungitur morbus: Nam recte in Basilicis, & quibusdam veteribus libris hic titulus præponitur titulo præcedenti, atque adeo ætati prolixæ, aut longævæ subjungitur morbus, ut recte Aristoteles dixerit *lib.5.de generat.animal.* morbum esse senectutem adscititiam, & senectutem esse morbum naturalem.



AD TITULUM LXIX.

QUI NUMERO TUTELARUM.

SEquitur alia species excusationis, ut scilicet excusetur à quarta tutela, vel cura, non ab alio munere civili in *l.3.inf. de excus.mun. lib.10.* qui sustinet onera trium tutelarum, vel curationum. Dico onera, quæ sunt vere onera: Nam tenuissima tutela, puta admodum egeni pupilli non cedit in numerum trium tutelarum. Et dicitur hæc in constitutione hujus tituli plerunque suscipi defunctorie, id est, ea causa, ut possint dicere, se tres tutelas administrare, cum non sufficiant tutelæ tres ad excusationem quartæ, sed onera tantum tutelarum. Non omnis tutela est onus. Onera, inquam. Et ideo si ex tribus tutelis una finiatur, mox alia substitui potest, etiam non redditis rationibus finitæ tutelæ. Et tandem in constitutione hujus tit. expositis variis excusationum causis, & absoluta quæstione ejusmodi, monet duas imperfectas causas excusationum nihil proficere, ut si quis sustineat onus duarum tutelarum, & duos liberos habeat, non excusatur, vel si quis agat annum ætatis 65. & tres liberos habeat in provinciis, ubi exiguntur quinque, *l.1.§.ult. D.de vacat. & excus.mun.*



AD TITULUM LXX.

DE CURATORE FURIOSI, VEL PRODIGI.

HIC titulus ostendit curatores dari non tantum minoribus vigintiquinque ann. & adolescentibus, sed quod nondum exposuerat, dari etiam his, qui nuper facti essent majores 25. annorum, si mente lapsi, aut furiosi facti sint, vel si eis quasi prodigis Prætor interdixerit bonis, & sui juris sint. Nam homini alieni juris nunquam tutor, vel curator datur ulla ex causa, ut in *l.ult.in pr.hoc tit.* Iis autem furiosis, & prodigis agnati, & gentiles sunt tutores legitimi ex 12.tab. non cognati, excepto solo fratre, cognato tamen, non agnato, id est, qui per emancipationem exiit familia patris, atque ita desiit esse agnatus. Nam ex constitutione Anastasii hic est etiam curator legitimus fratris furiosi, vel prodigi, cui bonis interdictum est, *l.5. hoc tit.* sicut est legitimus tutor fratri impuberi, *l.4. sup. de leg. tut.* Ergo excepta persona fratris cognati, soli agnati, vel gentiles sunt legitimi curatores furiosorum, aut prodigorum. Sed hodie eis solent etiam

à præ-

à prætore dari curatores, maxime si agnati non sint idonei, si sint inhabiles curando furioso, aut prodigo, *l.1. & l.sæpe, D.eod. l.ult. §. sin autem testamentum, hoc tit.* Videtur etiam tandem legitimæ curationi raro fuisse relictum locum, aut datum, Præture his personis dante curatores, quos eligeret, vel agnatos si vellet, quos lex vocat ad curationem earum personarum, vel extraneos. Certum est autem, nullam curam esse testamentariam, id est, curationem dari testamento inutiliter, datam tamen à patre confirmari solere, ut in *l.ultim. hoc tit. §.& si quidem*. Igitur cum tutela alia sit testamentaria, alia legitima, alia dativa, cura tamen est duplex, alia legitima, alia dativa, nulla testamentaria. Et hodie etiam raro locum obtinet legitima cura, his personis dandi curatores arbitrio omni relicto Prætori, vel Præsidi, ut possit quis tentare, hodie omnem curam esse dativam. Olim Prætor dabat curatores adolescentibus, id est, minoribus 25. annis, ut certum est: dabat etiam curatores majoribus 25. annis, qui negotiis superesse non poterant, ut mutis, surdis, cæcis, fatuis, debilibus, & laborantibus morbo perpetuo, *l.2. & 3. in fin. & seq. D.de postul. l.2. D.de cur.fur.* Non dabat furiosis, & prodigis, nisi deficientibus legitimis curatoribus, aut non existentibus idoneis. Sed dabat tantum solus Prætor curatores prodigis ingenuis, qui testamento parentis heredes scripti essent, quia lex 12. tab. non faciebat curatores legitimos prodigorum agnatos, & gentiles, nisi ab intestato, id est, cum pater eorum decessisset intestatus, cum pater eos heredes fecerat, tum solus Prætor curatores eis ingenuis personis dabat, qui ob dissolutos mores, & luxum judicati essent prodigi, atque interdicti bonis suis, & commercio. Dabat etiam Prætor curatores prodigis libertinis indistincte, sive ex testamento, sive ab intestato heredes patri exstitissent, quia lex 12. tabul. prodigis libertinis non dabat curatores agnatos, propterea quod nullo jure patri heredes fieri possunt, neque ex testamento, neque ab intestato, jure civili scilicet, cum libertini non videantur habere patrem, aut matrem civilem, sed naturalem, quia servilis cognatio nulla est, quæ cœpit in servitute, *l.1. §.1. D.unde cogn.* & Ulpianus *lib. reg. tit. de cur.* & Paulus *lib.4. Sentent. tit. ad SC. Orfit.* Et hoc ex jure antiquo notandum est de curatoribus. De furiosis unum tantum dicam, alios esse furiosos, qui continua mentis agitatione omni intellectu carent, de quorum curatoribus nulla est quæstio: alii autem sunt furiosi, qui intervallis quibusdam sensu saniores sunt, *l.14. D.de offic.præs.* de quorum curatoribus est quæstio, an scilicet tempore intermissi furoris desinant esse curatores, quod curatio furiosi finiatur resipiscentia, sicut substitutio, quæ fit furioso finitur resipiscentia, *l.humanitatis, inf. de impub. & ali.sub.* Sed hanc quæstionem ita definit Justinianus in *l.penult. hoc tit.* ut tempore intermissi furoris nihil administret curator furiosi, nec tamen desinat esse curator, sed interim ut sit curator nomine, non re. De his curatoribus furiosorum multa alia enucleata jura explicat Justinianus in *l.ult.* quæ facilis est.

AD TITULUM LXXI.

DE PRÆDIIS, ET ALIIS REBUS MINORUM SINE DECRETO NON ALIENANDIS, VEL OBLIGANDIS.

IN hoc tit. proponitur oratio Impp. Antonini, & Severi, & SC. quod eam orationem subsequutum est, de non alienandis, aut pignori obligandis prædiis, mancipiisve rusticis, aut suburbanis pupillorum, aut adolescentum sine decreto Prætoris, aut Præsidis provinciæ, in qua prædia sita sunt, quod jam *tit. super. l.2.* docuit pertinere etiam ad cæteras personas, quibus curatores dari solent, veluti furiosos, prodigos, mutos, surdos. Nam & horum prædia, mancipiave rustica, aut suburbana sine decreto alienari non possunt, vel obligari. Et hoc quoque supra docuimus in *l.22. tit. de adm. tut.* à Constantino Imperat. esse porrectum ad prædia mancipiave urbana: nam SC. loquebatur tantum de prædiis, vel mancipiis rusticis, aut suburbanis, sed id Constantinus produxit etiam ad prædia, vel mancipia urbana, imo ad mobilia quæque pretiosa minorum, vel furiosorum, vel prodigorum, ut neque obligarentur, neque alienarentur sine decreto, puta ob æs alienum minoris, quod forte ex cæteris rebus exsolvi non potest, quæ causa æris alieni fuit expressa oratione Imperatorum, sed non in ea sola causa hoc constitit: Nam ut ostendi in *d. l.22.* vel ut ostendit potius ipse Constantinus in *d. l.22.* etiam ex decreto possunt alienari prædia minorum ob donationem propter nuptias, vel ob dotem constituendam, quæ ex aliis rebus constitui non potest, commode explicat *l.ob æs alienum, hoc tit.* & recepto argumento, quod ducitur ex articulo *tantum*: Nam in jure nostro ex taxationibus istis, sicut etiam ex terminis universalibus, veluti *omnis*, aut *nullus*, infirmum est argumentum. Nam interpretationes, aut constitutiones sæpe demunt, & excipiunt ab antiquiore textu universali, & ei legi, quæ ob unam causam lata est, per interpretationem adjiciunt sæpe alias. Jus paulatim crescit, ut inquit *l.fideicommissa, D. de leg.3.* Et idem Constantinus, qui ita produxit, & amplificavit orationem Severi, nominatim in *l.ult. hoc tit.* vult in urbe, cum agitur de vendendis rebus minorum, causam cognosci, & decretum interponi à suo prætore Constantiniano, cui suum nomen indidit *d. l.ult.* Et ita ex his apparet, qua de re agitur in hoc tit. etiam fuisse antea actum, maxime in *l.2. tit.sup.* & in *d.l.* Constantini 22. Cum autem restarent pleraque alia pertinentia ad eandem orationem, & SC. ea inclusit in tit.*de præd. vel al. reb. min.* Et addidit qui composuit hunc titulum, *& aliis rebus* ex lege Constantini. Nam SC. erat tantum de prædiis rusticis, & suburbanis, non urbanis. Et ob id etiam in hoc tit. nulla est constitutio de urbanis, quamquam omnes possint produci, & debeant produci ad prædia, vel mancipia urbana, & res mobiles pretiosas. Docet autem in hoc titul. in ea oratione latissime accipi alienationis verbum, ut comprehendat & venditionem ne fiat sine decreto, & permutationem, & transactionem, ut in *l.4. hoc tit.* & dationem in solutum, ut in *l.15. hoc tit.* & cautionem rei donatæ reddendæ, rei adquisitæ minori semel, *l.7. hoc tit.* atque etiam divisionem, si minor habeat rem communem cum alio, prædium commune cum alio: Nec enim ipse minor, vel tutor ejus, aut curator statim potest provocare ad divisionem actione communi dividundo, *un mineur ne peut demander partage*. Divisio est species alienationis: provocari tamen potest ad divisionem minor à majore 25. annis, idque nominatim fuit expressum oratione Severi, provocare non potest ad divisionem sine decreto, *l.1. §.si communis, & l.si pupillorum, in princ. de reb. ror. qui sub tut. l.pen. hoc tit.* Cum autem hæc omnia contineantur interdictæ alienationis verbo; & multo magis donatio continetur, ut ait *l. 4. hoc tit.* Nam si non possum vendere, multo magis donare non possum, cum sint plerique, qui possunt vendere, nec tamen continuo donare, ut qui habent liberam peculii administrationem, *l.liber, D.de pecul.* Sed quod ait *d. l.4.* de donatione, accipiendum est de donatione propter nuptias, vel munere sponsalitio, quæ est etiam species donationis, vel dote, ut & ea non valeat, nisi fiat ex decreto, ut *dict.l.22. l.8. hoc tit. & l.8.sup. de don. ant.nup.* Et accipio etiam de donatione simplici, ita scilicet, ut hæc ne ex decreto quidem valeat, *l.ult. inf. si major fact. al.* Excipitur autem eadem oratione Severi prædium, quod parens pupilli, quem heredem reliquit, creditori pignori obligavit. Id enim creditor, si pecunia ei non solvatur, suo jure vendere potest, *d. l.1. §.si communis, D.eod.* Et hoc est, quod ait *l.11. hoc tit. in princ.* quod Accurs. non potest interpretari, *venditio prædii, quod ju-*

re pignoris distractum est, ad SC.non pertinet, id est, quod A creditor distraxit, qui id pignori accepit à parente pupilli, sunt enim ea verba manifeste explicanda ex *l.2. hoc tit.* altera alteram explicat: quæ *l.2.* ostendit hac in re plus juris habere creditorem pignoratitium, cui parens pupilli prædium pignori obligavit, quam debitorem minorem 25.anois. Nam debitor minor 25. annis prædium, quod pater ejus creditoribus obligavit, non potest vendere sine decreto, creditor autem potest id vendere suo jure, conventionis jure, lege pignoris, vel hypothecæ, sine decreto. Nec adversus eam venditionem minori facile datur restitutio in integrum, nisi fraudatus forte fuerit in pretio, puta emptore fraudem participante cum creditore, re addicta modico pretio, ut in *l.2. hoc tit.* Ex qua etiam replicandum est, quod *l.1. in fin.* scribit de restitutione in integrum. Et ita etiam inve- B nio in specie *d.l.3. D.de distr.pign.* plus juris habere creditorem hypothecarium, quam debitorem in re obligata. Nam si eadem res duobus est obligata diversis temporibus, & eam debitor vendat, & ex pretio solvat priori creditori: posterior creditor habet jus offerendi pretii emptori, ut pignus ei cedat: Contra, si prior creditor vendiderit, qui potior est in pignore privilegio temporis, posterior creditor non habet jus offerendi pretii emptori, quod notandum ex *dict.l.3.* Et ita sunt duo casus, qoibus in pignore plus juris habet creditor, quam dominus ipse. Excipitur etiam ab oratione Divi Severi in *l.1.* prædium minoris, quod captum est, & distractum ex judicati causa, id est, exsequendi judicati gratia, cum esset condemnatus minor jussu magistratus: nam in hac venditione non est opus decreto so- C lemni: quoniam oratio Severi vetat tutores, vel curatores alienare, non magistratus. Et ea oratione minoribus consultum est adversus perfidiam tutorum, vel curatorum, non etiam id actum est, ut minores sint *ἄμικτοι*, id est, ut cum eis nihil quicquam negotii geri possit, ut non habeant creditores eorum, quo suum ab eis servent destituti omni remedio juris, ne per hanc occasionem nemo contrahat cum minore, & quodammodo videatur minori interdictum commercio, quasi prodigo, *l.quod si minor, §.non semper, D. de min.* Et eadem ratione excipitur etiam pignus prætorium, quod constituitur ex edicto, creditoribus pupilli missis in possessionem bonorum ejus, quam missionem deinde sequitur possessio, & ad extremum venditio pignoris prætorii sine speciali decreto: quoniam has species alienatio- D num, quæ fiunt auctoritate magistratus, non attingit SC. sive oratio Severi, *l.3. D.eod.* Ad hæc notandum est, in decreto interponendo videndum esse, an obreptum sit Prætori, vel Præsidi prolatis falsis allegationibus, puta allegato falso ære alieno, falsis nominibus: nulla enim sunt decreta ipso jure, quæ eliciuntur per obreptionem, & furtum, ut in *l.5. hoc tit. l.2. sup. de fidejus. min. & sup. tit.Si ex falsis alleg.* qui tit.est de decreto receptæ excusationis incompetentis. Videndum est etiam, ne in pretio fraudetur minor, etiamsi fiat venditio ex decreto. Nam & adversus venditionem factam ex decreto, si probet minor, se captum esse, & fraudatum, restitui potest in integrum, *l.11. hoc tit.* Notandum est etiam, ut diximus, in alienandis, vel obligandis prædiis, vel aliis rebus minorum, vel cæterarum E personarum, quæ consilio curatorum reguntur, decretum exigi omnino, ut ne quid fiat temere, neque examinata, neque facta rei cognitione, causaque probata apud acta, & pro tribunali sedente magistratu, & sedante huic cognitioni. Non posse igitur hanc rem expediri de plano, per libellum magistratu procedente, *l.4. sup. de dilationibus*, sed sedente pro tribunali. Omne decretum interponitur pro tribunali, ut in *l.6. hujus tit.* Et hoc est, quod dicitur, *omnia,quæ causæ cognitionem desiderant*, id est, quæ decretum exigunt, *per libellum expediri non possunt*. Decretum est cognitio causæ pro tribunali præsentibus ambobus. Ea, inquam, quæ decretum exigunt, non expediti per libellum, non expe- A diri de plano, & simplici solo, *χαμόθεν*, ut Modestinus loquitur in *l.13. de excusat.* solo. Et ad extremum notandum, venditionem factam sine decreto, ipso jure nullam esse: ideoque minori non opus est restitutione in integrum, quandoquidem rem venditam potest vindicare cum fructibus medii temporis, si emptor scierit rem esse minoris 25. annis, ut in *l.2. inf. si quis ign. rem min.* Sed debet etiam minor emptori reddere pretium, si probet emptor pretium fuisse conversum in rem pupilli, puta ea pecunia minorem solvisse æs alienum fiscale, quod semper est usurarium, aut privatum: hoc probato emptor non aliter ei restituet rem emptam sine decreto, quam si refundat ei pretium, atque etiam usuras, quas percepturus erat creditor, vel fiscus, quo se minor liberatur pecunia emptoris. Reddendæ etiam sunt em- B ptori meliorationes, si fundum venditum sine decreto fecerit meliorem, *l.10. 14. 16. hujus tit. l.pen. §.quanquam, D.eod.tit.*



AD TITULUM LXXII.

QUANDO DECRETO OPUS NON EST.

PROPOSITO SC. de non alienandis, vel obligandis prædiis minorum sine decreto, vel auctoritate magistratus, subjicit certos casus, quibus decreto opus non est,& quibus sine decreto harum rerum alienatio, vel obligatio valet: ut si parens, à quo res profectæ sunt, testamento caverit, vel C codicillis, ut alienarentur, quod etiam fuit exceptum nominatim oratione Severi, *l.1. D.de reb. eor. qui sub tut. l.3. hoc tit.* Idemque est, si parens fundum emerit ea lege, ut quandoque reddito pretio eum venditori revenderet (*pacte de rachapt*) & venditor heredi ejus minori pretium offerat: nam & hoc casu, non est opus decreto, quia ex conventione defuncti revenditio fit, sive redhibitio rei venditæ, *l.1. hoc tit.* Non est etiam opus decreto Prætoris, vel Præsidis, si Princeps permiserit alienationem: nam concessio Principis pro decreto habetur, *l.1. hoc tit.* Et necesse est, ut id permiserit nominatim, quia si veniam fecerit ætatis, *si il l'a declaré majeur*, ante perfectam ætatem, sola venia ætatis non permittit alienationem prædiorum, *l.3. sup. de his, qui ven.ætat.l.ult. inf. si maj. fac.al.rat.* Cassiodorus in formula D veniæ ætatis: *Ita*, inquit, *ut prædiis urbanis, vel rusticis alienandis constitutionum servetur auctoritas non alienandi, ne cum opinioni stare velimus, publicam auctoritatem lædere videamur*. Item ex lege, sive edicto Constantini constat recte vendi sine decreto res minorum, quæ tractu temporis deteriores fieri possunt, veluti jumenta, aut pecora supervacua, *l.22.in fin. sup.de admin.tut. l.ult.hoc tit.*quæ inde sumpta est. Item ex *l.ult.§.defensionem, sup. de adm.tut.* tutor, vel curator potest obligare res pupilli, aut res adulti pro cautione judicatum solvi, quæ à pupillo, vel adulto exigitur in lite. Nam in *d.§.defensionem*, cautio litis est cautio judicatum solvi, non ut volunt quidam, cautio judicio sisti, quæ personæ est cautio, non litis, ut in *Nov.53. l.si reus, D.jud.sol. l.5.§.in possessionem,D.ut in poss.leg.* Excepta etiam erat edicto Constantini mulier minor 25.annis, E quæ marito nupserat. Nam hæc res suas vendere poterat sine decreto, adhibito consensu mariti, & subscriptione, quod tamen tollit *l.3.C.Th.de contrab.empt.*



AD TITULUM LXXIII.

SI QUIS IGNORANS REM MINORIS ESSE, SINE DECRETO COMPARAVERIT.

UBI autem sine decreto contra SC. venditio rerum minoris facta est, à bonæ fidei emptore separandus est malæ fidei emptor, id est, qui scivit rem minoris esse, ab eo, qui hoc ignoravit.

Et in

Et in hoc titulo proponuntur duæ differentiæ inter hunc, & illum emptorem. Una, ut bonæ fidei emptor possit se tueri præscriptione statuti temporis, si post perfectam ætatem domini, id est, post impletos 25. annos, sine controversia statuto tempore eam rem possederit, quam tamen præscriptionem non habet malæ fidei emptor, *l.1. & 4. hoc tit. l.2. & 3. tit. seq.* Quinque etiam exiguntur, ut præscriptioni locus sit, justus titulus, bona fides, major ætas ejus, qui rei dominus est, & legitimi temporis possessio, & ut ea possessio fuerit sine controversia, & interpellatione, *l.4. hoc tit.* Major ætas domini: nam in præscriptione temporis non computatur minor ætas, *l.3. inf. quibus non ob. long. temp.* & statutum tempus in *l.1. & 3. hoc tit.* & in *l.2. tit. seq.* intelligere oportet quinquennium ex constitutione Justiniani, id est, *l.3. tit. seq.* si res pupilli, vel adulti obligata, aut vendita sit; & post perfectam ætatem emptor eam sine controversia quinquennio possederit. Breviori tempore, id est, quadriennio confirmatur venditio: venditio, quæ jure antiquo valuit, licet hodie non valeat. Ex oratione Severi hoc habet singulare, ut quinquennio confirmetur, Sin autem res minoris donata sit: quia nec ex decreto valet donatio simplex, statutum tempus dicimus longum tempus, id est, decem annorum, præsente domino, & viginti, absente: Ea est perpetua definitio in jure longi temporis, vel diuturni temporis. Inde *l.4. hoc tit.* quæ de longo tempore loquitur, etiam loquitur de re donata, non de re vendita, quod summe est notandum, nec enim placet omnibus. Et altera differentia inter bonæ fidei, & malæ fidei emptorem, qui rem minoris emit sine decreto contra SC. hæc est, quod emptor bonæ fidei, etiamsi nondum statuto tempore rem possederit, fructus interim lucratur: non etiam malæ fidei emptor. Nam etsi res minoris non possit usucapi, vel etiam acquiri legitimi temporis possessione, & præscriptione, quæ inde nascitur, nec bona fides prosit ad eam usucapiendam, quam lex usucapi prohibet, vel etiam SC. prodest tamen bona fides ad fructus lucrandos bona fide perceptos, *l.2. hoc tit. l. bonæ fidei, D. de acquir. rer. domin.*



AD TITULUM LXXIV.

SI MAJOR FACTUS ALIENATIONEM FACTAM SINE DECRETO RATAM HABUERIT.

DICAMUS eadem saliva. Sicut silentio domini majoris effecti confirmatur alienatio facta sine decreto contra SC. & silentio quinquennii, vel longi temporis, secundum distinctionem *l.3. hoc tit.* quam paulo ante exposui: Ita eadem alienatio confirmatur, & multo magis speciali ratihabitione, *l.6. sup. arb. tut.* Sed ut exponatur species *l. 1. hoc tit.* Rescindi venditio potest, si minor captus fuerit supra dimidiam justi pretii, electione data emptori, ut vel quod justo pretio deest, suppleat cum usuris, aut compenset, vel fundum emptum, aut in solutum datum, quod pro emptione est, restituat cum fructibus, *l. 1. hoc tit.* quæ idem vult, quod *l.2. sup. de rescin. vend.* Confirmatur donatio speciali ratihabitione, si, ut silentio: silentium est tacita ratihabitio. Et nihil refert ratum habeat major effectus facto ipso, aut silentio, ut ait Paulus 1. *Sent. tit. de minor.* Silentio, inquam, quinquennii, ut dixi ante in rebus minoris sine decreto alienatis, vel obligatis, & silentio longi temporis in rebus donatis, quod numeratur tantum ab eo die, quo dominus rerum major est effectus. Et heredi quoque ejus si minor sit, tempus silentii cedit tantum ab eo die, quo etiam ipse major effectus est, quæ est sententia *l. 3. in fine, hoc tit.* confirmata *l. interdum, §. 1. D. de minor. l.5. §. quod si majoris, sup. de tempor. in int. rest.* Possis quærere, quid distet hic *tit.* à *tit. si major fact. rem rat. hab. sup.* Breviter respondeo illum tit. esse de causis, quæ ipso jure valent, sed rescindi possunt per restitutionem in integrum, nisi minor, major effectus eas causas fecerit ratas, omisso beneficio restitutionis. Hic autem titulus est de causis, quæ ipso jure nullæ sunt, puta prædiis minorum alienatis sine decreto.



AD TITULUM LXXV.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

MERITO hic titulus ultimum occupat locum: nam ultimum auxilium, quo minoribus succurritur, qui alia ratione servari indemnes non possunt, est actio utilis in factum ex senatusconsulto, & oratione D. Trajani, quæ in hoc titulo proponitur in magistratus municipales, sive duumviros, qui tutores, vel curatores dederunt, vel nominaverunt missis nominibus ad præsidem. Nam *l.1. hoc tit.* facit differentiam inter dare tutorem, & nominare: nominat magistratus municipalis, dat præses. Item nominat mater tutorem in testamento potius, quam dat, ut in *l. 1. inf. de patr. pot.* pater dat filiofamil. tutorem in testamento. Sed hæc differentia sæpe confunditur: utrumque his verbis indifferenter significatur. Ergo hæc actio datur in magistratus municipales, sive duumviros, qui tutores dederint, aut nominaverint, nec cum ab his exigere deberent satisdationem, exegerunt, salvam minori rem fore, aut si minus idoneam satisdationem exegerint: nam & hæc pro non exacta habetur, *l. quoties, D. qui satisdar. cog.* Ex quo apparet hanc actionem pertinere ad tutores, vel curatores, qui satisdare debent, quales sunt legitimi, & dati sine inquisitione, non ad tutores testamentarios, vel datos ex inquisitione, *l. ult. sup. de auct. præst.* Et dicitur hæc actio ultimum auxilium, profugiumque minorum: dicitur actio subsidiaria, quia priusquam eatur ad duumviros, excuti oportet bona tutoris, vel curatoris, & revocari actione Pauliana, si quæ alienaverit in fraudem minorum: excuti etiam debent bona fidejussorum ejus, & bona collegarum, qui eum suspectum non fecerunt, *l. 1. 4. 5. hoc tit.* Et per eos, si non satisfiat indemnitati minoris in integrum, tum demum itur ad duumviros, divisa inter eos actione pro virilibus portionibus, si ambo solvendo sint, *l.3. hoc tit.* nec itur ad heredes eorum, nisi conveniantur ex dolo, & lata culpa eorum, id est, ex delicto, præterquam si dolo eorum, aut lata culpa lucrum captaverint sibi, vel alii ex damno minoris, ut exposui *sup. tit. de in lit. jur.* ex Græcis auctoribus detracta negatione, *& l. 2. hoc tit. & l.2. sup. de her. tut.* Et si forte (ut exponam liquido speciem *l.1.* quam non tenuit Accurs. sed Irnerius) magistratus in dando tutore pupilli indemnitati prospexerit, acceptis fidejussoribus rem pupilli salvam fore, sed forte non idoneis, & si separatim suæ indemnitati satisdatione prospexerit, acceptis fidejussoribus à tutore, si non extet solvendo tutor, vel fidejussor, qui indemnitati pupilli cavit, liberatur magistratus, si cedat actiones suas minori adversus fidejussores, qui eis caverunt separatim de sua indemnitate: Vel quod notandum, etiam sine cessione in ejus fidejussores minori erit actio utilis. Et ratio hæc est, cur detur utilis, quia magistratus, qui sibi cavit de indemnitate sua in tutore dando, vel curatore, per consequentiam videtur etiam cavisse de indemnitate pupilli, id est, sub ea cautione continetur etiam causa minoris, resve minoris. Et idcirco etiam sine cessione minori competit utilis actio, quæ est sententia *l.1.* Porro, quod diximus de actione subsidiaria, palam est locum habere tantum in provinciis, ubi sunt magistratus municipales, ubi singulæ civitates suos habent magistratus, & præsidem, qui præest omnibus municipiis, qui est judex judicum, ut ait Justinianus in quadam Novella. In urbe autem, an est locus huic actioni subsidiariæ, puta si prætor dederit tutorem? Sane est etiam huic actioni locus in urbe, sed non in prætorem, sicut in præsidem in provinciis, sed in scribam præ-

prætoris, forte, qui jussu prætoris inventarium bonorum fecit, & non omnem quantitatem bonorum in eo expressit dolo malo, ut pro modo facultatum in inventario expressarum fidejussor daretur, in minorem quantitatem scilicet: nam fidejussor datur pro rei qualitate, in *l. si vero, §.1. D. qui satisd. cogant. & l. 2. D. in jus voc. ut eant.* Hic dolus scribæ coercetur actione subsidiaria, ut ait *l. ult. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *l. mulier, sup. de jur. dot. & l. ult. sup. de in int. restit. minor.*



JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII,

In Sextum Librum Codicis.

AD TITULUM I.

DE SERVIS FUGITIVIS, ET LIBERTIS, MANCIPIISQUE CIVITATUM, ARTIFICIBUS, &c.

Anno 1576. usque ad Tit. 50.

SUPERIORE libro contractu dotis exposito, & iis omnibus, quæ circa eum contractum vertuntur, ac deinde exposita obligatione tutelæ, vel curæ, quæ quasi ex contractu descendit, hoc libro proponitur alia obligatio, quæ etiam quasi ex contractu descendere videtur: nempe successio in universum jus defuncti, vel acquisitio hereditatis, bonorumve defuncti: Nam & qui adit hereditatem, vel se immiscet bonis defuncti, contrahere videtur quatenus æs alienum defuncti suscipit, & subeundo eam hereditatem obligat se creditoribus hereditariis, legatariis, & fideicommissariis, perinde ac si cum eis aliquid negotii gessisset, *l. 3. §. ult. l. 4. ff. quibus ex caus. in poss. l. 8. ff. de acq. hered.* Ac similiter contrahere videtur fideicommissarius, qui hereditatem recipit ex Senatusc. Trebel. *l. 38. non enim, ff. ad Senat. Treb.* Et qui bonorum possessionem agnoscit jure honorario, *l. pen. in fine, ff. de separat.* Denique omnis successio quasi contractus est. Alia autem est successio, sive hereditas libertinorum, alia ingenuorum: & in hoc libro primum agitur de successione libertinorum: in qua nemo ignorat, leges, & edicta multa jura patronis detulisse. Hæc est una pars juris patronatus, ut in bonis libertinorum succedant patroni, si ut in bonis clientum jure applicationis. Sunt & aliæ partes juris patronatus, quas conditor hujus libri omnes explanare parat, ut jus patronatus quam sit amplum aperiatur juris studiosis, ac in eo potissimum consistit, quod est de hereditate, bonisve libertorum. Et primum quidem ostendit jus patronatus consistere in operis, quas libertus patrono debet ex stipulatione, vel jurejurando, quo officio erga patronos cum decedant liberti fugitivi, inde apparet, hunc primum titulum hujus libri, qui non tantum est de servis, sed præcipue de libertis fugitivis, respicere ad tit. 3. *de operis libert.* In quo etiam lex ult. est de libertis fugitivis, ut qui libertum alterius fugitivum recipit, damni nomine teneatur in quantum patroni interest amisisse operas liberti: & hoc amplius pœnæ nomine in quantum religioni judicis æquum de eo visum fuerit, ut patet ex *l. 1. inf. de colonis Illyricis, lib. 11.* ex qua decerpta est *d. l. ult.* & sine qua vix intelligi potest. In hoc autem titulo primum de libertis fugitivis est lex 5. Sed hoc interest, quod illa lex ult. est de libertis privatorum, l. 5. hujus tit. de libert. civit. quorum artificio, & operis Respub. utebatur: & gravior erat pœna sollicitantis, & recipientis libertum Reipub. quam sollicitantis, & recipientis libertum privati hominis. Nam sive libertum quis, sive servum Reipub. sollicitaverit ad fugam, & receperit, damnatur in duplum, & præterea XII. aureorum summam reipublicæ inferre cogitur: qua pœ-

A na, quod admodum singulare est, nec solvi potest beneficio principis, nec excusari adquisitione, vel emptione servi fugitivi: ut recte, & longe secus quam Accurs. in extremo l. 5. Græci accipiunt hæc verba, *nec beneficio principali*, quia scilicet ex SC. quod factum est ad L. Fab. de plagiariis, inhibita est fugitivi venditio, & donatio, sive fiat à domino, sive à non domino, *l. in fuga, inf. ad l. Fab. de plag. l. 2. D. eod.* Et quæso videamus cur sit illicita venditio, aut donatio fugitivi: cur in fuga servi nec vendi, nec donari possint? An ne per hanc causam venditione permissa, plagiarii, vel qui proximi sunt plagiariis sollicitatores alienorum servorum, redemptis forte à domino servis, eludant plagii crimen publicum in fraudem reipub. Qua ratione Græci utuntur in *d. l. in fuga.* An vero, quod rectius esse arbitror, ut servi à
B fuga deterreantur, si nec suscipi se posse à quoquam, nec celari impune intellexerint, nec acquiri cuiquam titulo, vel auctoritate justa, veluti emptione, donatione, usucapione. Quam rationem confirmat *lex servos, inf. de agricolis, & cens. lib. 11. & lex 6. hoc tit.* quæ & fugitivos, si eos occultator asserat in libertatem, vel vindicet esse suos, protinus vult adhibitis tormentis interrogari, cujus dominii, cujusque conditionis sint, adjecta ea ratione, ut à fuga deterreantur: quæ etiam efficit ne fugitivi, dum erunt peregre, & forte imperii fines egrediuntur, in commissum cadant, ne per fugam dominorum potestati se subtrahant, *l. ult. §. servi, ff. de public. & vectig.* Et ne in arenam se dando, vel ne ullo alio periculo vitæ domini effugiant potestatem, *l. ult. de fugit.* Hæc omnia, ut à fuga deterreantur: & illud quo-
C que Senatusc. ne ab alio ullo titulo acquiri possint mutareque dominum. Denique hæc omnia recepta sunt fugæ servorum coercendæ gratia, ne excedant, ne fugiant inconsulto, ne officia deserant, ne perfringant compedes, quod fugitivos beneficio aquæ assequi posse scribit D. Chrysostom. homil. 9. dum ait, *ferrum aqua mollescere*. Sed ad rem redeamus. Duplum, quod ex l. 5. hujus tit. quam interpretandam suscepi quasi præcipuam, is, qui sollicitavit, & suscepit servum publicum civitatis reipublicæ inferre cogitur, hoc est, ut præter servum fugitivum præstet alterum servum ejusdem æstimationis, qua forma etiam colonos fugitivos vult dominis suis esse reddendos, *l. servos, inf. de agricol. & cens.* & rursus *l. 5.* hujus tit. eadem forma libertos civitatum fugitivos ait reddendus esse civitati, quod
D ita accipiendum est non ut alter libertus præstetur, quia liberi hominis, aut æstimationis ejus nulla est præstatio, *l. 103. liber homo, D. de verb. oblig.* sed ut præstetur alter homo, non libertus: & quemadmodum Basilica habent, ut reddatur libertus civitati *μετὰ ἄλλου δούλου*. Nam & libertus δοῦλος, est, ex Chrysippi sententia *περὶ ὁμωνυμίας. τοῦ δούλου* nomen est generale, quod & servos complectitur dominio alieno subjectos, & libertinos, qui proprie dicuntur *οἰκέται* apud Athenæum lib. 6. Proinde quodammodo meus est, qui, etsi non sit servus, libertus tamen meus est, *l. talem, in fine, D. de hered. instit.* quia hæc testamenti verba, *si meus erit cum moriar, heres esto*, docent pertinere etiam ad servum manumissum inter vivos, id est, ad libertum: & similiter quem indignus sum servum habe-
E re, eum etiam libertum habere non debeo, *l. 53. Si quis rogatus ancillam, ff. de fideicommiss. libert.* Eadem ratione alienata in fraudem patronorum revocantur actione Fabiana, vel Calvis. cum tamen eadem alienata in fraudem filiorum, vel parentum ulla actione revocentur, *l. 2. D. Si quis à patre manumiss. fuerit*. Nempe ingenuo homini licet fraudare bonis suis filium, vel parentem facta alienatione inter vivos citra donationis inofficiosæ, vel dotis speciem: quia liber, & ingenuus est rerum suarum dominus pleno jure: libertus servitutem, qua exivit nondum exuit, itaut nulla supersint vestigia pristinæ servitutis, nullæve reliquiæ. Sed pergamus: non omittam, quod additur præterea in hac l. 5. defensorem civitatis, qui servum publicum non requisierit, nec re-

vo-

vocaverit, duo vicaria mancipia publico inferre, unde scientes servos publicos esse fugitivus, defensores civitatum requirere debent suo jure, quasi magistratus. Servos autem privatos quisque persequitur, investigat, requirit nonnisi adhibito magistratu, vel ejus apparitore, quo auctore licenter ingrediatur ædes alienas quascumque, & perscrutatur vestigia occultantis servos, *l. 1. hoc tit. l. Divus, D. eod.* ut ex 12. tabul. furti concipiendi gratia patet aditus in alienas ædes, atque adeo γυναικωνῖτιν, in interiorem partem ædium, sed non sine magistratu, & qui fugitivum requirit, quasi furem requirit. Nam fugitivus sui ipsius fur esse videtur, *l. 1. h. tit. l. ancilla, D. de furt. l. 4. l. 6. §. sane si servus, sup. de iis, qui ad Eccles. confug.* Illo loco, *aut qui seipsum furatus, &c.* Dico intelligitur: Nam natura non patitur, B ut idem sit fur, & res furtiva. Imo nec jus civile patitur ut servus, qui alterius possessionem, & dominium subvertere non potest, *l. 55. rem, quam, D. de acquir. poss.* sui possessionem subvertat, id est, ut sui furtum faciat, furtum enim nihil aliud est, quam subversio possessionis, *l. 1. §. Scævola, D. si quis test. lib.* Sed quantum ad usucapionem attinet, fugitivi furtivi esse intelliguntur, vel finguntur, ut in eis neque locum habeat usucapio, ut ait lex 1. neque præscriptio longi temporis. Quæ duo ita videntur recte posse distingui, ut in eis locum non habeat usucapio, si ab alio possideantur, & in eis locum non habeat longi temporis præscriptio, si ipsi diu versati sint in libertate sine dolo malo. Sed simplicius est dicere, etiam in servo, vel alia quacunque re mobili aliquando esse locum præscriptioni longi temporis, C *ut in l. r. inf. Si advers. credit. præscript. opp. l. rescriptis, ff. de divers. temp. præscript.* quæ sane notanda est, dum ait, *rescripto Antonini caveri etiam, ut in re mobili*, (sic habent Florent. Pandectæ, & Basilica) locus sit præscriptioni diutinæ possessionis, cæterum fugitivo locum non esse. Denique ut est in *§. aliquando, Instit. de usucapion.* nullo tempore servum acquiri, cui adhæret vitium fugæ, quod quasi furtum est, & ita Græci in l. 1. h. tit. Bartol. & Salyc. & Fab. & multi alii. Et addit d. l. 1. utilitatem Reipub. hanc fictionem induxisse, ut fugitivi haberentur pro furtivis, ne eorum fuga ex causa usucapionis, aut præscriptionis longi temporis ullum damnum dominis afferret. Et hæc de servis, & libertis civitatum fugitivis, & artificibus, vel deputatis publicis operibus. Alia est constitutio hujus tituli, nempe l. ultima, quæ specialiter tractat de servis publicis urbis D Romæ, vel fabricis, seu aliis publicis operibus deputatis, ut si se contubernii alienarum ancillarum immiscuerint, quod in idiotismo est *formariage*, consestim reddantur operibus urbis Romæ, una cum contubernali sua, & liberis ex contubernio natis. Quod novum est datum urbi Romæ singulari jure: nec enim contubernia dominium mutant, & liberi ex contubernio nati cedunt utique matri jure naturali, id est, eodem jure, quo sata cedunt solo. Nam & mater veluti solum est, nec proprie γυνή, ut ait Æschyl. Alia est autem Constitutio in hoc tit. de servis fiscalibus, ut qui eos occultaverunt extra rem etiam ærario inferant 52. agenti libras: quæ pœna longe superat pœnam dupli, quæ vulgo indicitur jure ordinario cæteris furibus. Nam & occultator fugitivi fur est; qui tamen gravius plectitur, E quam cæteri fures: & serva in *l. pen. hoc tit.* quæ est de servis fiscalibus, generaliter servos appellari fiscales eos, qui in rubrica hujus tituli dicuntur pertinere ad rem privatam, vel dominicam. Res privata est principis propria jure suo, quam quæsivit antequam rerum potiretur, vel postea quam rerum potitus est suo nomine. Res dominica est, quæ pertinet ad dominium principis suæ publico, ut in *tit. de fundis rei privatæ, & fundis rei dominicæ*. Hæ vero, & illæ res rectissime dicuntur fiscales, & quod ait *l. 3. inf. de quad. præscript.* omnia esse principis, habet sensum hunc, ut omnia sint principis tam domioica, quam privata, ut omnia adscribantur fisco: Nam, ut ait Seneca, cætera privatorum sunt imperio

A principis, & dominio singulorum. Pene expofui omnes Constitutiones hujus tit. saltem paucissimæ restant. Primum ut adnotemus ex l. 4. mitius puniri eum, qui servum fugitivum privati hominis suscepit: Nam ex d. l. 4. in hoc tantum damnatur, ut præter servum fugitivum etiam reddat alterum servum ejusdem pretii, aut pretium alterius: quod in legibus solemne est taxari ad 20. aureorum summam, ut d. l. 4. & *l. Papinianus, §. ult. ff. de inoff. testam. l. 1. inf. de communi servo.* Hoc tantum addam ex l. 3. hujus tit. Servus, qui transfugit ad Barbaricum (sic est legendum ex Basil. πρὸς τὸ βαρβαρικὸν, ex l. 1. & 2. *sup. quæ res export. non poss.*) si deprehendatur, detur in metallum, vel alia pœna afficiatur, vel quod barbaricum est, ut ei pes unus abscindatur, non uterque. Nam hoc vetat Novel. Justiniani 34. sicut in libro Volcatii Gallicani legimus, crura, & poplites abscissos esse eis, qui e militia fugerent, desertoribus militiæ, qui & ipsi fugitivi dicuntur, *Laut facta 16. §. tempus, ff. de pœnis.* Et in allegoriis Heraclidis Pontici abscindi manus impiis liberis, qui eas in parentes intulissent, & cætera, quæ retulit Galenus lib. 6. de placitis Hippocratis, & Platonis.



AD TITULUM II.

DE FURTIS, ET SERVO CORRUPTO.

TITULUS est generalis, qui non sine causa sequatur vicinitatem tituli de servis fugitivis. Nam fuga servorum species furti intelligitur, ut heri diximus, & qui fugitivum celat fur est, *l. 1. D. de servis fugit. l. 36. qui servo, §. ult. D. de furt.* Imo ut Sabinus JC. ait apud Gellium lib. 11. cap. ult. fur est etiam, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ, tanquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisse visus est: forte & fur est, qui sciens viam fugitivo monstrat, ut est in legib. Visigoth. lib. 9. non qui insciens, *l. furtum non committit, D. de furt.* Hæc enim sunt jurisgentium, lumen de lumine accendere, errant comiter monstrare viam, non prohibere aquam profluentem, alteri largiri, quod sibi non officiat, & alteri prosit, quæ sunt jis utilia, qui accipiunt, danti non molesta, *l. 2. §. Item Varus, ff. de aqu. & aqu. pluv. arc.* & ut vulgo jactatur in foro, *une partie ne doit insister à une chose qui elle n'a point d'interest.* Item quo magis horum titulorum conjunctio illuceat, vix unquam servus fugit, quin secum furto rem aliquam auferat, pecuniamve domini, *d. l. qui servo, §. pen. l. ult. D. de furt.* ut in comœdiis Plauti servus quidam fatetur: *Multa mihi mala eveniunt, & marito meo: quia & fugi, & tibi surripui filium, & eum vendidi. A. quoi homini. S. Theodoromedi in Aulide Polyplusio sex minis.* Igitur hæc duo vitia conjuncta, & proxima sunt, & servorum probra, fuga, & furtum. Et inde in venditionibus servorum cautiones illæ addebantur, & fugitivum non esse, & furem non esse. Et eleganter D. Hieron. in epistola ad Titum, cum audiente viro apprime gravi laudaretur judex, quod fur non esset, refert eum dixisse, *laudas optimum servum, si nec fugitivus est*: quod scilicet florere oporteat virtutibus longe majoribus ingenuos, quam servos, & longissime abesse à vitiis servilibus. Et id puto D. Hieron. sumpsisse ex Philostrati Apollonio lib. 3. apud quem Jarchas rex Indorum eruditissimus inepte dari vulgo eandem laudem magistratibus, quam venaliciarii dant venalibus, quod fures non sint. At quod attinet ad 2. partem hujus tit. de servo corrupto quantam conjunctionem habeat cum tit. ejusdem libri, lex 5. satis demonstat, quæ de sollicitatoribus servorum fugitivorum loquitur. Is corruptor est, qui persuadet alieno servo, ut dominum fugiat, in quem est actio ex edicto prætoris *quod quis servo alieno quid dolo malo persuaserit, quo eum deteriorem faceret.* Olim ita edicebatur, *quo eum corrumperet.* Et inde nomeo

men actionis. Recte novi, ne quis servum dumtaxat, A vel servam deintegratam intelligeret edixerunt, *quo eum deteriorem faceret*. Et quæso cur de servo corrupto à prætore prodita est actio, non de filio corrupto? Dixerit aliquis rectissime ex *l. ut tantum* 14. *§.1. D. eod.* Servo corrupto minui patrimonium domini, dignitatem, & famam domus integram manere, filio autem corrupto non minui patrimonium patris, nec enim filii sunt in nostro patrimonio, sed minui dignitatem, & splendorem familiæ, cujus infamiam prætor existimat neminem sanum pervulgaturum. Ideo non dedit de filio corrupto, ut ille, qui de parricidio legem non posuit, quod existimaret tantum facinus superare captum generis humani, & quod existimarit id neminem facturum, neque de eo, quid sanxit, quasi ante commissum non esset. Cæterum filii, vel filiæ animo corrupto, si quis velit potest experiri, B non directa actione de filio corrupto, sed utili, id est, in factum verbis obscuris, temperatis, & mollioribus, ut mentionem non faciat corruptionis, ne suum pudorem, suæve familiæ offendat: in qua actione officio judicis æstimabitur quid commodi ex filio perciperet si esset bonus, & frugi, sicut filio subrepto, in actione furti, quæ patri competit, æstimatur id, quod interest, veluti lucra acquisitionum, quæ per causas furti intercepta sunt, eaque duplantur, *l. eum, qui*, *§. si filiusfamil. l.mater*, *D. de furt.* Affectionis rationem haberi non est æquum. Nec omittendum, quoniam pertinet plurimum ad bonos mores, quibus quisque debet se bene informare quantum potest, ut est in *l.1. & l.corrumpitur*, *ff. de ser. corr.* corrumpi etiam servum, eamque corruptionem pertinere etiam ad edictum, ut inscriptio ostendit, si C persuadeatur ei, ut dominum contemnat. Corrumpi, & filium si persuadeatur, ut patrem contemnat, contra viam pervulgatam majorum, & contra jura naturæ. Corruptores igitur morum pessimi, qui persuadent, ut magistratus, & principes legitimos contemnant. Porro de servo corrupto in hoc tit. sunt tantum duæ Constitutiones *l. 4. & 20.* Ex quibus intelligitur eum, qui servum dumtaxat sollicitavit ad mores improbos teneri tantum actione servi corrupti, quæ mixta est actio, quanti ea res erit in duplum *l.14. ut tantum*, *§. in hac actione*, *ff. de ser. corr.* Qui autem sollicitavit, verbi gratia ad fugam, & celavit, tenetur actione furti, quæ meram dupli pœnam continet, *l.4. hoc tit.* Et tenetur etiam actione servi corrupti, nec alteram altera consumit. Duo enim sunt diversa facta, quæ plecti seorsum D æquum est, quod probat *l.20. hoc tit.* Cujus species hæc est. Lucius Titius suasit servo alieno, ut rem aliquam domino surriperet, & ad se ferret, nec persuasit: Namque servus hæc omnia domino exposuit, & auctore domino, qui L. Titium cupiebat in hoc ipso delicto deprehendere, servus rem ad L. Titium pertulit: concepta re, quæritur qua actione teneatur L. Titius corruptor? Lex ait, L. Titium utraque actione teneri, furti, & servi corrupti, nec altera alteram consumi, nec minui. Nec objicienda est legi 20. l.4. tit.1. supr. quæ dominum, qui immisit servum in domum, vel agrum alienum, ut si possessor servum susciperet, deinde cum eo ageret, quasi cum susceptore servi fugitivi, hunc qui illud lucrum captaret, & cadere actione, & dominio servi, & servum redigi in fiscum, quia in ea specie E dolus incœpit à domino, ut Accursius ait: in lege 20. dolus incœpit à Lucio Titio, & dolo quicquam agere non licet, sed contra agere licet. Et valde notandum est in specie *d. l.* 20. eum, qui furtum non fecit, puta L. Titium, qui rem non contrectavit invito domino, qui permisit servo suo, ut perferret rem suam ad sollicitatorem, tamen teneri actione furti ex dolo suo. Ut igitur non sit furtum, sed furti actio: quia quantum in L. Titio fuit, furtum fecit. Eadem ratione de servo corrupto tenetur, licet servum non corruperit: etiam conatus puniuntur, & ut habetur in Basil. non debent esse impuniti ejusmodi hominum conatus. Omnia scelera, quamvis citra exitum subsederint, puniuntur, & generaliter ait *l. 1. C. Th. ad l. Jul. de ambitu*: *pari forte leges punire scelus, & sceleris voluntatem, &* *l.5. quisquis*, *inf. ad l. Jul. majest.* *Eadem*, inquit, *severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt*. Cujus legis verba sunt accipienda generaliter, nec coangustanda ad hoc crimen. Nam ut hoc variis comprobem exemplis, sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, licet stuprum non perpetraverint propter voluntatem perniciosæ libidinis, extra ordinem coercentur, *l. 1. ff. de extraord. criminib.* & ex Constit. Joviniani: *Si quis non dicam rapere, sed attentare tantum jungendi matrimonii causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœna feriatur*, *l.5. Si quis*, *sup. de Episc. & Cler.* *No. de raptu sanctimonialium* 123. pari pœna plectitur, qui rapuit virginem devotam, vel ut ait Sozomenus, qui devotam ἀκολάστως intuitus est: & similiter, qui officium in provincia habet, si mulieris invitæ suæ provinciæ illicitè nuptias affectavit, *l.2. sup. si quacumque præditus potestate vel*, *&c.* Et fur quoque ex d. l. 20. etiamsi effectu potiri non potuerit, & consimiliter effractor, & vecticularius, & raptor manifestus coercendus est, & ut Quintil. ait declamat. 174. *Insidiatus civi, etiamsi non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit: & proditoris patriæ consilium certum est puniri*, *d. l. quamvis*, quæ omnia Max. Tyrius complexus est his verbis: *Adulterum*, inquit, *lex punit, non tantum eum, qui perpetrat, sed eum, qui perpetrandæ rei consilium iniit*. Et generaliter verum est, in atrocioribus delictis, quæ tam naturali, quam civili jure improbantur, non minus puniri voluntatem, quam effectum, sed non etiam in levioribus, *l.22. §. sed & si*, *ad l. Cornel. de falsis*, *l. cogitationis*, *D. de pœn.* quæ pertinet tantum, ut inscriptio docet, ad edictum *quod quisque juris*, quo tantum punitur effectus, non consilium: quoniam leve est crimen. Porro ut in specie d. l. 20. licet furtum non sit, tamen est actio furti, ita evenit aliquando contra ut re vera sit furtum, non tamen sit actio furti: ut si quid divortii causa uxor amoverit, re vera furtum est, *l. rerum*, *ff. rerum amot.* Et si illa commiserit crimen expilatæ hereditatis, revera furtum est, nec tamen in eam est actio furti, quæ irrogat infamiam: quia promiscuus usus exemplo actionis furti ream uxorem fieri non patiatur, l. 17. hujus tit. Ac similiter furtum est si quid filio emancipato pater, vel patronus liberto amoverit, nec tamen in eos est actio furti, sed in factum tantum, *l.5. 6. 7. ff. de obseq. pa. præst.* Denique in parentes non est furti actio, etiamsi nobis furtum fecerunt, quoniam est turpis actio, & vetat his personis debitus honos ne in eos confligamus turpi actione: & tamen, quod notandum est ex l.3. & 11. hujus tit. in novercam, & in vitricum est actio furti, qui tamen dicuntur parentum locum obtinere, & vero pro parentibus habentur in aliis partibus juris, *§. affinitatis, & §. socrum*, *Instit. de nupt.* *l. Aristo*, *D. de ritu nupt.* secundum id, quod Phocylides præcepit de noverca. Sed non eadem tamen, ut liquido constat ex l.3. & 11. hujus tit. In novercam, & vitricum, si nobis furtum fecerint, datur actio furti. Nudius tertius exposuimus quemadmodum apte cohærerent inter se tit.1. & 2. Et cum essent duæ partes tit.2. de furtis, & servo corrupto, faciliori methodo prius expedire volui eam, quæ est de servo corrupto, deinde de furtis. Residet difficilior, quæ tractata est multorum scriptis, & sermonibus vexata, & multas quæstiones habet, & illam potissimum, quæ tractatur in *l. 1.* de concurrentibus actionibus. Hanc nemo possit absolvere una hora, illam facile mihi erit absolvere: de concursu contrariarum actionum, quas idem homo in judicium deducit juris sui tuendi gratia, contrariæ actiones sunt quibus, quod intenditur pugnat invicem, ut in specie *l. 1.* finge: ex pecunia, quam servus domino surripuit, Lucius Titius sciens eam pecuniam contrectari invito domino, mandante servo fundum comparavit: domino in L. Titium, tanquam furem pecuniæ est ex delicto condictio furtiva, & actio furti in duplum:

plum:

plum: est etiam in eum actio mandati ex contractu servi, id est, ex mandato, in hoc ut fundum mandatu servi emptum restituat. Sed eligere dominus debet, utrum experiri malit ex delicto, an ex contractu. Nec enim simul utramque actionem in judicium inferre potest: alioquin secum ipse pugnaret: nempe improbaret, quod cum servo L. Titius gessisset agendo furti, & condictione furtiva, probaret agendo mandati: mandati actio gesti ratihabitio est, *l. 66. Si servus alienus, D. de fidejuss.* quod jus etiam sequimur hodie, ut Jo. Faber annutavit: Si ex pecunia patris, vel mariti mandante filio, vel uxore idem sciens pecuniam esse furtivam, aliquid filio, vel uxori comparaverit: Et ita verum in specie *l. 1. supra, si servus, &c.* Si servus ab extero se emi mandaverit, & manumitti, & post emptionem emptor eum non manumittat, liberum est domino agere mandati cum emptore, ut servum reddat, quem non manumisit, vel ex vendito, ut solvat pretium servi, utraque actione experiri non potest. Contrariæ enim sunt actiones, actione mandati servum inemptum fieri, & restitui desiderat: actione ex vendito manere emptionem vult, & adimpleri soluto pretio. Sic igitur statuamus, contrarias actiones, simul in judicium deducere non licere: neque offendamur legibus, quas in contrarium adducit Accurs. *l. 45. rei communis, ff. pro soc. l. si servus, D. commod. l. si mandavero 22. §. si tibi, ff. mand. l. 3. sup. depos.* quod admittant concursum actionis furti, & actionis mandati, si procurator in exequendo mandato furtum domino fecit: concursum actionis furti, & actionis tutelæ, vel negotiorum gestorum, concursum furti, vel actionis depositi, pro socio, commodati, conducti, locati, quoniam ut hoc paucis expediam in illis casibus non pugnat actio furti cum actione mandati. Utraque enim improbat factum procuratoris, qui rem domini celandi animo attrectavit, & mandati actio persequitur rem, furti actio pœnam. Quo genere concurrit etiam actio furti cum aliis bonæ fidei judiciis. Quod cum generaliter proposuisset *l. 45.* recte intulit *l. 46.* id est, *& in colono, & eo, qui negotia gerit, & qui mandatum nostrum exequitur, & in tutore,* sic legendum, forte, *id est*, non *idem est*: imo nihil unquam inveni hoc certius: nec alia est ratio *l. si servus, ff. commod.* Quandoquidem re dominica invito domino à servo commodata L. Titio scienti nolle sibi eam rem dominum commodari, domino est in L. Titium non tantum actio furti, & condictio furtiva, sed etiam actio commodati, & utraque experiri potest, cum lex non adjiciat, quod semper solet, & debet semper: & vero auctores adjiciant, altera contentum esse debere. Dices: atqui agendo commodati videtur ratum habere commodatum, sicut in specie *d. l. 1.* agendo mandati, videtur ratum habere mandatum, ergo sibi contrarius est, quia probat commodati agendo, commodatum, & quia improbat agendo furti: Proinde non est audiendus, si utroque judicio experiri velit. Dicam species esse diversas, & in *l. si servus, ff. commod.* dominum agere commodati ex contractu servi, ut rem suam recipiat, non ut potissimum factum comprobet. Et in hac l. 1. dominum agere mandati, non ut pecuniam suam recipiat, sed ut Titius mandatum impleat servi, & ex fide bona fundum mandato servi emptum restituat, reddat: quo genere plane ratum habet omne, quod cum servo L. Titius gessit: si ageret mandati ad pecuniam suam recipiendam dumtaxat, non prohiberetur etiam agere furti. Et ex iis apparet quam male in *d. l. si servus* Accurs. & Bart. suppleant, electa actione commodati, extingui actionem furti, quod proinde est, ac si dicerent, exacta re furtiva, furem absolvi pœna. Solvitur quidem fur condictione furtiva si acceperit actionem commodati: quia utraque actio commodati, & condictio furtiva respicit ad rei persequutionem; non solvitur autem actione furtiva, quæ respicit pœnam: nec moveor rursus *l. 71. si is, cui, ff. de furtis*, qua nititur Accurs. quod dicat ipso jure perimi actionem commodati, si cum commodatario, qui rei commodatæ furtum fecit, prius

A actum sit furti in duplum, & retro perimi actionem furti per exceptionem doli mali, si cum commodatario prius actum sit commodati, quo nihil, ut dixi, moveor. Nam hodie fecimus, ut constaret in *d. l. si is, cui,* actionem furti non significare actionem pœnalem in duplum, sed condictionem furtivam, ut *l. cum furti, ff. de in lit. jur.* Furti actio est genus, ut *l. eum, qui, §. qualis, ff. de furt.* Cujus duæ species: una ad pœnam duntaxat furti actio: altera ad rem, quæ specialiter dicitur condictio furtiva. Et hac si prius actum sit, actio commodati ipso jure perimitur: quia commodati actioni, cum sit bonæ fidei, inest exceptio doli mali, ut eam opponi non sit necesse, *l. sed & si, ff. solut. matr.* sed si prius actum sit commodati, condictio furtiva non perimitur, nisi posita exceptione doli mali, quoniam stricta est actio, cui
B nihil inest, nisi quod exprimitur. Et hæc eadem sententia refertur, in *l. qui servum, §. 1. D. de verb. oblig.* Cætera quæ Accurs. *d. l. si is, qui* exequitur in *d. l. 45.* non approbo, non admitto etiam, quod idem Accursius notat in *d. l. 45.* quæ est veluti arx quæstionis hujus, hodie ex Constitut. Justiniani electa actione commodati, extingui actionem furti pœnalem, hoc est ex l. ult. hujus tit. & contra electa actione furti pœnali, extingui actionem commodati: Male: nam l. ult. non loquitur de commodatario, qui rem commodatam subripuit, de qua re non agimus, sed de extraneo, qui rem alii commodatam subripuit, quo casu, ut in hac lege proponitur, dominus rei commodatæ eligere potest an commodati cum commodatario, an furti cum fure agere velit. Et hanc si eligat, id est furti actionem, proculdubio pe-
C rimitur actio commodati. Rursus si eligat actionem commodati, actio furti transfertur à domino in commodatarium, cujus periculo res cessit. Denique unius actionis electione, & perceptione perimitur altera: imo & sola electione, si elegerit actionem furti, vel etiamsi elegerit actionem commodati, modo scierit rem esse furto subreptam. Nam si nescierit, vel si dubitarit, ut ait lex ult. quæ dubitantem ignoranti comparat, ut semper fit in jure, *l. ult. sup. de condict. indeb. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in bon. poss. ser.* Si, inquam, nescierit, aut dubitaverit, & elegerit forte actionem commodati, nec peregerit nondum percepta re commodata, integrum ei est relicto commodatario transire ad furem. Distinguendum igitur omnino est hac in re hoc modo: aut in eumdem quis habet actionem furti, & commodati. Et hoc casu altera
D alteram non tollit: aut in unum habet actionem furti, in alterum commodati, ut in specie *d. l. ult.* & hoc casu altera contentus esse debet, *ut l. 3. §. ult. D. nautæ, caup.* Vector, cui in navi res subrepta est, in exercitorem navis habet actionem de recepto, in furem actionem furti: sed alterutra contentus esse debet. Nam si eligat actionem de recepto, amittit actionem furti, eaque transfertur in exercitorem: si eligat actionem furti, liberatur exercitor. Et Accurs. hanc distinctionem, quæ rectissima est, admittit in *d. l. si is, cui com. D. de furt.* Sed corrupta est glossa, & restituenda hoc modo: *hodie*, inquit, *videtur tolli electione etiam actio furti*, ut *Cod. eod. l. finali*: sed dicas, inquit, ibi loqui quando extraneus fecit furtum rei commodatæ, quod verissimum est. Non est omittendum, quod Bald. annotavit in hac l. 1. duas actio-
E nes contrarias recte institui sub alternatione, ut ille, qui apud Accurs. in *l. 1. inf. quando prov. est nec.* sic loquitur, dico sententiam esse ipso jure nullam, aut si quid valet, majorem judicem appello. Et ad eundem modum duas actiones contrarias institui recte sub alternatione, & adhibita scilicet protestatione, ut judici videbitur, ex altera tantum nos esse contentos consequi sententiam, quo jure utimur: & vero ut utamur æquum est, & necessarium si incertum sit, quæ potius actio teneat, ut in specie *l. 1. §. quia autem, D. quod legator.* Si legatarius sine voluntate heredis rem legatam occupaverit, heres cum legatario agit non male petitione hereditatis, vel interdicto *quod legat.* quibus judiciis tenentur ii tantum, qui pro herede, aut pro possessore possident: & simul aget cum

eodem

eodem interdicto quod legat. quo tenetur, qui pro legato possidet, quamvis ita sibi quodammodo adversetur, dum agit utroque judicio. Nam interdicto quod legatorum fatetur adversarium jure possidere, id est pro legato: petitione hereditatis, vel interdicto quod legat. negat adversarium justo titulo possidere, sed pro possessore, ut pro prædone, vel pro herede, ut falsum heredem, & subreptitium, sed protestatio corrigit omne vitium intentionit. Et sic in *l. contra, sup. de inoffic. testam.* Idem simul agit querela imperfecti testamenti, & querela perfecti, sed inofficiosi, nec tamen sine protestatione, vel alternatione, ut hac, vel illa via ad jus suum perveniat. Et similiter licet simul agere judicio petitorio, & possessorio, veluti actione in rem, & actione momenti, id est, interdicto uti possidetis, vel utrubi: quamvis actione in rem videatur fateri adversarium esse possessorem, interdicto uti possid. negare. Hoc nimirum proposito, & hac protestatione, ut jus suum sive hoc, sive illo remedio sibi conservet, quæ est sententia *l. naturaliter, §. nihil commune, de acquirenda possess.* Qua de causa, & proculdubio licet petitorii, & possessorii judicii causam cumulatim disceptare, & dirimere. Symmach. in epistolis ad Theodos. *Constitutio*, inquit, *recitata est, quæ judicibus copiam tribuit, non necessitatem imponit.* Locus est apertissimus, ut quoties de possessione judicant, continuo, & si casus tulerit & de petitorio cognoscant: nec pugnat, quod vulgo dicitur, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate: Nam & ita dicitur prius esse disceptandam criminalem causam, quam civilem, minorem cedere majori. Et tamen si ita judici visum sit, simul civilis, & criminalis disceptari potest, *l. penult. sup. de ord. judic.* Denique sicut qui exceptione utitur non omnino fatetur, & admittit intentionem actoris, nec se impugnandæ ejus alia ratione privat, *l. non utique, D. de except.* sicut qui familiæ erciscundæ agit, non omnino fatetur adversarium esse coheredem, *l. qui familiæ, D. famil. ercisc.* ita, qui agit rei vindicatione, non omnino fatetur adversarium esse possessorem; ut non sit integrum, si velit, adhuc venire ad interdictum de possess. & hoc est, quod ait *d. §. nihil commune*, non videri eum renuntiasse possessioni, cujus postea argumenta forte proferuntur, qui rem vindicavit, videlicet vindicationem esse proditam rei servandæ, non perdendæ gratia, *l. aliam causam, D. de novat.*

Ad L. V. Civile est, quod *à te adversarius tuus exigit, ut rei, quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem. Nam à transeunte, & ignoto te emisse, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Ad L. VII. Si is, cui te pecuniam *ad matrem tuam perferendam dedisse proponis, parva quantitate numerata, reliquam in usus suos convertit, furtum fecit.*

EXplicaturi sumus hodie quæstiones l. 5. & 7. Ac primum quidem admonendi sumus, in furem nec manifestum præter rei persequutionem, quæ genere vindicationis, aut condictionis instituitur, dari actionem furti pœnalem in dupl. ex XII. tab. *§. sunt autem, de noxa. action. Instit.* Eaque actione tenetur non tantum, qui furtum fecit clanculum, sed etiam is, cujus ope, & consilio furtum factum est. Nam & hic dupli tenetur, ut optime docet *l. ult. sup. de noxal. action.* In furem autem manifestum dari actionem in quadruplum ex edicto prætoris, *§. 1. Instit. de perpet. & temp. action.* Actio igitur furti nec manifesti, quod notandum est, est civilis .i. ex l. XII. tab. Actio manifesti est prætoria, & utraque perpetua tamen. His vero actionib. utimur si pro fure damnum decisum non sit, ut loquuntur XII. tabul. id est, si de furto transactum non sit. Placet enim pacto, & transactione nuda ipso jure tolli actionem furti pœnalem, *l. 13. hoc tit. l. jurisgentium, §. si paciscar, l. si tibi, §. 5. D. de pact. l. si pro fure, D. de condict. furt.* ipso jure, id est ex duodecim tab. quæ pactionem, & decisionem furti approbaverunt. Alioquin ex pacto nudo neque constitui ipso jure, neque tolli obligatio potest. Non igitur jure civili nimis acerbe actum est, jureve ordinario cum furibus, cum, ut dixi, pactione nuda extinguatur furti pœna, non rei persequutio, nisi quis ultro suam rem donaverit. Ac præterea nunquam legibus fuit prodita criminalis actio furti; id est nulla fuit de furto accusatio ordinaria, & legitima, præterquam ex certis causis, veluti plagii, repetundarum, residuorum, peculatus, & si quid de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata captum, aut raptum esse dicetur. Ex aliis causis non est prodita de furto criminalis actio, quæ sit ordinaria, & legitima. Proponitur etiam in hoc titulo l. 58. specialis actio furti ex edicto prætoris, civilis actio in eum, qui ex miserrima naufragorum fortuna, vel incendio, quo forte conflagrabant ædes alienæ, aliquid cepit, abstulit, amovit: aut qui quid deterius fecit, qua tenetur, etiamsi non sit manifestus intra annum utilem in quadruplum, & post annum in simplum, non ei tantum, cujus interest, sed etiam fisco .i. tantum fisco infert, quantum ei, cujus interest, *l. 3. §. ult. de incend. rui. naufr.* Atque ita tenetur intra annum in octuplum, & post annum in duplum præter criminalem exequutionem, & pœnam corporalem in eum statutam duodecim tab. *l. 1. §. 1. l. qui ædes, D. eod.* Quod l. 58. hujus tit. significat his verbis: *præter pœnam olim statutam.* Criminalis igitur exequutio si sit legitima, & ordinaria, non tollit civilem actionem in duplum, vel quadruplum, neque vicissim hæc illam: At certe extraordinaria criminis persequutio tollit actionem civilem, & ordinariam: & quod hodie in usu actio non est furti in duplum, vel in quadruplum, id ex eo manat, quod omnia judicia sint extraordinaria, & furti agatur, ut ait *l. ult. ff. de furt.* nunc plerumque criminaliter, & extra ordinem, non civiliter in duplum, vel quadruplum: ubi autem quis elegit viam, & accusationem extraordinariam, sane renuntiasse videtur civili, & ordinariæ actioni in duplum, vel quadruplum, & simplo ei satisfit, quod ad rem sublatam attinet, quæ est evidentissima sententia *l. interdum, §. qui furem, ff. de furt.* nec tamen prohibetur, quis si velit omisso jure, & rigore extraordinario, civiliter agere in duplum, vel in quadruplum, ut ait *d. l. ul.* nec jure prohiberetur hodie me judice, si quis mallet agere de furto in duplum, vel in quadruplum extraordinarie: quia ordinaria judicia cessant potius, quam extincta sunt, quod notandum. Et iis addamus, quod proponitur in l. quinta hoc titulo de furto concepto, quo nomine olim erat actio in triplum. Hodie est actio in duplum, tanquam ex furto non manifesto, ut, si quis rem sibi surreptam conceperit, & invenerit apud L. Titium, possit L. Tit. insimulare, & condemnare furti, si ultro dicat se eam rem emisse, cum agitur à domino actione furti in eum, vel condictione furtiva, nec exhibeat venditorem, fur est, qui rem domino subreptam possidet, si non exhibeat auctorem, à quo rem accepit. Et ideo ait l. 2. *Incivile est, quod desideratis, ut agnitas res furtivas, non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum à dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna ejusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Contra l. cogi, *sup. de petit. hered.* ait, incivile esse possessorem a petitore compelli, ut edicat causam, & titulum possessionis suæ, præter eum ut subiicit, qui cogitur edicere an pro herede, vel pro possessore possideat, ne scilicet frustra agatur petitione hereditatis, quæ comparata est in eum dumtaxat, qui pro herede, vel pro possessore possidet. Sed hi tituli pro herede, vel pro possessore in eo tractatu de petitione hereditatis falsi sunt, non veri, & reus si ex eit neget se possidere, sane cogitur edicere verum titulum, si quem habet. Atque ita is, quo cum agitur speciali in rem actione, cogitur edicere an possideat, ne frustra cum eo agatur: sed qua ex causa possideat, nec edicere, nec docere cogitur. Hoc munus est petitoris, non possessoris implere dominii probationem. Præposterum est petitorem actionem suam desiderare ut instruat, informet, & fundet possessor unde petitur: omnis probatio à petitore exigitur, nulla à possessore: possessori fortuna favet, & impensior est semper possessoris causa, & pro-

& pronior, quod omne ostenditur in *l. 4. & ult. sup. de edendo, l. 2. sup. de probat. l. 6. sup. de testib.* Et ita *d.l. cogi* abrogat *l. 1. Cod. Theod. de fide test. & instrum.* quam Constantinus petitori defuncto probationibus constituit ut possessor edicat unde possideat, vel quo jure eam teneat: quod merito *l. cogi* ait esse incivile, & esse præposterum, ut actore non probante, probationem exhibeat reus: nec refragatur l. 5. hujus tit. quæ hoc vult, ut possessor compellatur edere titulum suæ possessionis, auctoritatis, sive dominii: si possessor ultro dicat eam rem se emisse, cum agitur in eum actione furti, vel condictione furtiva, vel rei vindicatione, tum ut damnetur furti nisi exhibeat venditorem: aut dicamus sollicitius, ut Thalelæus in illo loco, & distinguamus hoc modo: aut agitur de nudo, aut solo dominio petitione hered. vel rei vindicatione, & tunc possessor non cogitur edicere tit. possessionis suæ actore non probante. Aut igitur de furto, & tunc possessor cogitur purgare innocentiam suam probato tit. possessionis suæ, & auctore suo, qui non indicat auctorem, vel qui non indicat furem, si rem possideat, pro fure habetur: qui non indicat furem, si rem non possideat, & si furem noverit, pro fure non habetur: quæ est sententia *l. qui vas, §. 1. ff. de furt.* Aliud est celare furem, aliud non indicare: qui celat, fur est, qui non indicat, fur non est, nisi rem possideat, & auctorem exhibere detrectet; nam ut eleganter ait *l. 5. à transeunte, & ignoto te emisse dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.* Et inde Divus Hieronymus dum Ruffinum perfidiæ coarguit, & plagii: *Dic,* inquit, *à quo exemplar acceperis, nec mihi ad subterfugiendum crimen auctores mortuos aliquos proferas, ut cum auctorem proferre non potueris, illum proferas, qui non possit respondere, & in consequentibus: dic potius inveni librum, putavi esse martyris; jam te non urgebo, & non quaram à quo acceperis, vel mortuorum aliquem nominato, vel in platea ab ignoto homine te emisse dicito, non curo.* Et id etiam apertius dici potest ad *l. cogi*, & ad istam omnem quæstionem percipiendam, petitore non probante intentionem suam, possessorem non cogi edicere titul. possessionis suæ: contra petitore probante intentionem suam, ut si rem vindicet, & liquido probet eam rem defuncti fuisse, cui heres extiterit, tum ne res evincatur, necessario cogi possessorem edicere, & probare unde possideat, puta eam rem esse sibi à defuncto donatam, vel se eam usucepisse, *in l. emptor, inf. de præscript. longi temp. l. si quidem, inf. de except. l. sive possidetis, sup. de probat.* In qua male affirmant ideo possessorem edicere tit. possessionis suæ, quia præsumptio faciat pro petitore: qua de re nullum verbum, nullumque indicium in ea lege. Ac proinde male in eo etiam loco diffuse tractant de præsumptionibus, deserta quæstione propria, & simplicius Græci illam legem interpretantur in hanc sententiam: qui rem suam petit, probare debet qua ex causa ejus rei dominium nactus sit: qua probatione impleta, si adversarius dicat se ex alia causa justiore dominium acquisisse, tum ipse pro sua parte suæ quoque intentionis probationem implere debet, & ita probatio probationem elidet, sic recte à possessore exiges probationem, modo à petitore exegeris prius acceperisque. Et ita accipiam omnino eam *l. sive possidetis*, & dicam solum possessorem non cogi edicere causam dominii, vel possessionis suæ, exonerato petitore, sed petitore probante dominium rei, necessitatem contrariarum probationum exigi à possessore, nisi lite cadere velit. Et ita quoque accipiam, quod Isæus ait *in proxeneta*, his verbis: *Jus,* inquit, *esse, ut prædia, quæ sunt in controversia, possessor doceat à quo emerit, vel ex causa pignoris acceperit, vel ex causa judicati, nimirum petitore pro sua parte implente intentionem suam.* Et his addamus etiam quod est in *l. 2. hujus tit.* Eum, apud quem furtum conceptum, & inventum est, cadere in suspicionem furti, etiamsi edicat, vel edoceat à quo eam rem acceperit, posset enim à fure accepisse sciens, & fur est, qui rem à fure sciens accepit, *l. ancilla, in fine hoc tit.* atque ita domino rem suam vindicante ab eo, apud quem quæsita, & inventa est, is inciviliter desiderat ut dominus sibi restituat pretium, quod ipse pro ea re intulit venditori, cum nisi sceleris particeps sit, regressum habeat adversus suum venditorem. Et inde corpori negotiatorum Impp. in *d. l. 2.* (quod aptari potest ad multa negotia humana) ita rescribunt: *Discite igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna ejusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis,* Id est circumspicite etiam, atque etiam à quo ematis, ne & rei, & pretii damnum faciatis: curiosos esse emptores oportet, sicut dicitur, curiosos creditores esse oportet, in quam rem scilicet mutuam pecuniam rogentur: alioquin per incuriam, vel non curantiam eis persæpe fraudi forет, in *l. 3. §. si sic accepit, D. de in rem verso, l. ult. D. de exerc. actione.*

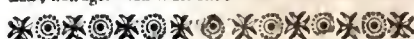
Ad L. penul. Apud antiquos quærebatur, *si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum, vel ipsius, apud quem constitutus est: an ipse, qui eum bona fide detinet, noxalem furti actionem adversus verum dominum habeat, vel ipse ab eo, qui furtum passus est, prædicta conveniatur actione. Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est hujus hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens: quidam ita eam per conjecturam interpretati sunt, adversus bonæ fidei quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi: ipsi autem si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti noxalem actionem recte decerni. Tunc autem bonæ fidei possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: & pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum, quas servus subtraxit jam apud eum constitutus, sed & quas furatus est, quando fugit quidem à bonæ fidei possessore, adhuc autem nondum sub manibus domini sui fuerat constitutus. Quam interpretationem prisca quidem jura per conjecturam introducebant: nos autem altius, & verius ad eam respicientes, generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus. Cum igitur bonæ fidei possessor domini cogitatione furem possidet: merito, donec apud eum constitutus est, & aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum à servo fuerint passi, & ipse adversus verum dominum non habet actionem, secundum regulam dicentem: Qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione, & ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri, adversus autem verum dominum habet ipse furti noxalem actionem pro rebus, quas vel tunc furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea, postquam bonæ fidei possessoris retentionem excessit, nec dum apud verum dominum factus est. Sic iterum regulæ generali casus evenit consentaneus: Qui enim habet tunc furti actionem adversus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest, & sic ex tempore omnibus discretis, vetustissima dubitatio nostro fœdere conquiescat, & bonæ fidei possessor in parte certa temporis habeat actionem, & non teneatur actione: & ipse dominus alio tempore non teneatur actione, & in alio sub actione constituatur. De eo autem, qui liber constitutus, ab alio bona fide tenetur, si furtum commiserit, recte, & sine aliqua dubitatione dicitur, posse eum, qui liber est cognitus, & ab ipso, qui bona fide eum detinet, pro furto conveniri, & bonæ fidei possessorem, si extraneo furtum liber commiserit, non posse conveniri, sed ipsum pro suo furto respondere: quia generalis regula de servo prolata est: & pro eo, qui non servus, sed liber, & suæ potestatis est, noxalem moveri actionem, impossibile, nostrisque legibus incognitum est. Datum Calend. Octob. Lampadio, & Oreste vv. cc. Coss.*

QUæstio l. penult. pertinet ad regulam juris antiqui, quæ dictat dominum, aut bonæ fidei possessorem, qui ex delicto servi noxali actione tenetur, atque conveniri potest, non posse ejusdem servi nomine ea actione experiri, & contra eum, quo cum agi non potest noxali actione, posse ipsum agere ea actione. Huic regulæ lo-

cus est primum in dominum; si communis servus primi, & secundi, primo dominorum furtum fecerit: nam primus cum secundo agere non potest actione furti noxali: Quia si is servus extraneo furtum fecisset, primus eo nomine teneretur noxali actione in solidum: & pro quo teneretur noxali actione etiam in solidum, qui ex parte tantum dominus est, absurdum est, ut propter eum etiam habeat noxalem actionem in socium. Quod ostendit *lex Et puto, §. ult. ff. famil. ercisc. & l. penult. ff. de nox. act. & l. 8. ff. eod.* quæ nominatim ait, quemvis dominorum, si servus communis noxam fecit, teneri noxali actione in solidum: Sed non alia ratione, inquit, poterit qui conventus est evitare litis æstimationem, nisi solidum servum noxæ dediderit, quia noxæ deditio divisionem non recipit, *l. si servus, §. item si, ff. ad leg. Aquil.* nec igitur ferendus si partem suam cedere paratus sit actori post acceptum judicium noxale; nam ante id potest cedendo suam partem consequi securitatem, & is, qui cesserit hoc genere, amittet actionem noxalem, quam habuit, quia dominus servi pro parte factus, non potest jam cum socio experiri actione noxali: qui si alii noxam nocuisset servus, ipse conveniretur noxali actione. Et in eundem hæc non cadunt, ut ejusdem servi nomine possit idem & convenire, & conveniri noxali judicio. Quod locum habet non solum in actione furti, sed etiam in aliis noxalibus actionibus, ut ipsi inter se socii non possint agere noxali actione ex delicto servi communis, quod in unum ex iis admiserit, *d. l. si servus, §. 1. l. ut tantum, §. si servus, de serv. corr. l. sed si unius, §. si servus, ff. de injur.* Et eedo rationem hujus regulæ, quæ sit idonea: nimirum alia ratio non est, quæ sit idonea, quam quod sit absurdum eos inter se noxalibus actionibus experiri, qui in ea causa sunt, ut servi nomine tanquam domini noxales actiones pati, & excipere possint. Quæ ratio etiam efficit, ut inter se socii non agant de peculio ex contractu, quem forte habuerunt cum servo communi, *l. hinc quæritur, §. ultim. & l. seq. de peculio.* Nam qui agit de peculio, vel noxali actione, non se, sed adversarium dicit esse dominum, & possessorem. Denique non agit, ut dominus de peculio, vel noxali judicio, sed ut extraneus, id est, extraneis hæ actiones dantur, non dominis, sed in dominos, dominis, & in dominos non item: Et hac in re nulla est differentia inter servum communem, & proprium. Si servus meus servo meo noxam nocuerit, nemo est, in quem mihi competat actio noxalis, quod alterum servum meum deteriorem fecit, vel forte occiderit. Et similiter si servus communis servo meo proprio noxam fecit, cum quo experiar actione noxali non habeo: hanc pati meum est agente extraneo, sive ex parte, sive in solidum dominus sim, condominis servi non licet inferre, neque in dominum, neque in socium, non enim scindere hominem possumus, ut pro parte cum socio agam, cum is homo servo meo proprio noxam nocuerit toto pectore, & corde, non parte pectoris, corporisve sui, *οὐκ ἡμισεία γνώμῃ, ἢ μιᾷ χειρί.* Et hac in re etiam utitur comparatione servi proprii, & communis Sabinus in *d. l. ut tantum, §. si servus, ff. de servo corrupt.* ut si servus communis corruperit servum meum proprium non sit mihi actio noxalis servi corrupti in socium, perinde ac si servus meus proprius corrupisset conservum, id est, alterum servum meum proprium: ut enim hoc casu non esset actio noxalis in quemquam, ita nec erit illi in socium, eademque comparatio est servi proprii, & communis, *l. si servus communis, ff. de furt. l. si ante aditam, §. 1. ff. de interrogat. in jure fac.* Cæterum etsi deficiat, ut ostendi, actio noxalis in socium servi communis, quod in me admisit unum ex dominis, tamen suppetit alia actio, nempe famil. ercisc. inter socios, vel communi divid. Et est actio quasi noxalis, ut scilicet officio judicis, vel socius parte sua mihi cedat pro noxa, vel ut litis æstimationem præstet in simplum. Non est noxalis actio, sed quasi noxalis, ut ait *l. si servus communis, D. de furt.* quia non datur ad pœnam: puta in ea actione communi divid. lis non æstimatur in duplum, vel quadruplum, sed in simplum tantum, id est, in solam æstimationem damni, ut vel socius eam præstet in simplum, vel cedat parte servi, & totum servum mihi adjudicari sinat. In judicio divisionis hæ actiones suppetunt, simpliciter actio noxalis non suppetit propter rationem, quam exposui antea, quæ ut perspicua est, sic etiam vera: alia tamen ratio redditur in *l. si servus servum, §. 1. D. ad l. Aquil.* quam quæ superius allata est, quæque vero vincit justissimam esse regulam juris antiqui. Excutiamus quæso illam rationem, quæ proponitur in *l. si servus, §. 1.* Si servus communis meus, & tuus meum proprium occiderit citra voluntatem tuam, cessat noxalis actio in te ex *l. Aquil.* cur ita? ne, inquit, sit in potestate servi damno dando injuria uni ex dominis alterius potestate se subtrahere per delicti causam, beneficiumque. Græci legunt uni soli, vulgo tibi soli serviat, per enallagen personarum, ut Odofredus annotavit. Nam sunt frequentissimæ *ἐναλλαγαὶ* & temporum, & personarum. At vero Accursius noster prorsus damnat, nec petita venia, rationem illam, quæ proponitur in *d. l. si servus*, ut non sit noxalis actio in socium, ne sit in potestate servi, ut uni soli serviat: Et contendit aliam rationem debere reddi cur socio non sit actio noxalis in socium, propterea quod ipse socius, qui agit noxali, tenetur noxali judicio in solidum: Accurs. movetur duobus fortissimis argumentis. Unum hoc est: si ideò socio in socium non datur noxalis actio ex delicto servi communis, quod admisit in unum ex sociis, ne sit in potestate servi, ut uni soli serviat, eadem ratione contendam nunquam dominum teneri actione noxali ex delicto servi, ne sit in potestate servi, ut dominum mutet damnum dando, vel furtum faciendo extraneo, domino suo non existente solvendo, id est, si dominus non velit, aut non possit persolvere litis æstimationem: atqui hæc ratio non tollit actionem noxalem, quia hac una re esset in potestate servi deteriorem facere domini conditionem, *l. 1. §. quod igitur, ff. de vi, & vi arm.* nisi colludant cum iis, quibus damnum inferunt, ut dominum mutent ex sententia Platonis ad finem 2. legum: & argumento *l. cum servus, in fi. mand.* ac citrà collusionem certe potest in hoc servus facere deteriorem domini conditionem damnum dando extraneo, ut dominum mutet, & dedatur extraneo pro peccato, cujus æstimationem non potest implere dominus per facultates suas: igitur ne sit in potestate servi hoc genere mutare dominum, ideo negabis esse in dominum noxalem actionem. Minime vero: ergo nec negabis in socium socio noxalem actionem non esse ea sola ratione, ne sit in potestate servi, ut uni soli serviat. Alterum argumentum Accursii tale est. Si ideo socio, cui servus communis noxam nocuit, non datur in socium noxalis actio, ne sit in potestate servi, ut uni soli serviat, eadem ratione non dabitur etiam in socium socio actio communi dividundo, quasi noxalis, quam jam ante dedit, quia per eam etiam accidit, ut servus uni soli serviat: si forte socius non sit solvendo, aut litis æstimationem sufferre nolit: atqui illa ratio non impedit actionem communi dividundo. Ergo nec per se sola potest impedire actionem noxalem. Hæc sunt fortissima argumenta: quid dicemus? venerari soleo, ut debeo, scripta juris auctorum, nec si quisquam contempserit is unquam quicquam in jure certum habuerit, nec sibi bene consuluerit. Sed nec patefecerit viam ad jus perdiscendum. Sed animadverti in *d. l. si servus servum, §. 1.* Ulpianum referre ex Ursej Ferocis libris, & Ursejum ex Proculo, cessare noxalem actionem in socium, si servus communis occiderit servum proprium unius ex dominis, aut vulneraverit. Quam sententiam Ulpia. subjicit esse veram, si modo non voluntate alterius domini id fecerit. Sed non sentit Ulpia. eam rationem esse veram, qui alibi utitur priore, quam firmamus, ut in socium non sit actio noxalis socio ex delicto servi communis, qui & ipse teneretur noxali actione, si servus

vus communis alii noxam nocuisset, *l. sed si unius*, *§. si servus*, *ff. de injuriis*, *l. 8. de noxal. actio*. Deinde animadverti Julianum scribentem ad Ursejum Ferocem, in *l. propen. de nox. act.* ex libr. 2. Juliani ad Ursejum, quo complexus est notas ad libros Ursej, Julianum scribentem notam impressisse Ursejo hanc, quod non ea ratione socio in socium non sit noxalis actio, quam attulit Ursejus ex Proculo, ne videlicet sit in potestate servi, ut uni soli serviat, sed idcirco, quia socius, qui agit noxali actione, teneretur & ipse noxali actione si servus extraneo noxam fecisset, & Juliani ratio est ex Sabino, cujus disciplinam Julianus sequutus est, & quæ nominatim Sabino adsignatur, *d. l. ut tantum*, *§. si servus servum*, per comparationem servi proprii, & communis: Julianus Sabinianus fuit, non Proculianus, & ex dissidiis inter has familias Jurisconsultorum Pro- B culia. & Sabinianorum innumeris in Digestis hoc unum est certissimum judicium. Nota igitur Accursii nostri, & nota Juliani est: & nota Juliani est ad Ursejum, quasi veram Ursejus rationem non protulerit, & nos igitur non tam Accursio, quam Juliano libenter assentiamus, & dicamus Juliani rationem esse potius sequendam. Et pergamus ad alia. Superiori regulæ, id est, quam initio recitationis hujus exposuimus, locus est non tantum in domino, sed etiam in bonæ fidei possessore, qui servi alieni, quem bona fide possidet, existimat se esse dominum. Nam bonæ fidei possessor, quamdiu eum servum possidet, tenetur propter eum actionibus noxalibus, ut dominus: bona fides imitatur dominum. Denique tanquam dominus, quamdiu servum alienum bona fide possidet, ejus nomine tenetur noxali actio- C ne, *l. bona fide*, *& seq. l. quotiens*, *§. 1. l. & generaliter*, *ff. de noxal. act.* Neque obstat, ut paucis expediam, quod male ait Accurs. *l. si servus servum*, *§. item si servus*, *ff. ad l. Aquil.* quod dicat servi occisoris dominum teneri noxali actione damni injuriæ, non bonæ fidei possessorem: ne dixeris, ut vulgo dicitur, speciale esse in actione legis Aquiliæ dari in bonæ fidei possessorem, proditum est *l. octava*, *ff. de interrog. in jure fac.* Sed rem ita præcidam: bonæ fidei possessorem non teneri directo judicio noxali, ut vel litis æstimationem sufferrat, vel servum faciat actoris, quoniam est illud iniquum, & hoc non possit præstare, cum ipse non sit dominus servi bona fide possessi. Non igitur tenetur in hoc, ut vel servum eum faciat actoris per noxæ deditionem, vel omnem litis æstimationem sufferat, sed tantum tenetur uti- D li actione noxali, ut eum servum dimittat, & toto suo jure cedat actori, ut quoquo modo noxæ dedat actori, non abscise, ut eum faciat actoris: quæ deditio non erit inutilis actori. Nam domino vindicante eum ab actore, cui eum in noxam dedit bona fide, possessor repelletur exceptione doli mali, nisi offerat integram litis æstimationem: unde apparet tenere noxæ deditionem factam à non domino, & omnino utili judicio noxali teneri, ut qualiter qualiter servum dedat actori bonæ fidei possessor, & toto suo jure cedat. Ex quo sequitur servum, qui furtum fecit bonæ fidei possessori secundum superiorem regulam, non habiturum noxalem furti actionem adversus verum dominum servi, quia qui tenetur ipse noxali judicio, non potest agere in quemquam noxali judicio: denique superior regula E habet locum etiam in bonæ fidei possessore: definitio est legis penultim. in qua additur, quòd si bo. fidei possessor jam non possideat illum servum, quem olim possedit bona fide, ut si fortasse redierit ad dominum, ut tum bonæ fidei possessor non teneatur noxali actione, quod non eum amplius habeat in sua potestate, & possessione, & consequenter, ut recte agat actione noxali in dominum ex furto, non quod fecit is servus dum erat in sua possessione, quoniam hoc genus furti non cadit in actionem furti, quod servus domino facit, vel quasi servus, id est bona fide possessus, bonæ fidei possessori facit, quoniam is δοῦλον est, sive ἀντίδουλον: nec patrono etiam cliens si furtum fecerit, imo nec quod libertus patrono fecit, sed quod fecit postquam exivit à custodia bonæ fidei possessoris. Sed idcirco non cadit in actionem, quod libertus patrono fecit, quod & servus δοῦλος sit, & hic ἀντίδουλον, ut Æschilus loquitur: nec si mercenarius furtum fecit conductori tenetur actione noxali furti, quia hi sunt servi loco, *l. 1. §. familiæ*, *D. de vi, & vi arm. l. 4. ff. de usu & habit.* adhibita interpretatione Theophili in *§. 1. Instit. eod.* In servos nostros, vel eos, qui sunt nobis servorum loco, non est furti actio ulla ex causa, ne leviore quidem, quoniam jus non patitur, ut in quem possimus jure nostro statuere, in eum agamus jure civili, & ut inter dominum, & servum lis non consistit, ita nec etiam inter bonæ fidei possessorem, qui pro domino habetur, & inter servum bona fide possessum, ut inter eum, qui loco domini est, vel loco servi. Quæ omnia proponuntur in *d. l. penult.* Sed additur, quod maxime notandum est, noxalem actionem non dari in bonæ fidei possessorem, qui possidet liberum hominem: servi alieni bona fide possessor, quamdiu eum tenet, tenetur actione noxali propter ejus servi noxam, liberi hominis bonæ fidei possessor ex delictis liberi hominis non tenetur noxali actione, vel si ea actione actum sit, cum domino non dum comperta conditione hominis, quem possidet, manet integra actio cum libero homine, *l. pen. de noxa. action. l. confessionibus*, *§. ult. de interrog. in jure*. Potest quæri, quæ sit differentiæ ratio inter bonæ fidei possessorem servi alieni, & possessorem liberi hominis? Cur ille bonæ fidei possessor servi alieni fingitur esse dominus, & tenetur noxali actione, & bonæ fidei possessor liberi hominis non fingitur esse dominus, nec ea bona fides imitatur dominium. Puto, ut rectissime definit Accurs. *l. 3. ff. pro soc.* quia fictiones in jure hæ tantum admittuntur, quæ naturæ, & juri conveniunt: adoptio fictio est, & imago naturæ, quæ imitatur naturam suscipiendorum liberorum, ut ait *l. filio*, *ff. de lib. & post.* Et Calphurnius Flaccus in declamat. adoptio sancta res est, quæ beneficia naturæ, & juris imitatur, quæ tamen naturæ, & juri congruere debet. Nam si adoptaveris eum, qui per ætatem tuus filius esse non potest, adoptio non valet: pugnat fictio cum natura, nec admittenda igitur. Et similiter si quis in jure interrogatus respondeat illum filium suum esse, responsio eum non obligat, quæ falsa est, nisi congruat naturæ, quæ est sententia *d. l. confessionibus*. Nam si ætas non ferat esse filium, confitendo eum esse filium suum, nihil agit, nihil sibi incommodavit, confessiones rejiciuntur, quæ non sunt juri, & naturæ convenientes, *d. l. confessionibus*. Porro jus non patitur, ut possit quis fingi esse dominus liberi, etiamsi eum bona fide possideat, quod non sit in commercio hominum liber homo. Ac proinde quod non possit à bonæ fidei possessore usucapi, *l. usucap. ff. de usucap.* Igitur qui bona fide possidet liberum hominem, non fingitur esse dominus liberi hominis, sine qua fictione, nec in eum possit intendi actio noxalis ex delicto liberi hominis. At apte, & convenienter bonæ fidei possessor servi alieni, fingitur esse dominus, quod opinio ejus juri non adversetur, & potest usucapi. Absoluta est hæc quæstio, si modo ostendero paucis, eum, qui tenetur noxali, non agere noxali, non idem esse cum eo, quod dicitur, eum, qui tenetur furti actione non agere furti, hæc sunt longe diversa: Nam prior sententia ponit unum tantum furem, ut qui tenetur actione noxali furti nomine, non agat noxali actione. Posterior ponit duos fures, & est quoque de directo judicio furti, non de noxali, nimirum furem, qui rem domino surripuit, & furem, qui furi rem subripuit, quo casu dicimus furem furti non agere, quæ tamen positio non est undequaque vera. Nam si furis ob eam rem interfit eam rem sibi non perire, & sibi confestim surripi, quod ipse furtum ejus rei fecerit, vel dolum in ea re admiserit, ex quibus tenetur, hoc prætextu non potest agere furti ex suo furto, & dolo, id est, quod propter dolum hujus rei nomine furti teneatur. Nam cujus interest, is tantum actionem habet, si ejus intersit ex justa

causa. Nam ex turpitudine sua, & improbitate nemo ha- A bet actionem furti, sicut nec pro socio, nec mandati, *l. si à reo, §. ult. de fidejuss. l. 12. & 14. §. is autem, & §. idem Pomponius, de furt.* Ita certe lir furti non agit. Sed si furis intersit rem non perire, quod ea res sit sua: nam rei suæ quandoque furtum fit, ut si debitor creditori rem suam subripiat dolo malo invito creditore, cui si deinde ea res surripiatur ab alio, tamen recte, & in alium aget suo nomine actione furti, ut *l. itaque, §. pen. ff. de furt.* Et sic fit, ut teneatur furti, & agat. Nam demenda est negatio, ut jam multoties docui, & notavi ex Basil. Et ex Paulo 2. *sentent. titul. de furtis*, dum ait: *Creditori rem pignori obligatam surripiendo debitorem furtum facere, & tamen ipsum quoque, si eam rem amiserit, furti agere in furem si res surripiatur, quia ejus interest ex honesta causa, quod sua intersit eam rem non perire.* Idemque eveniet, si B intersit furis rem, quam surripuit, non interverti ab alio, quod ipse diligenter eam custodire debuerit, & culpæ nomine teneatur ea re furto subducta: Nam furtum culpæ annumeratur: propterea quod optimo, & prudenti patrifamilias non fit furtum: nec abs re qnaedan. provinciæ non solum puniunt furem, sed eum etiam, cui furtum factum est damno rei furtivæ. Nam in illo est dolus, in hoc culpa. Quod ostenditur *l. qui vas, §. si ergo, l. eum, qui, §. pater, ff. de furt.* Et hoc in hac specie ostenditur. Rem tibi commodavi in usum certum, tu eam in alium usum transtulisti, furtum fecisti. Et si mox tibi ab alio subrepta sit, ages cum fure furti, quod culpam præstare debeas commodatori, & aget æquè in te furti commodator, quod rem in alium usum transtuleris: & ita si tua intersit quasi commodatarii, aut condu- C ctoris, quod re ab alio furto sublata culpæ nomine tenearis, etiamsi sis fur, recte aget furti in furem novum. Denique inrerrogatut fur cur agat furti, respondeat, quod res mea sit, vel quod ejus rei nomine culpæ sim obstrictus, sive quod eam non servaverim diligenter, recte aget in novum furem actione furti. Sed si rogatus, cur ejus intersit, non habeat quid dicat, nisi quod furtum feci, & teneor, quod dolum in ea re admisi: ratio non est idonea ad dandam furi actionem furti. Denique hac distinctione adhibita non magis stabit veritas ab eo, qni negabat furem furti agere, quam ab eo, qui affirmavit furem furti agere. Et inde vides, quam sit difficilis hæc regula, siquidem dixeris eum, qui tenetur furti non agere furti: Et similiter eum, qui tenetur actione noxali, non agere noxali actione. D



AD TITULUM III.

DE OPERIS LIBERTORUM.

JAM à primo tit. dicere instituit de operis libertorum, ut in eo titulo ostendi, priusquam exponerem alia jura patronatus, quæ in libertos habemus, quia & initio quoque edicto prætor pollicetur judicium operarum in libertos, *l. 2. D. eod.* Sequitur ergo ordinem edicti perpetui, dum ab ipso primo titulo meditatur in primit dicere de operis libertorum. Operæ sunt diurna officia, quæ libertus præsenti patrono jurat, vel promit- E tit libertatis causa, id est, sine quibus libertas data non esset, *l. in liberto, ff. de sol.* Jurat autem, vel promittit manumiss. se daturum operas patrono, in ipso articulo manumissionis, vel post tempus: Nam in servitute ipsa hoc inutiliter ageretur, propterea quod manumissus non tenetur ex eo, quod gessit in servitute secundum regulam juris. Igitur non in servitute, quasi spe libertatis, sed post manumissionem ex continenti, vel intervallo libertus jurat, ac promittit patrono se daturum operas. Non debentur nisi promissæ, vel juratæ. Et juratæ debentur ex *lege Julia, & Papia*, jure singulari, alioqui ut ex pacto, & pollicitatione, ita ex jurejurando jure civili non nascitur obligatio. Ex pacto legitimo nascitur, & ex jurejurando quoque legitimo; ex quo nominatim lex caverit actionem dari oportere, ut in hac specie l. Julia, & Papia. Ac præterea exigitur, ut præsenti patrono juret se daturum operas, non absenti, alioqui jurisjur. nulla est obligatio, nec debentur absenti juratæ operæ, ut idiotismo utar, *les jurees*. Juratæ, inquam, operæ non debentur, nisi juratæ sint præsenti, *l. 6. §. si quis absenti. D. de confess.* Quæ lex hæc tria comparat: rem judicatam, confessionem, & jusjurandum liberti. Res judicata in absentem non valet. Confessio facta absenti non valet. Itemque jusjurandum liberti de operis factum absenti patrono non valet. Et hac in re igitur hæc tria consimilia sunt. Ex edicto autem Prætoris datur judicium operarum, quæ, ut dixi, juratæ, & promissæ sunt patrono libertatis causa. Et operarum non futurarum, sed præteritarum, qnoniam oportet patronum prius indicere operas liberto, quas sibi edi cupit, quas si deinde non edat, libertus judicio operarum conventus, in tantum condemnatur, quantum ex operis consecuturus erat, *l. 6. hoc tit. l. 13. §. judicium, D. eod.* Quia scilicet operæ edendæ sunt patrono ex ejus commodo. Non ergo debentur antequam imperentur, & petantur. Sed petitæ si non exhibeantur in judicio, operarum fit æstimatio, & quanti fuerint æstimatæ operæ, tanti damnatur patrono libertus. Denique damnatur tantum præteritarum operarum nomine: futurarum nulla est petitio, nec indictio, quas non declaravit, non indixit, nec imperavit ipse patronus, quia nullæ sunt, vel quia nondum sunt, vel nondum debentur, quæ nesciuntur quales sint, nec sciri potest quales sint, nisi indicente, & exponente patrono, ex cujus commodo exhibendæ sunt. Et notandum indictas operas, vel petitas lite contestata, etiam peti posse ab herede extraneo patroni, id est, præteritas, quas patronus vivus indixit, vel de quibus egit cum liberto lite contestata: Nam si lite pendente moriatur, translatio judicii operarum danda est heredi patroni etiam extraneo, ut affirmate omnino legendum est in *l. si operar. eod.* Quinimo etiam præteritas operas petere possunt creditores, qui distrahunt bona debitoris, cui debebantur operæ à libertis suis, vel peti possunt ab emptore bonorum, qui pro successore habetur. Et non est mirum si operæ præteritæ, id est, quæ cœperunt deberi patrono, sequantur heredem extraneum, cum etiam sequantur creditores missos in bonorum possessionem, & permissos vendere bona, & sequantur etiam emptorem bonorum: nec jam ea possunt sequi patronum, cujus bona venierunt, quia is, cujus bona venierunt, ex antegesto nullam actionem habet, *l. pen. de cura. bon. dan.* Et hæc est sententia *l. 40. de op. libert.* Ergo operæ præteritæ .i. e. quæ cesserunt ante venditionem bonorum, non debentur patrono, sed creditoribus, aut emptori bonorum. At operæ, quæ cesserunt post venditionem bonorum, debentur patrono, etiamsi citra operas liberti, ut ait *d. l. 40.* habeat unde se alat, quod utique semper ei servandum est, si post venditionem bonorum cum eo agatur, quia post venditionem bon. tenetur tantum in id, quod facere potest, *l. ult. inf. de revoc. iis, &c.* Deducto itaque ne egeat .i. e. deductis alimentis, *l. 6. de cess. bon.* Hæc ut intelligamus operas præteritas, id est, indictas, vel petitas à patrono sequi heredem extraneum, & hoc distare heredem extraneum à filio patroni. Nam filio patroni non exheredato debentur etiam operæ, quas pater neque indixit, neque petiit jure suo. Futuræ operæ .i. e. quæ cesserunt post mortem patris, *l. si oper. ff. h. t.* Dum ait filio patroni competere petitionem operarum, si heres patri extiterit, non si exheredatus fuerit, etiamsi non extet heres. Aliud est existere, aliud extare. Existit heres filius patri ipso jure .i. e. confestim apparet heres, etiam invitus, & ignorans. Extare est constare, & perseverare heredem esse filium, qui heres existit, nec extat, quia abstinet se beneficio prætoris, etiamsi de operis litem non fuerit contestatus pater, vel etiamsi nullas operas indixerit pater, filius nihilominus operarum petitionem habet, quæ sententia

tentia est *leg. si operarum*, valde notanda, & *l. cum patronus, §.1. D.hoc tit. & l.pro her. §.si quid, de acquir.her.* Quæ eleganter ait filium heredem institutum, qui & ipse patronus est, petendo operas à liberto paterno .i. e. quod petat à liberto patroni operas, non ideo videri se pro herede gessisse, quia filiis etiam non heredibus datur petitio operarum. Non dicit filiis exheredatis, sed filiis non heredibus, ut est legendum eo loci .i. e. qui heredes extiterint, sed non perseverarint propter beneficium abstentionis, quod à prætore impetrarunt: iis, inquam, non solum heredibus filiis operarum petitio datur, & maxime futurarum, id est, quæ cesserunt post mortem patris, quæ scilicet ab ipsis filiis indictæ sunt. Sic igitur videmus, ut hæc in pauca comprehendamus, operarum judicium à prætore dari post indictionem patroni in libertum, ac patroni filiis non exheredatis, licet respuerint hereditatem paternam ipso jure sibi delatam. Sed notandum præterea est, hoc judicium operarum dari iis tantum, qui servum ultro manumiserunt, nulla necessitate cogente, & qui gratuito manumiserunt. Nam qui manumisit ex causa fideicom. vel lege venditionis, aut donationis, inutiliter imponit operas liberto, quia non habet earum operarum petitionem, eo quod potius solvit debitam libertatem, quam præstitit. Et similiter eandem petitionem operarum habet is, qui manumisit servum pretio accepto pro capite, quia gratuitam libertatem non præstitit, quæ omnia ostenduntur *in h.t.l.2.5.& 7. l.7. §.rescriptum, l.13. leg.47. ff.hoc tit. l. qui ex causa, de bon. libert.* Ergo hæc pars juris patronatus datur tantum iis, qui gratuitam sua sponte, nulla cogente necessitate servis suis libertatem dederunt. Cum autem dicimus operas esse diurna officia, quod initio proposui, ut *l.1.& 3. D.hoc tit.* operarum editionem esse officii præstationem, *l.cum patron. eod.* hoc dicimus, operas, quas patronus à liberto postulat, esse officiales, & quas libertus patrono jurat, vel promittit esse officiales. Jurat n. vel promittit operas, quas sibi indixerit patronus, esse daturum officii causa. Non semper adjicit, quas patronus indixerit, sed intelligitur, quia patrono sunt edendæ operæ ex ejus commodo, cum eas poposcerit, ut ait *lex quoties, D. eod.* nec igitur debentur, antequam petantur. Indicit autem liberto, aut indicere potest quascunque operas honestas, quæ possunt edi sine discrimine vitæ, ut indicit fabriles operas, si libertus sit faber, pictorias, si pictor, medicas, si medicus, mimas si mimus, ut sibi, vel amicis mimos, sive ludos faciat, vel postulat sibi scribi libros, si libertus sit antiquarius, vel eum facit insularium, ut custodiat ædes: vel postulat, ut se sequatur libertus, & secum moretur, vel peregre proficiscatur, vel ut secum officium suum exerceat. Hæ sunt officiales operæ, quas patronus à liberto postulare potest, & similes quascunque. Multum autem interest promittat quis (quod male distinguitur à nostris) operas fabriles, pictorias, vel alterius artificii, ut extraneo, an officiales, ut patrono. Nam ut proponam differentiam inter officiales operas, quæ ut patrono exhib. & pictorias, vel fabriles, quæ exhib. ut cuilibet non patronatus verecundię, non libertatis causa, in promissione operarum officialium, non recte adjicitur persona alterius solutionis gratia, hoc modo: Patrono operas dari, aut Titio: adjectio Titii non valet, quia officium ei non debetur, nec deberi potest, nisi patrono libertatis causa, nec si tibi pollicear officium, vel promittam stipulanti, ex ea stipulatione nulla est actio. Officium recte tantum stipulatur patronus; Stipulatio officii, quam extraneus facit, nulla est, *l.10. 11. & 12. D.eod. tit.* In promissione a. operarum fabrilium adjectio valet, si quis ab extraneo, vel si patronus à liberto, non libertatis causa stipuletur sibi, aut Titio operas dari, *l.23. D.hoc tit.* In qua lege, quod dignum est ut teneamus, ait libertum, qui stipulanti patrono, ut cuilibet promisit fabriles operas, non officii causa, non libertatis respectu, quam accepit à patrono, si inquam libertus ita promisit, ut cuilibet, non ut patrono, ut liberetur libertus obligatione, si tales operas extraneo dederit, qua-
A les patrono præstando liberaretur, ubi est manifesta traductio verborum. Igitur sic dicamus: libertus, qui promisit patrono fabriles operas, non ut patrono, sed ut extraneo, obligatione operarum solvetur, si tales operas patrono dederit, quales extraneo dando liberaretur, quia patrono eas promisit ut extraneo, non ut patrono. Et hæc est prima differentia inter officiales & fabriles, seu alias operas. Secunda, quæ melius substantiam rei declarat: Officiales sunt in officii præstatione: Fabriles a. sunt quasi in præstatione pecuniæ, *l.6. D. hoc tit.* Item quod attigi jam ante, officiales solus libertus soli patrono debet, vel filio patroni non exheredato, quia & ipse patronus est. Non debet officiales filio exheredato, non extraneo heredi, nisi præteritas, quæ jam deberi cœperunt defuncto, non fideicommissario Tre-
B belliano, *l.si patroni, in princip. ad Treb.* Non debentur marito patronæ, l.10. *hoc tit.* Sed si officiales, quæ debentur patrono sint in artificio, veluti medicæ, aut mimicæ operæ, aut histrionicæ, jubente patrono alii edi possunt, quia quæ eduntur alii jubente patrono, ipsi edi videntur, *l.si non sortem, §.libertus, D.de cond. ind. l.9. D.h.t.* Quarta differentia est, quæ sumitur etiam ex *d.l.si non sortem, §. libertus*, officiales debentur soli patrono, fabriles vero cuilibet. Concludamus igitur, officiales soli patrono deberi, & solum libertum solvere, fabriles vero quemcumque, & cuicumque deberi, & solvere, *d. l.9.* Officiales jure naturali illi deberi, qui nos affecit libertate, & summo præmio. Et ideo si operæ officiales, nec juratæ, nec promissæ præstitæ sint patrono, non condicuntur, quia naturaliter debentur patrono, & intelliguntur promissæ,
C & juratæ. Fabriles autem, & pictoriæ, sive cujuscumque artificii, natura non debentur, sed ex contractu. Et consequenter si per errorem indebitæ solvantur, condicuntur. Est etiam alia differentia, quod operæ officiales ex jurejurando debeantur, fabriles nonnisi ex stipulatione. Et postremo, quod officiales non antecedant quam indictæ sint, fabriles statim cedant ex die stipulationis, *l.22. & 24. D. hoc tit.* Unde apparet quantum intersit officii causa operas debere extraneo, vel patrono ut extraneo, operas deberi fabriles, vel pictorias certi generis, certæque speciei, non ut patrono, sed ut extraneo. Et postremo, quod debeo, ut nihil prætermittam ex hoc tit. demonstrare volo, certis modis intercidere operas officiales, quæ debentur patrono, certis modis finiri, & amitti. Ac primum quidem operas
D amittit patronus, qui cum eis uti potest, mavult locando ex eis capere mercedem. Indignus est operis, & officio patronus, qui aspernatur officium liberti, & mavult quæstum facere ex eis operis, quas genere locationis exhibet extraneo, quod ait *lex 6.hoc tit. d.l.patronus, D. hoc tit.* Item extinguitur operarum officialium præstatio, si patronus libertam in matrimonio, vel concubinatu habuerit, *l.8. hoc tit. l.46. D.hoc tit.* Quia novum officium, quod debet uxor marito, vel concubina, quæ uxorem imitatur, ut Julianus antecessor eleganter dixit, quæ dicta est à veteribus viceconjux, quibus concubinæ nomen fuit honestum: nec est hodie in usu: & quod est in idiotismo concubinæ verbum, est abusus. Igitur si cœperit libertam habere in matrimonio, vel concubinatu, novum hoc officium conjugis, aut viceconjugis ex-
E tinguit vetus. Tertio amittit patronus operarum petitionem, si voluntate ejus liberta alii nupserit, quia nec potest præstare cum decore operas patrono, quæ alii nupsit, quæ debet esse in officio solius mariti. Nec idem dicemus, si voluntate patroni libertus uxorem duxerit, quod hic non se dat in officium alterius. Et hæc omnia ostenduntur in *l.11. hoc tit. l.13. §.penult. & ult. l.sicut, D.hoc tit. & l.2. inf.de obsequi.* Ubi ita est scriptum: *Libertæ, quæ voluntate patroni, aut jure nuptæ sunt, non coguntur*: ubi Græci sublata disjunctione, *aut*, melius legunt, *libertæ, quæ voluntate patroni jure nuptæ sunt.* Nam & *d.l.sicut* exigit, ut justæ sint nuptiæ, quas liberta facit volente patrono, aut ratum habente. Nam ratihabitio patroni sufficit, ut amittat operas. Ac præterea etiam in-

ter-

tercidunt operæ patronis debitæ, si libertus ad dignitatem pervenerit, ut non sit conveniens eum operas præstare patrono, *l. interdum*, *l. hæ demum, eod.* Quo argumento tentatur eum, quem populus elegerit in regem, solvi operis, vel honore, quem ante debuit domino feudi jure. Et quinto *ex lege Julia*, *& Papia*, liberta major 50. annis non cogitur præstare operas. Finitur operarum obligatio annis 50. propter infirmitatem ætatis, *l. liberta major*, *D. hoc tit.* Quæ omnia possunt trahi ad operas, quas hodie rustici quasi liberti debent dominis suis, quas in idiotismo dicimus *corvées*. Item *ex l. Julia*, *& Papia*, libertus, qui duos filios habuerit liberatur, etiamsi superstites non sint, vel qui habuerit quinquennem, *l. qui libertinus*, *D. h. t. & l. 6. h. t.* Quia jure veteri libertinus, qui habuisset filium quinquennem .i. qui pervenisset ad quinquennem ætatem justo civium Romanorum numero fiebat, nec rejiciebatur à tribunis urbanis populi Romani cum cæteris libertinis, ut est apud Liv. *lib.* 45. Ac postremo si libertus patrono dederit pretium, ut dimitteretur obligatione operarum, etiam constat finiri obligationem operarum, & omne jus patronatus, quasi videatur se omnino redemisse à jure patroni, qui se pretio redemit ab operis ei jure, vel natura debitis. Et hoc genere igitur consequitur liberam testamenti factionem, *l. 4. hoc tit. l. cum patronus*, *§. penult. D. hoc tit. l. Jul. de oper. libert. l. sæpe*, *de ver. sign.* & iis modis finitur operarum obligatio. Et hæc est brevis summa constitutionum hujus tit. modo unum addam, quod pertinet ad l. 9. quæ in summa vult non valere citra operas, ea, quæ imponuntur libertis onerandæ libertatis gratia, in *l. is, cui onerandæ, hoc tit. D. & in tit. quarum rerum actio non detur*, ut in specie *d. l. 9.* si manumissum testamento testator jubeat diurnum officium præstare heredibus. Nam hoc genere onerat libertatem fideicommisso. Libertas est res inæstimabilis, nec in pecuniæ ratione censetur, ut qui libertatem accepit, ex legati, vel fideicommissi causa, & ipse possit fideicommisso onerari. Si tibi lego pecuniam, à te recte relinquam fideicommissum. Si tibi lego libertatem, non relinquam fideicommissum, quia libertatis præstatio impretiabilis est, nec in pecuniæ censum, ut dixi, connumeratur. Et quod dominus Alciatus laborat in eo, quod in hac *l. 9.* servo cuidam indatur nomen Cajus, ut eum ista cura liberemus, invenies apud Eustathium *lib. 2. Iliad.* Caji nomine significari mercenarium, quem Ennius vocabat abactum servum: *ὁ γάϊος παὶ Ἰταλιώταις καὶ Ταραντίνοις ὁ μίσθιος.* Cajus inquit, Italis, & Tarentinis est mercenarius. Convenit & hoc nomen servo.



AD TITULUM IV.

DE BONIS LIBERTORUM.

JURI, judicioque operarum officialium, quas liberti patronis suis debent, vel naturaliter, vel civiliter ex jurejurando, aut stipulatione, addit in hoc titulo jus succedendi in bonis liberti, quod per eminentiam vocant jus patronatus, ut est in *l. 11. sup. tit. prox. & l. 14. de tut. & cur.* & alibi frequentissime jus patronatus est id, quo patronus liberto succedit testato, vel intestato, quod jus est præcipuum, ut scilicet ad nos redeant bona libertorum nostrorum. Id vero jus patronatus, quod in successione libertorum versatur, quam varium fuerit, atque multiplex Institutiones docent *in tit. de bonor. poss. & in tit. de success. libert.* Et Ulpian. *lib. regul. tit. ult.* Nempe aliud fuit *ex 12. tabul.* aliud ex edicto prætoris, aliud ex l. Julia, & Papia. Multum scilicet hac in parte juris elaboramus, & JC. & magistratus, & tota Resp. propter commoda, quæ inde redeunt ad patronos, & hodie longe aliud est ex constitutione Justiniani Græca, id est, *ex l. 4. & ult. hoc tit.* quæ in eo desideratur. Nam quatuor hic tit. tantum constitutiones habet, & ultima desideratur Græca constitutio, quæ omne jus successionis libertorum complectitur simul, & emandat. Et est plenissima jurisprudentia, imo omnes (ut hoc semel indicem) si observes diligenter, & accuratius, constitutiones Justin. sunt plenissimæ sapientiæ juris. Quod plane demonstrat, quam peritissimus fuerit JC. Tribonianus, sine quo etiam periissent omnes veteres libri JC. Nam ipse solus contulit copiam multorum librorum veterum JC. cujus ævum solum habuit eam copiam. Nullus alius in Republ. tum abundabat tanta librorum copia, ut magna sit ei habenda gratia, quod corpus juris habeamus, quod alioqui nullum habuissemus, aut perquam modicum. Sed quale fuerit jus antiquum de jure patronatus, vel ex 12. *tabul.* vel ex edicto prætoris, & leg. Julia, & Papia, sane longum, & propemodum inutile sit, & quantum suspicor ingratum auditu. Imo ut ingenue fatear, hoc liquido vix quisquam explicare posset, quod admodum pauca supersint vestigia juris antiqui. At constitutio Justin. cujus fit mentio in quatuor locis *Instit. §. illud, de grad. cognat. §. sed nostra, de success. libert. §. cumque antea, de bon. poss. §. placebat, de legit. agnat. success.* extat integra in scriniis regis sacratissimi in hac urbe *Βασιλικῶν lib. 49. tit. 1.* Et hoc potissimum agit tota ea constitutio, ut quantum potest rescindat, & minuat jus patronatus. Et quemadmodum tit. superiori ostendit, quibus modis tollatur operarum obligatio: Ita toto hoc titulo ostendit, quibus modis perimatur jus patronatus. Valde enim cupiebat Justinianus, valde ei cordi erat, ut ipse ait in *l. 3. hoc tit.* abolere conditionem servorum, & libertinorum, quod non potuit adsequi, nisi gradatim. Nam ut paulatim jus civile crescit, *l. fideicomm. §. si rem suam, D. de leg. 3.* Ita nonnisi paulatim decrescere potest, quod nihil mutari subito ex antiquo possit sine confusione rerum omnium, & melius sit jura vetera dissuere, quam dissecare. Et in hoc tit. acciso primum quantum potuit jure patronatus prolatis antiquis constitutionibus, quibus certis casibus jus patronatus extinguitur, aut cessat, & productis etiam plerisque novis: deinde item Justinian. libertinos omnes fecit cives Romanos, & donavit jure Quiritum sublata *Latinorum Junianorum* conditione, & dedititiorum. Nec jam in hac constitutione in successione libertinorum separandi sunt cives Romani à Latinis Junianis, quorum nulla erat successio, *l. intestato*, *de suis*, *& legit. hered.* conjuncta *l. 1. C. Theod. de petit. her. §. ult. Inst. de succ. libert.* Ac tandem etiam ipse Just. in *Nov.* 78. nullos in Republ. voluit esse libertinos, & eos, qui manumitterentur, ingenuos esse pronuntiavit, salvo tamen jure patronatus, cui statim derogari sine injuria non potuit. Atque ita fecit speciem unam ingenuorum habentium patronos. Quod videtur absurdum. Nam alias ingenui nullos habent patronos, quibus hæc jura debeantur, quæ liberti patronis debent. Et ut jam enarrare incipiam ea omnia, quæ continentur in *l. 4.* constitutione Græca de jure patronatus, id quam brevissime fieri poterit præstabo. Suave est Justin. ab initio constitutionis enarrare multos casus juris antiqui, quibus jus patronatus perimitur, vel ex aliorum, vel etiam ex suis antiquioribus constitutionibus, veluti *ex l. 3. hoc tit.* quæ est ipsius, ut si patronus remiserit liberto jus patronatus donatione inter vivos, aut testamento, aut codicillis, vel si ei dederit liberam testandi facultatem, quod olim ipse patronus liberto dare non poterat: Nam legis est, non hominis privati dare testamenti factionem. Lex liberto ademit liberam testandi facultatem, hanc nisi eandem reddat eadem lex, aut Princeps, qui pro lege viva est, frustra secundum jus vetus patronatus ei eam concedit. Cæterum ex constitutione Justiniani in *l. 3.* remissio juris patronatus solvit jus patronatus, cum hac exceptione, ut tamen honorem semper, quem debet libertus patrono exhibeat, & consequenter, ut possit accusari ingrati, & revocari in servitutem, si quid contra pietatem, & reverentiam debitam patrono committat. Igitur nec hodie remissio juris patronatus, in totum remittit jus patrona-

trona-

tronatus, nec continuo pleno jure libertum hominem facit ingenuum, aliter quam si Princeps ei daret liberam testamenti factionem, vel si eum natalibus restitueret, iis scilicet natalibus, in quibus omnes homines erant, nondum neque naturali, neque civili jure descripto. Nam libertini, qui à principe impetrarunt liberam testamenti factionem, vel qui natalibus restituti sunt, plenam ingenuitatem adipiscuntur, quod solum notare *ad l.3. hoc tit.* sufficit. Ex *l. 2.* intelligimus, eum jus patronatus amittere, & id maxime, quod controvertitur in successione liberti, quo connivente libertus junxit se ancillis fiscalibus, vel colonis. Conniventia consensum imitatur, & conniventi damno est, & sæpe dedecori. Ac præterea ex *l. 1. hoc tit.* is, qui servum emit ipsius servi nummis: Nam & servus intelligitur habere aliquid: certe peculium habet, & quæcumque connivente domino habet, & quæcumque amici ejus prorogant pro eo, quin & testamenta facit connivente domino, & exequitur testament. quantumvis licet injustum, ut Plin. *ait in quadam Epist.* & Symmach. *in Epist.* ad quam respondit D. Ambr. Sic sæpe fit in jure, ut videantur servi aliquid proprium habere. Et ita dicimus, si quis servum emerit ipsius servi nummis, & manumiserit, ea de re fide habita inter servum, & emptorem, manumissorem quidem eum esse, sed non habere jura patronatus, *l. 1. & l.4. hoc tit. l. si tuis, sup. tit. prox.* Et longe alia est conditio domini, qui accepta pecunia à servo ex peculio forte, quamquam peculium sit in potestate domini, & possit cum libuerit adimere, sibique vindicare, si, inquam, accepta pecunia à servo, forte ex peculio, eum manumiserit, nam hic plenum jus patronatus habet, ut ait *l.1.hoc tit.* Ea ratio differentiæ summe notanda inter hunc, & illum hæc est: quod is, qui accepta pecunia à servo eum manumisit, & si non gratuitam, libertatem tamen præstat. Ille autem, qui servum nummis ipsius emit, & manumittit, operam suam tantum videtur accommodare in emendo servo servi nummis manumittiendi causa, ac proinde accepit eum potius in fiduciariam, quam veram servitutem, quod valde confirmat *l.3. de obs. par. & patron. præst.* Et *l. 4. hoc tit.* ostendit jus patronatus extingui militia, libertus militia scilicet, vel alia dignitate adipiscitur jus ingenuitatis, *l. 6. & l.7. qui mil. poss. vel non:* Nam & olim Latini *ex l. Visellia* jus civitatis Romanæ militia adipiscebantur. Item servus à domino domo ejectus in adversa valetudine, qui à Græcis dicitur *ἀπονόσητος*, id est, cujus curam, vel curationem dominus non suscepit, non ut quidam scribunt *ἀφρενώμενος*, id est, furiosus, & mente captus, sed quem dominus deseruit ægrotantem, qui eam ob rem dominio ejus cadit, & patronatu, & servus fit liber, & ingenuus in *l.1.§. sed scimus, inf. de lat. lib. toll.* Et serva quoque, quam prostituit dominus, statim erumpit in ingenuitatem, aut fit liberta sine patrono, *l. penult. inf. de spectacul.* Et ut repetitur in hac *l. 4.* quod & admodum singulare est, serva, quam dominus solam in concubinatu habuit usque ad mortem vice conjugis, & uxoris, morte domini fit libera, & ingenua cum sua sobole, & lucratur totum peculium, nec heredem domini habet pro patrono. Item si is, qui in liberali judicio servum vicit, mox pretium ejus servi, quem in liberali judicio servum esse pronuntiatum est, acceperit ab alio, nec usus sit beneficio rei judicatæ, hoc casu certum est *ex l.1. §. illud, inf. de lat. lib. toll.* eum quoque servum ingenuum fieri, aut certe libertinum esse sine patrono, ipsum, *ut ait lex*, sibi quodammodo libertum esse. Aliquando libertinus est sine patrono, ut aliquando servus sine domino, & tantisper ipse sibi libertus est, *l.5. inf. commun. de manumiss.* Et interim ipse sibi quodammodo est dominus. Et ex *l. Ælia Sentia* illud notissimum est, eum etiam jura patronatus amittere, qui adegit jurejurando libertum, ne uxorem duceret, ut libertam ne nuberet, *l. qui contra, D. de jure patronat.* Idemque evenit si patronus pecuniam acceperit pro operis, si pecuniam officio cariorem habuerit, *l. 4. sup. tit. prox.* Item si colludente patrono libertus ingenuus pronuntiatus sit, collusione detecta, ejus patroni libertus esse desinit, & fit libertus ejus, qui detexit collusionem ex SC. Ninniano, *l. 2. de col. deteg.* Ita tamen ut proditum est in hac constitutione, ut ille, qui detexit collusionem, nihil juris habeat in bonis liberti, si ut nec is, qui juravit suum esse libertum, cum revera non esset suus libertus. Nam & hic jus succedendi non habet in bonis liberti, licet alia quædam jura patronatus habeat, quia vere non est patronus, sed quasi patronus. Item is, cui relicta est fideicommissaria libertas, si cessante herede, aut latitante ex SC. Rubriano, vel aliis SC. quæ proponuntur tit. de fideicommiss. liber. ipso jure ereptus sit in libertatem, jam non est illum moratorem habiturus pro patrono. Ac postremo filius patroni, qui libertum paternum capitis accusavit, vel in servitutem petiit, nec tenuit causam, cadit jure patronatus ex l. Julia, & Papia, *l. qui cum major, de bon. lib.* Et generaliter, quod attinet ad jus, & successionem libertorum, valde hac constitutione accisum, & imminutum est jus patronatus, quandoquidem in successionibus pene æquavit, ut ipse ait, jura ingenuorum, & libertorum, dum prope jam affectaret, quod non effecerat, libertinos facere ingenuos; & quale jus successionis etiam velit, ut in pauca conferam, utitur hac distinctione Justin. Aut libertus est minor centenario, id est, minus centum aureis habet in bonis, & hic liberam testamenti factionem habet ex hac constitutione, id est, in suo testamento impune præterire patronum potest. Ab intestato autem deficientibus liberis suis, vel emancipatis patronus vocatur. Quod si libertus sit major centenario, constituit, ut impune libertus in testamento patronum præterire possit, liberis suis heredibus scriptis, vel etiam exheredatis, si modo tenuerint in causa querelæ inofficiosi testamenti, & resciderint testamentum, & venerint ab intestato ad successionem patris. Extraneis autem heredibus scriptis, & præterito patrono, ut patrono detur bonor. poss. contra tab. quæ olim in semissem dabatur, ut indicat *l. 1. §. penult. si cui plus quam per leg. Falc. l. deb. §. 1. de pig. act. l. 1. & l. 43. de bon. lib.* Et ad eum semissem respicit proculdubio Suet. in Ner. dum ait: Neronem conatum efficere, ut ex bonis libertorum pro semisse dodrans cogeretur ei, quæ scilicet erat legitima patroni portio, quæ ut ait *l. si patron. de donat.* erat portio legitima, debita vere, unciæ patronali: sed hodie ex hac constitutione datur præterito patrono tantum poss. bonor. in trientem. Quo genere Justin. patroni legitimæ portionis rescidit sextantem, dum vult trientem tantum habere. Is autem patronus, cui relictus est triens in testamento liberti repellitur à bonorum possessione contra tabulas, sicut filius exheredatus, cui relictus est quadrans testamento patris repellitur à querela inofficiosi testamenti. Sed exigitur ut uterque sit relictus *καθαρὸς*, purus, sine onere legati, aut fideicommissi, sine dilatione, sine conditione. Nam portioni legitimæ, quam adscribit filio, vel patrono, si adjiciat diem, vel conditionem, eam lex circumscribit, quod iis personis debeatur legitima portio sine onere ullo, sine die, & sine conditione, *l. quoniam in prioribus, sup. de inoff. testam.* Et de patrono nominatim *l. cum patronus, de legat. 2. l. sive patronus 21. §. 1. & 2. de jur. patron.* Igitur legitima, cui debetur, debet relinqui pure, & sine onere ullo, & gravamine, deductis semper libertatibus testamento relictis, *l. Papinianus, §. 4. de inoff. testam.* Libertates minuunt legitimam portionem liberorum, nec tamen olim minuebant legitimam portionem patroni, sed hodie ex hac constit. minuunt. Item olim poterat portio patroni onerari legatis relictis certis personis, puta liberis liberti, aut parentibus, *l. 4. de cond. & demon. l. 6. §. si patronus, si quis omis. caus. test. l. ex asse, ad l. Falc. l. si ejus §. 1. & l. ita tamen, §. si patronus, ad S. C. Trebell.* Legitima tamen liberorum non potuit onerari ullo legato, ne legato quidem relicto fratri, aut parenti, avo, aut proavo. Sed ex hac constitutione in utroque idem jus est, ut neque patroni, neque filii legitima ullo legato, aut fideicommisso onerari possint.

Et

Et si quæ legata relicta sint à patrono, ut transferantur in heredem scriptum, vel si ipse patronus sit heres scriptus ex asse, deducat suum trientem, & reliquum eroget legatarus, vel si patronus sit scripus ex besse, vel ex semisse, ut pro eo, quod excedit trientem legata præstet, reliquum ut transferat in coheredem. Et hæc quidem si libertus centenario major testatus decesserit: ab intestato autem primum vocantur ad possessionem liberi liberti cujuscunque sexus, hodie sublata differentia veterum inter filium, & filiam, & cujuscunque gradus, servato tamen graduum ordine, & cujuscunque stirpis. Quibus verbis multæ tolluntur differentiæ veterum: tollitur differentia stirpis ingenuæ, & libertinæ, quam indixisse veteres, Ulpianus indicat in suis Instit. *Post suos*, inquit, *consanguinei vocantur, post consanguineos cognati, post cognatos vir, & uxor, si qui decessit, non fuit libertinus, vel stirpis libertinæ*. Libertinæ stirpis sunt, qui nati sunt ante manumissionem patris, & manumissi una cum patre, vel post patrem. Ingenuæ autem stirpis sunt, qui nati sunt post patris manumissionem, *l. 2. sup. tit. prox.* Qui etsi sint ingenui, tamen si deficiant eis liberi, & cognati, patronus patris, vel patrona ei succedit, qui tamen ipse ingenuus est, & solus quidem patronus ex hac constitutione, non filius, vel nepos ejus, nec cognatus. Et addendum, non tantum in successione liberti intestati præferri liberos ejus patrono, sed etiam ipsos inter se liberos libertorum habere mutuam successionem, & vicissim liberis parentes succedere, nec distingui utrum liberi sint ex diversis nuptiis. Fratres igitur excludunt patronum. Post liberos autem, & parentes vocantur patroni cujuscunque sexus, sublata differentia veterum inter patronum, & patronam, ex parte unde legitimi, quia & ipsi cognati libertis esse videntur, id est, agnatis datur bonorum possessio unde legitimi, si modo per mares sint cognati, id est, agnati. Et hoc notandum esse censeo, quod ait, patronum videri liberto esse cognatum, ut deinceps nemini sit mirum, quod ait *l. cum tale, de cond. & demon.* libertum esse conjunctum patroni liberis. Post patronos autem vocantur patronorum liberi cujuscunque sexus, etiam postumi, & in adoptionem dati, non adoptivi ex hac constitutione, & vocantur usque ad 5. gradum tantum, servata gradus prærogativa, servata etiam inter eos successione, ut repudiante primo, vocetur sequens, quod est contra jus vetus. Nam neque in suis, neque in legitimis heredibus erat locus successioni, sed proximiore, cui delata erat hereditas repudiante vocabat hereditas, nec deferebatur sequenti gradui, ut etiam in legitimis heredibus non esse locus successioni. Sed nova hac constitutione Justinianus introduxit, ut post liberos vocentur cognati patroni usque ad quintum gradum. Et hac in re est aliqua differentia inter successionem liberti, & ingenui: Nam in successionn ingenui vocantur in infinitum agnati, & cognati usque ad sextum gradum, & ex septimo etiam invitatur unus, scilicet sobrino, sobrinave natus, *l. 2. §. agnati, de suis & legit. hered. l. 8. unde cognati, §. ult. Instit. de success. cog.* Et hæc est fere sententia hujus constitutionis.



AD TITULUM V.

SI IN FRAUDEM PATRONI, &c.

POST titulum de bonis libertorum, datur tit. Si in fraudem patroni à libertis alienatio sit facta, &c. In quo de bonis libertorum hoc additur, ut si quid ex iis bonis libertus dolo malo in fraudem patroni alienaverit, id post mortem liberti pro portione sibi debita in bonis liberti, rescissa alienatione, revocari possit per actionem Fabianam, & Calvisianam. Hæ autem actiones patrono non competunt nisi post mortem liberti, *l. qui res, §. 1. de solut.* Quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio, & in fraudem patroni alienatio facta intelligitur ea, quæ minuit portionem legitimam, & legibus debitam verecundiæ patronatus, ut ait *l. si patronatus, de donat.* quæ hodie est triens bonorum liberti ex constitutione Justiniani. Et observandum hunc titulum loqui de alienatione, non de manumissione. Aliud enim est alienatio, longe, aliud manumissio, nimirum quia is, qui manumittitur non fit alterius, & alienare est transferre dominium in alterum: aliud igitur est alienare, aliud manumittere, vel manumittere non est alienare. Et ita recte in *l. judiciorum, de accusat.* qui contraxit crimen læsæ Majestatis, inquit, nihil nec alienare, neque manumittere potest. Et similiter in *l. prospexit, Qui, & à quib. &c.* Et in hac re, de qua agimus, distant etiam manumissio, & alienatio, quod alienatio facta in fraudem patroni valeat interim, sed post mortem rescindatur per actionem Fabianam, aut Calvisianam, manumissio autem facta in fraudem patroni ipso jure nulla sit ex l. Ælia Sentia, Instit. *Quibus ex causis manu. &c.* Et Ulpian. *lib. reg.* & Cajus 1. *Inst. 1. l. qui in fraudem, qui, & à quib. manumis. & l. servum filii, §. si idem servus, de leg. 1.* Libertati statim ab initio lex obstat, nec locum obtinet, quia lex scit, ex post facto vix, ac ne vix quidem convelli posse libertatem, quæ semel competiit, alienationem, quæ semel obtinuit, facile impugnari, & revocari libertatem ægerrime, *l. 4. §. 1. de fideicom. libert. l. si ex causa, §. ult. D. de minor.* Quæ negat adversus libertatem esse restitutionem in integrum, quod ægre liber homo redigatur in servitutem, *l. sicut, inf. de lib. causa*. Difficilius permittitur, & spissius, quæ data ægre revocaretur, ut ait Cornel. Tacit. quodam loco, tarde concedendum, quod datum non adimeretur. Idcirco lex statim ab initio obstat manumissi. factæ in fraudem patroni, eamque statuit nullam ipso jure, nec tamen ita lex occurrit alienationi, propterea quod facile est rescindere alienationem. Male Æmilius tentat libertatem datam in fraudem creditorum non esse ipso jure nullam contra locos manifestissimos, quos protuli, motus hac ratione, quod libertas data in fraudem creditorum revocari dicatur, *l. 1. inf. Qui manu. non poss.* Quasi vero verbum revocari non sit ambiguum, quod significat tam revocari ipso jure, quam revocari remedio actionis, ut in *l. si libertus, §. ult. de jure patron.* Ipso jure revocabitur, inquit, citra actionem: ac similiter rescindi dicitur in libris nostris non tantum, quod per actionem: sed etiam, quod ipso jure rescinditur, ut est scriptum nominatim in *l. hoc modo, D. de cond. & dem. l. 5. §. 1. qui, & à quibus man. l. 5. sup. de resc. vend.* Movetur etiam idem, ut affirmet, libertatem datam in fraudem creditorum, non esse ipso jure nullam, & indigere judicio rescissorio, *l. si creditorib. inf. de ser. pign. dato*. Nam si quis dederit servo suo libertatem fraudandorum creditorum gratia, ipse quidem, qui manumisit, non potest manumisso movere controversiam, sive quæstionem status adversus factum suum, non potest infringere factum suum, nec honeste fraudem allegare suam. Idem etiam non potest heres ejus manumissoris. Nam heredis est tueri, quod gessit defunctus, etiamsi id jure non gessit, quia proprius accedit ad vicem defuncti, & sustinet personam defuncti, ut quod defunctus non potuit immutare, & retractare, nec possit etiam ipse heres. Hæc est sententia *d. l. si creditor.* Unde ita concludit. Ergo ipso jure non fuit nulla libertas, quam dominus dedit servo in fraudem creditorum. Vitiosa est collectio. Si, inquit, heres manumissoris non potuit manumissum in fraudem creditorum habere, ut servum: Ergo non fuit libertas ipso jure nulla. Ergo libertas momentum aliquod habuit. Sane quidem, quantum attinet ad manumissoris personam, vel heredis ejus, quoniam, quod actum est mutare non possunt, vel reprehendere, quod sit absurdum, eundem hominem pugnare secum, & modo aliquid probare, modo improbare, non quod ipso jure nulla non fuerit libertas, quod apparebit manifesto, si vel creditor dicat, nullam ipso jure, vel patronus, quo casu patroni allegatio proderit, heredi manumissoris. Ut scilicet manumissione declara-

ta

ta ipso jure nulla interventione patroni, ex eo non tantum patronus lucrum ferat, id est, portionem legitimam, sed etiam heres ipse, quod superest portioni legitimæ, *l. 9. §. pen. de lib. can.* Et ita evenit sæpe in jure, ut quod quis per se non habet, habeat per alium, *l. cum hereditate, de acq. hered.* Per se heres manumissoris non potest dicere manumissionem ipso jure nullam, sed si alius eam dixerit nullam, puta patronus, ea res proderit heredi manumissoris, perinde ac si ipse heres jure licito manumissionem nullam dixisset. Et ita omnino res est explicanda, & pro certo tenendum est, quod posui initio, alienationem factam in fraudem creditorum indigere actione rescissoria, manumissionem non indigere, quod ab initio nulla fuerit datio libertatis ipso jure: addamus revocari alienationem factam in fraudem patronorum per actionem Fabianam, vel Calvisianam, nisi (quod semper excipiendum est) patronus alienationem ratam habuerit post mortem liberti, vel etiam eo vivo, *l. 2. hoc tit. l. non videtur, D. hoc tit.* At quæso, quid distant inter se hæ duæ actiones, quæ patronis dantur rescindendæ alienationis gratia, quam liberti fecerunt in eorum fraudem, Fabiana scilicet, & Calvisiana? Et certissimum est Fabianam actionem competere testato liberto: Calvisianam intestato, suu cuique casui aptatam esse suam actionem propriam: ut testatus libertus si quid videretur fecisse, quo minus portio legitima ad patronum perveniret, id corrigetur actione Fabiana. Itemque si intestatus, per actionem Calvisianam. Duo sunt edicta, duæ actiones comparatæ in eam causam, *l. 2. hoc tit. & l. 3. §. si intest. D. hoc tit.* Et omnino Græci solam hanc differentiam agnoscunt inter actionem Fabianam, & Calvisianam in *l. quod si in diem, §. idem scrib. de pet. her.* Si libertus testatus decesserit, per actionem Fabianam alienata revocari: Si intestatus, per Calvisianam, & adiiciunt utramque esse in factum. Nam certum est, omnes actiones, quæ nomina acceperunt à prætoribus, esse in factum actiones, nimirum, quia inde apparet eas fuisse proprio nomine destitutas. Quæ nomen non habent actiones dicuntur in factum, vel à Prætore, qui eas edidit, mutuantur. Male vulgo statuunt hanc esse differentiam tantum inter Fabianam, & Calvisianam, quod illa soli detur patrono, Calvisiana non tantum patrono, sed etiam fraudato creditori, quod non possis comprobare ullo loco: Nam semper hæc, & illa actio datur soli patrono, non creditoribus. Creditoribus enim, quos debitor fraudavit alienando, vel aliud quid agendo, in eorum fraudem actio datur, quæ dicitur Pauliana *in l. videamus 2. §. in Fab. de usur. Et Theoph. in Inst. §. item si quis in fraudem, de act.* quæ & ipsa est actio in factum, & datur etiam ex eadem causa defraudato creditori de possessione rerum alienatarum interdictum fraudatorium, ex quo etiam nascitur actio in factum, de qua agit *l. ait prætor, quæ in fraudem credit. l. postulante, ad Senatusc. Trebell. l. pupilli, de solut. l. 1. C. Theod. de in integr. restitut.* Hinc quæritur, cur actio Pauliana non sufficiat creditori, cui debetur legitima portio in bonis liberti, cur opus fuerit patrono dare specialem actionem, Fabianam nempe, & Calvisianam? Hoc velim mihi explicari, quod tamen explicare possum hoc modo. Si dicam actionem Paulianam dari creditoribus, qui missi sunt in possesionem bonorum debitoris ex edicto, & quibus permissum est ea bona excutere, & distrahere crediti sui servandi causa, quod probat *lex 1. & penult. inf. de revocand. iis, quæ in fraud. credit. & d. §. item si quis in fraudem.* Verum patronus hoc ordine, id est, bonis possessis, excussis, & distractis, non persequitur portionem legum datam in bonis liberti. Igitur creditor non est. Creditoris quidem appellatio latissime patet, ut ostendit *l. 10. 11. & 12. de verb. signif.* Sed quod notandum, nunquam aptatur creditoris nomen aliis, quam iis, quibus ex ea causa debetur, ex qua potest fieri missio in bonorum possessionem debitoris, cujus generis non est patronus, quia hoc remedio non persequitur legitimam portionem ipso jure sibi debitam: est igitur alio jure, quam creditoris, aut certe creditoribus non est ullo modo annumerandus. Et licet dicatur ei deberi legitima portio, licet is libertus, qui quid alienavit in fraudem patroni, dicatur debitor patroni, *d. l. quod si in diem, §. idem scribit*, ipse tamen non est creditor, ut potuerit ei sufficere actio Pauliana: debendi, aut debitoris verbum latius patet, quam creditoris. Nam debitor generaliter dicitur, cum quo agi potest, & ita debendi verbum accipitur in definitione actionis. Creditor non est quicunque agere potest. Legitima portio debetur filio in bonis patris, & est debitum (sic appellatur χρέος in Novella 1. & 18.) nec tamen dicitur filius creditor; Et adsummam: Si quid mihi debetur ex contractu, vel ex delicto, qui contractus dicitur involuntarius, scilicet contractus malus, *l. si rerum, de re judic.* Si, inquam, aliquid mihi debetur ex delicto, sive contractu, creditor sum, & sic contractus nomen generaliter accipimus. Si vero mihi quid debetur ex beneficio legis, & munere, creditor non sum. Quod mihi debetur ex contractu, ut ait *l. 6. in fi. D. ad l. Cornel. de fals.* mihi merito debetur, id est, necessario, & optimo jure. Quod mihi debetur ex beneficio, & munificentia legis, non merito debetur, quia scilicet id non merito mihi, sed benigne, & gratis concessum est, sicut si quid mibi privatus donaverit, non merito dicam, sed benigne dedisse. Ex quibus efficitur, patronum non esse adnumerandum inter creditores. Et merito hac in re, quam tractamus separatas actiones dari creditoribus, & patronis, atque non posse diversis personis adscribi unam eandemque actionem, quæ diverso jure, viaque diversa sua jura prosequitur. quæ sub easdem leges non cadit. Et ita manifesto in *d. l. 6. §. ult.* separatur patronus à creditore in specie elegantissima. Finge; creditor testatoris adhibitus ad scribendum testamentum debitoris, sua manu adscribit sibi quod debet testator jure legati. Nam plerisque casibus jure mihi legatur quod mihi debetur, ut ostendit *lex si creditori, de legat. 1.* Creditor igitur quoniam sibi adscripsit quod testator debet, reus est falsi ex Senatusconsulto Liboniano. Sed facile impetrabit à principe veniam falsi, si modo abstineat legato, & plerumque cui facit veniam falsi princeps, eum jubet abstinere ab eo, quod sibi temere adscripsit. Non poterit igitur quod sibi debetur ex causa legati petere. Sed an non poterit petere quod sibi debetur ex pristina causa, an ei denegabitur actio pecuniæ debitæ? Minime vero, ne merito debito careat, id est, optima lege. At contra si patronus sibi adscripserit portionem legitimam, & venia falsi impetrata, abstinere legato jussus sit, an tum poterit petere emolumentum legitimæ portionis ex causa bonorum possessionis contra tabulas? Minime: Caret ergo penitus portione legitima, si legatum elegerit. Denique non habebit bonorum possessionem contra tabulas, neque portionem legitimam, neque legatum, quia eo se abstinere jussus est, & tanquam non creditor carebit eo, quod non tam merito, quam benigne debebatur. Sic sunt ponendæ ob oculos juris rationes in hac re. Videamus si parens in emancipatione filij manumissor exstiterit (nam aliquando idem non mancipabat, & manumittebat) ei ut patrono, si in testamento filii præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabul. in portionem legitimam, vel si intestatus fuerit filius, ei tamquam patrono, & manumissori datur bonorum possesio unde legitimi, *l. si à mil. §. ult. de milit. test. l. 1. §. ult. si quis a parente.* Non tamen ei datur actio Fabiana, vel quasi Fabiana, seu Calvisiana, id est, neque directa, neque utilis, si quid filius in ejus fraudem dolo malo alienaverit. Cur ita, cum sit manumissor, & patronus? igitur sic respondeo: Non omnem manumisionem libertinum facere. Libertini sunt, qui ex justa servitute manumisi sunt, id est, qui à dominis manumisi sunt, non qui à parentibus. Sic igitur statuam primum, non omnem manumisionem libertinum facere; manumisio, quæ fit à dominis, libertinum facit. Æquum est igitur libertino homini non esse liberam rerum suarum admi-

nistrationem in necem patroni, à quo meruit liberta- A tem, cum in multis articulis pro servo habeatur, qui & Stoicis, à quibus JC. nostri imbuti sunt, ut alias ostendi, est δῦλος, vel ἀντίδουλος, ὑποτάξει καὶ εὐθέσει, id est, non servus jure mancipioque, sed observantia, cultu, beneficio, operibus, obsequiis, donis, & muneribus, & portione legitima, quæ omnia patronis debentur. Iis igitur, qui tot debent patronis, in fraudem patronorum non est usquequaque suorum bonorum libera alienatio, aut si quam fecerint in fraudem patronorum, ejus revocatio concedenda est patronis, quod non tantum licuerit in patronum homini libertino, heri servo, hodie libertino, quæ vox est de via collecta, heri servus, hodie libertus. Manumissio autem parentis facta in emancipatione, ea mente, ut filius exeat potestate parentis, libertum non facit, filii ingenui conditionem non mutat, & B est iniquum ingenuo homini non esse liberam rerum suarum alienationem, etiamsi ea res patri, & manumissori sit fraudi, *l. 2. si à parente quis manumiss.* Et consequenter iniquum est, alienationem, quam fecerit ingenuus, revocari actione Fabiana, vel Calvisiana, vel quavis alia actione ad exemplum illius. Nam & eadem ratione parens, qui manumisit filium, nec ex jurejurando filii potest ei operas imponere, nec ab eo exigere, etiamsi juraverit filius se eas daturum patri. Quia filius patri debet pietatem, & obsequium, non officium, & operas officiales, *l. pen. de obseq. parent. præst.* Quia indignum est, hominem ingenuum obstringi operis officialibus, vel ei in alienandis rebus suis ullam præscribi legem, vel quod ab ingenuo alienatum fuerit id rescendi, & revocari, quoniam id convenit libertinis, non ingenuis. Er- C go etiamsi pater manumissor sit filii, tamen Fabiana, vel Calvisiana, & nulla omnino alia actione potest revocare alienationem, quam fecit filius rerum suarum. Dico eadem ratione filio impuberi non dari actionem Fabianam, aut Calvisianam, vel utilem, si parens ex bonis suis aliquid alienaverit dolo malo, ut portio legitima non perveniret ad filium. Quia licet patri homini libero alienare, quæ sua sunt, etiam in fraudem filii, consulto consilio, consulta opera, dolo malo, nec alienatio revocari potest Fabiana, vel quasi, sed tantum est querela inofficiosi testamenti, inofficiosæ donationis, aut dotis, non querela inofficiosæ venditionis ex constitutione Alexandri. Nam si pater vendat omnia sua, nec quicquam relinquat filio moriens, irrevocabilis est venditio. Verum posses objicere, quod cœperam, dari filio impube- D ri adrogato actionem Calvisianam, si adrogator dolo malo aliquid alienaverit, quo minus quarta portio bonorum, quæ impuberi adrogato debetur ex constitutione D. Pii, qui primus permisit adrogationem impuberis, neque enim ante investis adrogari poterat, & eam permisit cum hac lege, ut impuberi adrogato ex bonis adrogatoris omnino debeatur quarta pars: quod si quid fecerit adrogator, quo minus quarta pars obveniret adrogato, si quid fecerit dolo malo, id revocatur per actionem quasi Fabianam, *l. ult. ff. si quid in fraud. pat.* Quam das actionem Fabianam filio adoptivu, cur non das filio naturali adversus patrem, qui dolo malo alienavit, ut fraudaret filium legitima portione debita, tum natura, tum legibus? Nihil est, quod tam facile expediri possit. Et res est notatu dignissima. Primum hoc E invenio tantum datum impuberi adrogato, non puberi. Deinde animadverto patrem naturalem etiam dolo malo in fraudem filii firmo jure alienare bona sua, vel partem bonorum, non tantum quod sit ingenuus, & hominem ingenuum deceat liberam rerum suarum alienationem habere, sed etiam quod dolus malus patris naturalis neque vivi, neque mortui, non possit à filio honeste coargui. Nam exploratissimum est, honorem deberi parenti cum vivo, tum mortuo, & ut vivum non potest arguere doli mali, neque etiam mortuum, & per hoc revocare alienationem, quam ipse fecit, quasi factam dolo malo, *l. apud, §. adversus, de doli except.* at mortuum patrem adoptivum non debemus ea memoria colere, qua naturalem, ut nec possimus dolum ejus arguere proposita actione Fabiana, vel Calvisiana in id, quod pater adoptivus in necem nostram alienavit bona sua, ut nos privaret quarta Antoniana, cum nec vivo patri adoptivo eundem honorem exhibeamus, nisi quamdiu manet adoptio, & tum jure potestatis potius, quam debiti honoris, cum tamen emancipatus patrem naturalem colere debeat, perinde ac si in ejus familia permansisset, *l. adoptivum, de in jus voc.*



AD TITULUM VI.

DE OBSEQUIIS PATRONIS PRÆSTANDIS.

B EXPLICATURI sumus hodie tit. *6. 7. & 8.* Tit. *6.* qui est *de obsequiis patronis præstandis*, non eadem semper est ratio, vel conditio patronorum, & parentum, nam, ut dixi nudius tertius, patronis datur actio Fabiana, & Calvisiana, non datur etiam parentibus manumissoribus, *l. 2. si quis à parent. manumiss. &c.* Et quæ patronis debentur officia, id est, operæ officiales, etiam parentibus non debentur, nec si filius juraverit patri se eas præstiturum operas, *l. pen. de obseq. par. præst. les fils ne doivent aux peres des jurées*, id est, ne juratas quidem, quas promisit operas officiales patri, eas edere cogitur, quia pietatem ei debet, non officiales coronas, ut Tertullianus vocat, quas liberti gestabant, etiam patronos persequentes in conviviis, vel aliis hilaritatibus publicis. At obsequia, de qui- C bus agitur in hoc titulo, jure naturali æque debentur parentibus, ac patronis. Officia, sive operæ separantur ab obsequiis, *l. libertus, qui operam, D. de oper. lib. l. ult. si ingenuus esse dic.* & inde tituli diversi de operis, & de obsequiis. Fateor aliquando officia appellari obsequia, ut in *l. 6. sup. de oper. lib.* Et vere dicere possum, officia esse obsequia operarum. Obsequia autem esse pietatis officia, honoris, reverentiæ, verecundiæ, officia grati animi, & benevoli, quæ liberi parentibus, liberti patronis cujuscunque sexus debent, etiam tacentibus, non petentibus obsequia, cum tamen officia non debeantur, nisi parentibus, & indicentibus patronis, ut diximus in *tit. de oper. lib.* Ac præterea, ut constet magis differentia inter obsequia, & officia, officiorum, sive operarum ex edicto actio competit, *l. 1. de oper. libert.* Obsequiorum D autem nulla petitio est, quæ sit edicto prætoris proposita, sed in libertum, vel filium, qui contra obsequia debita fecit, est actio ingrati, de qua agitur in tit. seq. Item officia, sive operæ non debentur patroni heredibus extraneis, *l. liberti, sup. de oper. lib.* Liberis patroni debentur non exheredatis, quia & liberi patroni sunt patroni, *d. cum patronum, de jure patron.* Obsequia autem non tantum debentur liberis patroni, vel patronæ, sed etiam privignis, *l. penult. hoc tit.* & heredibus extraneis, *l. pen. tit. seq.* Qua in re rursum distant patres à patronis: Nam patribus solis debentur obsequia, non cæteris liberis, id est, fratribus, non heredibus patris, ut sit hæc tertia differentia inter patres, & patronos. In obsequiis autem quæ sint, exemplis demonstremus. In obsequiis hæc sunt, non facere injuriam parenti, vel patrono, non E facere convicium, non cervicem adversus eos erigere, ut ait *l. 2. tit. seq.* Græce [illegible], non agere cum iis actione famosa, id est, parcere pudori eorum, *l. 1. hoc tit.* quæ ducta est ex *l. 1. sup. si tut. non gess.* Et est de actione suspecti tutoris, quam constat esse famosam. Item non agere adversus patrem, vel patronum ulla actione, etiamsi ipso jure non sit famosa, si quam in se habeat atrocitatem verborum. Non agere igitur nisi leni, mitique judicio; non agere nisi modeste, & verbis compositis ad omnem reverentiam, in agendo non facere mentionem doli parentis, vel patroni, non fraudis, quoniam atrocia sunt nomina, non vis, non audaciæ, ut ait *l. 4. hoc tit.* non posse obiici patrono vim, & audaciam. Utroque nomine, atrocitas significatur, crimen: audacia in jure est vis,

l. si

l. si quis in tantam, unde vi, inf. & illo loco Ciceronis pro Cæcinna: *si tantum in agris, locisque desertis audacia potest*, id est, vis, de qua tota oratio est. Ad hæc nec ullo alio judicio licere agere sine venia prætoris cum parente, vel patrono, non temere, sine venia cum eo litigare, ut eleganter ait *l.4. hoc tit.* Quis te fecit idoneum ad litigandum? In servitute enim eras; non eras idoneus litigator, cum eo insolenter litigare indecens est, & contra obsequia, pietatemque debitam parentibus, & patronis. In obsequiis item hæc sunt, non damnare parentes, vel patronos, non exigere ultra facultates, non avare, neque acerbe ab iis exigere, quod debent, sed quatenus eorum facultates patiuntur, & ferunt. Non desiderare ab iis jusjurandum calumniæ, ne videantur ii, quibus debemus omnem cultum, & reverentiam, nobis esse suspecti calumniæ, qui etsi non indigeant bona existimatione nostra, eam tamen præstare, & exhibere eis debemus. Ea igitur honeste iis denegare non possumus, quin committamus contra obsequia iis debita, jusjurandum de calumnia ab iis exigere nefas est, *l. licet, de obseq. parent. vel patr. præst.* Non etiam ab iis exigere judicio sisti fidejussores locupletes, non fastidire quos offerunt, & respuere, sed qualicunque fidejussore, quem nobis offerunt nos contentos esse oportet, *l.1. in jus voc. ut eant, l.2. §. prætor, qui satisd. cogantur.* Postremo etiam non postulare, quod notandum est, restitutionem in integrum adversus ea quæ parentes, vel patroni nobiscum gesserunt, non revocare, & retractare, quoniam qui petit restitutionem in integrum adversus aliquem, tacite ei fraudem objicit, quam indignum est filium, aut libertum objicere parenti, aut patrono, *l. ult. qui & advers. quos restitut. in integr. pet. poss.* Et in summa obsequium, quod debetur parentibus, & patronis, est pietas, honor, cultus omnis, atque reverentia, non quodcunque ministerium; non omnia præstanda sunt iis personis, sed ut ait *l.5. & 6.* consuetum obsequium, legitimum, quæ erant verba solemnia in judiciis, non ministerium servile, aut vile. Breviter igitur hæ personæ nobis sunt omni genere pietatis, & obsequii observandæ, & reverendæ, non solum dum vivunt, sed etiam post mortem, id est, quod ait *l. liberto, de obseq. parent. vel patron. Liberto, & filio*, inquit, *semper persona patris, & patroni honesta, & sancta videri debet.* Sancta sunt nomina patris, & patroni. Colenda igitur religione multa. Quid est, quod ait *semper*? id est, tam vivi, quam mortui, ut indicat *l. apud, §. adversus, de dol. except.* ex qua emendanda est inscriptio *d. l. liberto*. Igitur non possum post mortem arguere dolum, aut vim parentis, aut patroni. Nam nec cuiquam honeste post mortem maledicitur, *non velletur*, ut ait ille, *barba mortuo Leoni*. Quæ fuit una lex Solonis, ut ne defunctis quisquam impune malediceret, multo magis patronis, & parentibus. Quæ præcepta omnia summe notanda sunt, & sufficiunt nobis: nam & continent pleraque, quæ possem dilatare dicendo, & locupletare multis auctoribus, sed esset perlongum, & quam partem de moribus sibi vindicant studiosi juris, eam aliena potius, quam sua prudentia fulcire.



AD TITULUM VII.

DE LIBERTIS, ET EORUM LIBERIS.

HIC tit. est etiam de obsequiis. Nam expositis obsequiis tit. 6. quæ debentur patronis, subjicitur in tit. 7. pœna, & ultio non præstitorum obsequiorum; Proponitur etiam hoc tit. actio ingrati, & impietatis (quæ primum locum habet in principes: est enim actio impietatis, sive ut Græci loquuntur, *ἀσεβείας* accusatio majestatis) in ingratum filium, vel libertum, vel donatarium. Nec citra hos in quemquam est actio impietatis, vel ingratitudinis. Proponitur, inquam, actio impietatis, vel ingratitudinis, quæ patrono datur adversus libertum, qui contra obsequia debita vel minimum peccavit, qua actione libertus rescissa manumissione retrahitur in servitutem, & exuitur libertate. Et est actio vetustissima recepta jure civili pop. Rom. & Atheniensium, & confirmata Hispalensis concilii 2. *can.8.* in libertinas personas, & Toletani concilii 4. *can.66. & conc. Tolet.6. c.10. & Novell. Leonis* 25. Inde apud Ambrosium de beata vita, *ita*, inquit, *libertatem accepisti, ut manumissoris tui meminisse debeas, ut patrono noveris legitimum obsequium esse deferendum, ne ab ingrato revocetur libertas.* Eadem etiam actio ingrati datur patri in liberos emancipatos, rescissa emancipatione, sed nonnisi ex magna, & gravi offensa *l. unic. inf. de ingrat. liber.* Et similiter actio ingrati est in donatarium ad rescindendam donationem, non ex causa qualibet, non ex levi offensa, sed ex his causis, quæ enumerantur in *l. ult. inf. de revoc. donat.* At in libertinos est actio ingrati etiam ex levi offensa, & causa ex *l.2. hoc tit.* Quia scilicet coercendi sunt magis, & continendi libertini homines, qui plerumque solent redire ad nequitiam ingenii servilis, *l. pen. hoc tit.* Hinc Plautus in Persa: *Ita pars libertinorum est: nisi patrono, qui adversatus est, nec satis liber sibi videtur, nec satis frugi, nec satis honestus: Ni id efficit, ni ei maledixit, ni grato ingratus repertus est.* Et notandum ex *l.1.* hanc actionem ingrati esse extraordinariam, nam eam actionem extra ordinem præberi ei, qui voluntate servo suo libertatem gratuitam dedit, non qui debitam restituit. Quo in loco velim deleatis verbum *voluntate*, & ita legatis, *actionem extraordinariam præberi ei, qui servo suo libertatem gratuitam dederit, non qui debitam restituit*: veluti ex causa fideicommissi, cui non debentur obsequia: ergo ei non potest dari actio ingrati. Cur autem dicis hanc actionem esse extraordinariam? Quia scilicet legibus, quod est jus ordinarium, nunquam fuit prodita ingrati actio, aut si qua, veluti ex *l. Ælia Sentia*, ut in *l. sciendum, de verb. signific.* nunquam de ingratitudine actum est jure ordinario, sed extraordinario. Denique actio ingrati est extraordinaria, quia legibus nunquam fuit prodita, aut si quæ est prodita, nunquam fuit in usu. Certe generalis actio ingrati in malemeritos nunquam legibus edita fuit, cui etiam vix omnia fora sufficerent. Esset tamen non inutile in universum introduci etiam actionem ingrati, cum ingratitudo inimicitiarum multarum est causa, quæ tacitæ, & occultæ majores fiunt, & pejores, quam si liceret eas palam excipere in foro, atque judiciis, ut disserit eleganter Themistius oratione 3. Celant odia occulta, nec manifesta faciunt in judicio, non ab ingratis vindictam jure, judicioque expetunt, quod tamen esset utilius, & sane qua in regione multæ sunt lites inter cives, ut in Gallia, quæ dicitur nutricula causidicorum, judicia leniunt, & mitigant iras: tum etiam, quod qui adsuescunt impune ingrati esse adversus quemcunque, paulatim etiam sensim sine sensu, quod abhorreo dicere, ingrati sunt adversus Deum omnipotentem. Quæ est sententia Xenophontis in adolescentia Cyri, lib. 1. Eum, qui adsueverit esse ingratus apud homines, paulatim erga Deum ipsum ingratum fieri. Non esset igitur inutile, & incivile omnibus patere ingrati actionem, causis evidentissime prolatis, & probatis. Verum ad rem: invenio in hoc titulo actionem ingrati in libertum dari non tantum patrono, sed etiam liberis patroni, qui & ipsi sunt patroni: & non tantum filiis, sed etiam extraneis heredibus, *l. pen. hoc tit.* quam male Accursius coangustat ad filios. Et rectius Placentinus accepit de omnibus heredibus, etiam extraneis, ut in libertos defuncti heredibus, si liberti eos offenderint, competat ingrati actio, qua eos libertos retrahant ad servitutem. Quod tamen scio displicuisse Valentiniano Imperatori Novella de libertis, & succession. qui scilicet voluit filios patroni, vel heredes extraneos, si qua contumelia affecti essent à liberto defuncti, cum liberto experiri jure communi, qui eos remisit ad jus ordinarium, veluti ad actionem injuriarum, quæ est ordinaria, nec voluit extraordinario judicio

aliis, quam patronis licere ex causa ingratitudinis revocare A libertum in servitutem, sed hoc displicuit Justiniano in *Novell.* 78. ex qua plane restat etiam heredibus patroni competere actionem extraordinariam. Titulus est de libertis, & eorum liberis, ut exponamus hanc partem ultimam *de liberis*: ad eam pertinet *l.2. hoc tit.* ut scilicet liberto ingrato redacto in servitutem, liberi postea ex eo suscepti patrem sequantur quod ad conditionem servilem attinet, *l.ult. hoc tit.* Quod prima specie novum, & mirum videtur, ut non tantum libertini ex causa ingrati possint revocari ad servitutem, sed etiam filii libertinorum post mortem patris, si & ipsi ingrati exstiterint adversus patronum paternum. Hoc ideo mirum est, quia filii libertinorum sunt ingenui, non libertini, sed tamen & hos teneri actione ingrati manifesto proditum est in *l.ult. hoc tit. & Novell.* 22. *&* B *in l.2. sup. de in jus vocando*, nec novum videri debet. Nam invenio etiam in *l.ult. sup. de bonis libert.* id est, in const. Græca Just. de jure patronat. filiis libertorum morientibus sine legitimis heredibus intestatis, quamvis sint ingenui, patronum paternum ab intestato eis succedere: nec alia ratio est, quam quod & ii suam ingenuitatem acceptam referre debeant patrono paterno. Igitur obsequium præstare debent ratione ingenuitatis: quod si non præstiterint, tenentur actione ingrati extraordinaria.



AD TITULUM VIII. C
DE JURE AUREORUM ANNULORUM, ET DE NATALIBUS RESTITUENDIS.

IDEO subjicitur tit.8. *de jur. aureorum annulorum & de natalibus restituendis*, quoniam non debent obsequia, & consequenter non tenentur actione ingrati liberti, qui natalibus restituti sunt à principe, quoniam his natalibus restituuntur, in quibus omnes homines fuerunt, ut ait *l.2. de natalib. restit.* nondum descripto jure naturali, vel civili, nondum agnita servitute, ac si nunquam servitutem serviissent. Denique ea natalium restitutio jus ingenuitatis restituit, & libertum omnimodo ingenuum facit, ut nec obsequia manumissori debeat, nec teneatur actione ingrati, *l.pen. de bonis libert. l.50. §.sed & si jus, de in jus voc.* Qua de cau- D sa princeps nunquam restituit natalibus libertinum hominem invito patrono, vel invito patroni filio, ne ei faciat injuriam. Restitutio enim natalium juris patronatus plenissima est abolitio, *l.2. l.pen. & ult. de nat. restit.* Non oportet beneficium principis pertinere ad alterius injuriam, *l.4. inf. de emancip. liber.* Trajanus apud Plin. *privilegium in injuriam privatorum à me dari non oportet*. Idcirco in restitutione natalium exigitur consensus patroni. Verum alia conditione est is, cui princeps dedit jus gestandi annuli aurei, id est, quem equitem Romanum fecit. Nam hic non solvitur obsequiis debitis patrono, & si contra ea deliqnerit, tenetur ingrati judicio, quia non fit ingenuus: imaginem potius, quam statum ingenuitatis præstat, *l.2. hoc tit.* quamdiu vivit libertus, qui jus annuli aurei impetravit, umbram tantum, E non statum ingenuitatis habet, non est vere ingenuus. Atque ideo non solvitur obsequiis debitis verecundiæ patronatus, ut observatur in *l.2. hoc tit.* Pessime vulgo in omnibus libris ita legitur, *aureorum usus annulorum beneficio principali tributus libertinitatir quoad vivunt, imaginem, non statum ingenuitatis præstat*, sed legend. *libertinis, l.1. inf. ad leg. Viselliam.*



AD TITULUM IX.
QUI ADMITTI AD BONORUM POSSESSIONEM POSSINT, ET INTRA QUOD TEMPUS.

HACTENUS diximus de successionibus libertinorum, & cæteris partibus juris patronatus, & nunc dicturus est de successionibus ingenuorum, qnod hæ vel jure prætorio obveniant, aut jure civili: incipit à jure prætorio, id est, à bonorum possessione: Prætorum enim est bonorum possessionem dare, juris civilis legitimam hereditatem dare: prætor bonorum possessorem facit, non heredem, possessorem, non dominum, sed quem facit heredem, vel bonorum possessorem, in omnibus causis habetur pro domino, vel pro herede, *l.2. de bonorum possess. l. prætor, de regul. juris, l. cum emancipatus, in principio, de bonorum possess. contra tabulas*. Ac proinde effectu bonorum possessor similis est heredi, *l. vel similem, de alienat. jud. mutandi causa*. Bonorum possessio est similis hereditati in re ipsa, in jure est aliqua differentia. Imo multæ, & singulæ differentiæ inter jus prætorium, & civile, quod attinet ad successionem suis locis declarabuntur. Et, ut definit Ulpianus, Bonorum possessio est jus persequendi, & retinendi patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moritur fuit. Jus persequendi, id est, formula, auctoritas, sive titulus, quo nanciscimur actiones hereditarias, & petitionem hereditatis, & interdictum quorum bonorum, & tanquam heredes omnia jura, quæ heredibus competunt, *l. facta, §. si in danda, & §. seq. ad Trebell.* Si inquit, petierit bonorum possessionem, & ita nactus sit actiones, quas quidem actiones Ulp. *lib. reg.* fictitias appellat, quod in eis bonorum possessores fingantur esse heredes, & heredum jure censeaotur: Frequentius dicuntur possessoriæ actiones, *l.1. de possess. hereditatis petit. l. ideoque, de Carbon. ed. l. pen. de bon. lib. d. l. cum emancipatus*. Et additur, *jus retinendi*, quo verbo proprie significatur possessio, hereditas, ut ait M.Tull. *in Top. non est, quæ possessione retenta est*. Quod proculdubio dicit ad differentiam bonorum possessionis. Bonorum possessio est hereditas possessione retenta, id est, jus obtinendæ, & retinendæ hereditatis, quod indulget prætor postulantibus, meliore conditione, quam lex faciat heredibus jus succedendi in universum jus defuncti, & suscipiendi ejus rei omne commodum, & incommodum, in vicem, locumque defuncti, ad quem etiam non minus accedit bonorum possessor, quam heres, ac proinde in omnibus fingitur defuncti loco. Addit Ulp. *patrimonii*, quod est pecuniæ, sive rei, ut in *l.* Falcidia, *quam pecuniam, quasque res*, non alia ratione, ut mittam, quæ leguntur in glossematibus, quam quod rei latior sit appellatio, quam patrimonii, vel pecuniæ, *l.5. & 23. de verb. sign.* Res est genus, pecunia species. Res pecuoia, quæ dicebatur olim simul pecunia, & pecuaria res uno eodemque sensu. Alia res est in pecunia, alia in nominibus, alia in juribus. Ex iis satis credo, vos percipere quid sit bonorum possessio, pergamus ad alia. Hic titulus duo pollicetur. Primum, qui admitti possunt ad bonorum possessionem. Secundum, intra quæ tempora admittantur. De primo primum videamus. Certissimum est ex testamento ad bonor. possess. secundum tabulas admitti heredes scriptos, & liberos præteritos ad bonor. possess. contra tabulas; ab intestato autem admitti ad bonor. possessionem unde liberi, vel unde legitimi, vel unde cognati, vel unde vir, & uxor. Ex his capitibus proximiores ex agnatis, vel cognatis, & ad extremum conjuges, & his omnibus deficientibus, ll. caducariis bona transire in fiscum. Hæc sunt expeditissima: quæ sunt difficiliora tractemus, & ea quidem solum, quæ in hoc titulo proponuntur, ut solemus semper fines eosdem præscribere, quos præscripserunt auctores. Disces ex

l.1.

l.1. hoc tit. ad bonorum possessionem delatam filiofamilias vel secundum tabulas, vel unde legitimi, filiumfamil. admitti etiam igooraote patre, id est, recte à filiofamil. peti bonorum possessionem sibi oelatam, etiam ignorante patre, & emolumentum bonorum possessionis deinde adquirere patri, si petitionem ratam habuerit, *l.6. de acquir. hered. l.ult. quis ord. in bon. poss. servetur.* Qua in re differentia est inter jus prætorium, & civile, & inter jus novum, & vetus. Jure prætorio ratihabitio patris sufficit in acquirenda possessione bonorum, vel ratihabitio cujuscunque, cui absenti, vel ignoranti fuerit petita, dataque bonorum possessio, *l.3. §. acquirere, de bonorum possess. l.servo, §.1. ad Senatusc. Trebell. l.7. & pen. rem rat. hab.* Quia prætor ratihabitionem comparat jussui, & mandato, nec scrupulosius jussum, quod præcedat exigit, & ratihabitione contentus est. Jure autem civili jussum patris præcedere oportet in adquirenda hereditate, *l.si quis mihi bona, §.jussum, ff. de adquir.hered.* Nec alia differentiæ ratio est inter jus civile, & prætorium, quam quod jus prætorium benignius sit jure civili: jus prætorium est mite, & moderatum: Jus civile asperum & directum. Rigor juris nullus est in jure prætorio, sed est omnis in civili, & scrupulositas, diligentia, solemnitasque nimia. Quod si filiofamil. ignorante patre, sibi delatam possessionem bonorum petierit, & non sequatur ratihabitio patris (ut ostendam hac io re, quæ sit differentia inter jus vetus, & novum) jure veteri est inutilis bonorum possessionis petitio, quam postea ratam non habuerit pater, *l.ult. §.pen. D.quis ordo in bonor. possess. serv.* Jure autem novo est utilis, & proficit filio pleno jure, ut nec eorum bonorum, quorum possessionem filiusfamilias accepit, ususfructus pertineat ad patrem ex constitutione Jusliniani, in *l.ult. §.1. inf. de bon. quæ liber.* Additur in *l.1.hoc tit.* bonorum possessionem delatam filiofamil. amitti, si omittatur, id est, si non petatur intra constituta tempora. Et vero tempora notanda sunt ex *l.ult. quis ordo in bonor. possess. servet.* cedere, & currere ab eo die, quo filiusfamil. sciverit sibi delatam bonor. poss. & certiorare patrem potuit. Igitur ex quo die patrem certiorare potuit, si non petat bonorum possessionem intra constituta tempora, uterque, scilicet pater, & filius amittit commodum bonorum possessionis. Nam scientia filii, atque negligentia patri ignoranti nocet, quia filius est principalis persona, cui defertur bonorum possessio, scientia principalis personæ ei nocet, & cuilibet alii, *l.2. de fug.* Contra scientia patris, in hac specie, ignoranti filio non nocet, cum filius sit principalis persona, cui successio delata est, *l.3. quis ordo in bon. &c.* Quod summe notandum est. Vel etiam, si filius ex die, quo potuit certiorare patrem ante tempora constituta, petat bonorum possessionem, nihil agit, nisi etiam intra ea tempora pater eam petitionem fecerit ratam, *d.l.ult.* Et retro, si filius, antequam potuerit certiorare patrem, non petat bonorum possessionem, nihil amittit, vel si petat, nihil acquirit jure veteri, ratum non habente patre. Jure autem novo sibi adquirit, sicuti si ex quo die potuerit certiorare patrem, petat bonorum possessionem sibi delatam, jure veteri nihil adquirit, ratum non habente patre: jure novo sibi adquirit. Atque ita videmus quantum in specie *l.1.* distet jus prætorium à civili, & jus vetus à novo. Addamus de iis, qui admitti ad bonorum possessionem possint, infantis nomine admitti bonorum possessionem, quæ infanti delata est, aut delata intelligitor ex *l.3. bujus tit.* & posse admitti bonorum possessionem infantis nomine, non tantum à tutore, vel patre, sed etiam à quolibet. Nam nihil est, quod facilius impetretur à prætore, quam bonorum possessio, quæ plerunque titulum tantum, & colorem adfert agere volenti, non rem. Non omnis bonorum possessio est cum re, id est, frequentissime est tantum titulo tenus bonorum possessio, quod in hoc tractatu sæpissime demonstravi. Et ita quilibet recte petit bonorum possessionem absentis, & ignorantis nomine, si modo judex non ignoret quid agatur, si non ignoret absentem, vel ignarum esse eum, cujos nomine petitur bonorum possessio, & nihilominus tamen eam dat petenti, *l.7. de bon. poss.* Si igitur cum infans ipse sibi non possit petere bonorum possessionem, cum fari non possit, tamen totor, vel pater, vel quilibet ejus nomine recte petet bonorum possessionem: & si moriatur infans postea, dicemus recte bonorum possessionem competere, ut ait *l.3.* Quo verbo semper in jure significatur recte transmitti in heredem infantis bonorum possessionem, vel competere actionem, & in hac causa rem esse, ut moriente eo, cujus nomine data est ea possessio, vel actio transferatur in heredem, & competat heredi ejus, *l.9. §.ult. & l.10. ff.de tut. & rat. distrah.* Et hæc etiam de infante confirmantur *l.7. §.pen. de bonor. possess. l. 1. de bon. poss. infanti, l.2. §.sed si infanti, ad S. C. Tertyll. & l.si infanti, inf. de jure delib. & l.2. inf. tit.* 12. Restat adhuc, quod proditum est de pupillo, qui excessit infantiam. Pupillus major infante admittitur ad bonorum possessionem petendam, vel agnoscendam cum auctoritate tutoris, vel sine tutore, auctoritate judicis scientis, nec ignorantis ejus ætatem, qui petit bonorum possessionem non adhibito tutore, & rursus vides quam facilis sit impetratio bonorum possessionis, cum pupillo detur sine auctoritate tutoris sciente judice. Tutor etiam recte admittitur ad bonorum possessionem petendam pupilli nomine, *l.7. hoc tit.* Pater autem non admittirur ad petendam bonorum possessionem filii soi impuberis nomine, nisi ex consensu filii, qui major est infante, *d.l.1. inf. de bon. possess. inf.an. compet. l. 13. qui heres, de acquir. hered.* Et hac in re rursus observanda est differentia inter bonorum possessionem, & hereditatem: inter jus prætorium, & civile: nam ut dixi, tutor potest petere bonorum possessionem pupilli nomine, *l.7. hoc tit.* non potest adire hereditatem nomine pupilli, *l.potuit, inf. de jur. delib. l.servo invito, §.si pupillo, ad SC. Trebell.* quia aditio hereditatis est actus legitimus, & nullus actus legitimus peragitur per alium: cæterum bonorum possessionem licet admittere, & adquirere per alium, qui eam petierit nobis absentibus, sine consensu nostro, puta per tutorem, per amicum voluntarium. Et quod attinet ad tempus, intra quod admittenda est bonorum possessio, vel petenda, nemo est, qui nesciat, edicto prætoris ad petendam bonorum possessionem, agnoscendam, admitteodam, constitutos dies ceotum utiles, nisi ii, quibus delata est bonorum possessio, morte alterius sint ex liberis, vel parentibus. Iis enim datur largius tempus, nempe annus utilis, qui constat 365. diebus utilibus, quibus prætorem, vel præsidem adire est. Gallice *jours de plaiderie, l.2. 4. & 5. hoc tit.* Qua in re etiam est differentia inter jus civile, & prætorium. Nam jus adeundæ hereditatis non circumscribitur tempore, sed est perpetuum, ut Græci notant in *l.4. hoc tit.* Nisi ipse testator aditioni, vel cretioni certum præscripserit tempus, ut solebat olim fieri, *intra centum dies cernito*, vel nisi judex aditioni præstituerit certum tempus urgentibus creditoribus, vel filio exheredato. Alioquin jus adeundæ hereditatis perpetuum est, petitio hereditatis perpetua est, id est, non tollitur, nisi præscriptione triginta annorum, *l.hereditatis, sup. de petit. her. l. pen. inf. in quibus casib. ces. præscrip. longi temp.* Dies autem utiles, qui servantur in bonor. possessione, sunt, ut jam attigi, quando is, cui delata est bonorum possessio morte alterius, sibi delatam sciverit, potueritque sibi bonorum possessionem admittere, & petere. Continui dies cedunt etiam ignoranti semper in jure, *l.genero 8. D. de his, qui notan. infam.* utiles dies non cedunt ignoranti, quandoquidem sunt dies, quibus scierit, poteritque, ut in cretionibus, etiamsi addi solebat. In hac causa igitur dies petendæ bonorum possessionis non cedunt ignoranti mortem cognati sui, non cedunt ignoranti se heredem scriptum esse, vel ignoranti tenorem testamenti, ignoranti jus necessitudinis, sive cognationis sibi cum defuncto fuisse. Denique non cedunt ignoranti factum, *l.5. hoc tit.* Nam ignoranti jus ceduot tempora etiam

mu-

mulieri, ut puta, si sit soror defuncti, & putet in successione amitam defuncti fratris sorori praeferri, atque ita sinat abire diem petendae possessionis bonorum, tempore excluditur, *l. 6. hoc tit.* Et generaliter in lucro juris ignorantia mulieri non prodest, maxime si Jurisconsulti habuerit copiam, *l. 8. de juris, & facti ignor. l. ult. sup. qui pet. tut.* Imo nec rustico temere profuerit in lucro juris ignorantia, si Jurisconsultorum copiam habuerit. Scio quod Poeta ait Odys. 9. ἀγρίον ἄτε δίκας εὖ εἰδότα, ἄτε θέμιστας. Sed tamen in lucro vix ulli unquam subvenitur, qui contempserit Jurisconsultum, nec consuluerit de jure suo cum liceret. Et hic commodissime explicabitur *l. penult. hoc tit.* quae nescio an adhuc sit bene, & liquido explicata. Primum, monebo in Basilicis, & in κατὰ πόδας, duos adsero testes, non ita esse perscriptam *l. penult.* ut perscripta est vulgo. Illi sic se habent, si per rusticitatem, vel ignorantiam, vel aliam quamlibet rationem, praetermissis illis verbis, aut sane nunquam cognitis, *facti vel absentiam*, ἐὰν ἀγροικίαν ἢ ἀγνοίαν ἢ οἵαν δή τινα πρόφασιν, & ita ignorantiam accipio pro inscitia juris. Nam ita vult *lex penult.* nullum excludi commodo bonorum possessionis sibi morte alterius delatae, ob id solum, quod eam bonorum possessionem intra tempora constituta solemniter à praetore non petierit, modo si eam agnoverit qualiter qualiter intra tempora. Jus tamen ita est, quod diu obtinuit, ut peti debeat bonorum possessio à praeside, vel à praetore solemnibus verbis, & dari aeque solemniter in jure, vel de plano, nisi sit decretalis bonorum possessio, quae tantum pro tribunali datur. Igitur jure veteri necessaria est petitio, datioque bonorum possessionis solemnis, conceptave solemniter, & verbis, ut loquuntur formalibus, id est, typicis. Nunc si quis rusticus, ut vult *lex penult.* vel si quis alius juris ignarus, vel qua alia ratione praepeditus, non ita solemniter petierit possessionem bonorum intra tempora, an ideo amittet commodum bonorum possessionum? Minime vero, si modo eam agnoverit, & admiserit postea. Omissio solemnitatis, omissio petitionis nihil nocet. Et haec est sententia *leg. penult.* quae est Constant. & refertur etiam in *l. penult. §. eos itaque, sup. de cur. fur.* Et idem Constantinus in *l. ult. hoc tit.* addit, qualemcumque testationem sufficere ad adquirendam bonorum possessionem amplectendae hereditatis causa factam apud praesidem, vel magistratum municipalem, intra tempora constituta, & eam testationem cedere pro solemni petitione: In quo duo sunt nova, ut nihil obsit omissio petitionis amplectenti bonorum possess. Deinde, ut testatio fieri possit apud Magistratum municipalem. Namque olim non potuit à magistratu municipali peti, vel dari bonorum possessio, quoniam magistratus municipalis non habet ea, quae sunt mixti imperii, *l. ea, quae, ad municipal.* & datio possessionis bonorum est mixti imperii, *l. imperium, de jurisd. om. jud.* Denique dare bonorum possessionem praetoriam, vel jurisdictionalem, non est magistratus municipalis. Ac praeterea, quod etiam novum est, ut ita tria introducat nova *l. ult.* praematura testatio sequentis gradus cognati, id est, quae fiat nondum praeteritis diebus datis proximiori cognato, quae fiat intra tempus datum proximiori cognato, eo postea proximiore cognato repudiante, vel omittente bonor. possess. valet testatio, quam fecit sequentis gradus cognatus praemature, perinde ac si suis esset usus curriculis. Nam ita legendum est in *l. ult.* praematura testatio, & agnitio bonorum possessionis, quae fit intra fines, diesve datos proximiori, perinde effectum habet, ac si suis fuisset usa curriculis. Quod non obtinuit olim. Nam intra dies quibus possum petere bonorum possessionem, non admittebatur sequens ad bonorum possessionem, *l. si filius, §. cum filius, de bon. lib.* Hoc igitur valde notandum, praematuras agnitiones, vel adquisitiones admitti. Sunt hae duae *const. pen. & ult. Constantini.* Sed post Constantinum plus est, quod adjecerunt Theodosius, & Valentinianus Imperatores, ut etiam citra testationem illam possit admitti, & adquiri bonorum possessio quocunque indicio, ut jam, quae introducitur in *l. ult.* loco solemnis petitionis testatio non sit necessaria, cum sufficiat qualecunque indicium. Ita Theodosius, & Honor. Impp. in *l. 1. C. Theod. de cretione, vel bon. poss.* ad bonorum possessionem sufficere qualecunque indicium; quod & Justinian. probat in *§. ult. de bon. poss.* & hoc jure utimur, *c'est assez de faire quelque acte d'heritier.*



AD TITULUM X.

QUANDO NON PETENTIUM PARTES PETENTIBUS ADCRESCANT.

SEQUITUR titulus 10. *quando non petentium, &c.* sub quo tantum est una constitutio, ad cujus interpretationem haec adnotare satis erit. Ex pluribus personis ejusdem juris, vel gradus, quibus bonorum possessio defertur, si qui intra id tempus, quod dedit *tit. superiori* ad petendam bonorum possessionem, non eam petant, vel non admittant, *in hoc tit.* docet portiones eorum adcrescere iis, qui bonorum possessionem petierunt, vel admiserunt, *ut in specie constitutionis hujus tit.* Si intestato defuncto plures sunt filii emancipati, quos lex ad hereditatem patris non vocat, praetor tamen iis pollicetur bonorum possessionem unde liberi, uno ex eis bonorum possessionem non petente intra id tempus, quod finivit titul. qui praecessit, caeteris, qui petierunt adcrescit illius portio. Et hac in re consentit jus civile cum praetorio. Nam ut est in hereditate jus adcrescendi tam legitima, quam testamentaria, *l. si ex pluribus, & de suis, & legit. hered. l. qui ex duabus, §. ult. de adquir. hered.* Ita etiam in bonorum possessione locum habet jus adcrescendi inter eos, qui eodem jure ad eandem successionem invitantur praetoris beneficio, quod ostendit haec constitutio, *& l. 3. §. ult. & l. 4. & 5. de bon. poss. & §. cum igitur, Instit. de bonor. possess. l. 2. §. pro qua quisque parte, D. de bonor. poss. secund. tab.* Et introductum quidem primum est jus adcrescendi in hereditate, non novo quidem jure, sed antiquissimo jure civili, quod in ipsis initiis describendi juris civilis, non minus fuit absurdum, quam hodie unius hominis unam hereditatem scindere, & partem amplecti, & partem repudiare, qua ratione utitur *lex unica, §. his ita definitis, inf. de cad. toll. l. 7. & 12. §. ex testamento, de bonis lib.* Absurdum est quod nusquam convenit, & nusquam convenisse verosimilius est: ac proinde antiquissimum esse hoc jus, ut coheredis portio vacans coheredi adcrescat, & ut eam, quam amplexus est, non possit habere, nisi & deficientem partem amplectatur. Quo genere fit, ut qui semel adiit, licet non possit repudiare, tamen deficiente coherede, dum non vult amplecti partem coheredis deficientis, vel possit abstinere à toto, & idem ipsum respuere, quod est semel amplexus, *l. cum hereditate, de acquir. hered.* secundum id, quod evenit saepe, ut quod ego non possum, alius interveniens faciat ut possim, & quam ire non possum viam patefaciat alius. Ab hereditate autem statim exemplum pervenit ad legatum, ut eleganter ait Paulus *lib. 52. Sent.* ut scilicet legatarius non possit scindere legatum, & legati sibi adscripti partem amplecti, partem repudiare, vel partem sibi adscriptam amplecti, & adcrescentem repudiare. Et ita etiam ab hereditate exemplum pervenit ad bonor. possess. Stultum est quod dicunt originem adcrescendi manere ex *l.* Julia, & Papia *i.* ex *ll.* Cad. quae id potius agebant, ut abolito jure adcrescendi, in ejus locum succederet jus caduci. Et quod ait *l. 5. de vulg. & pupil. subst. per leg. adcrescere l.* Juliam, scilicet, & Papiam, ad quam pertinet *d. l. 5.* ut docet inscriptio, non hoc significat auctoritate *l.* Juliae, & Papiae inductum jus adcrescendi inter coheredes, sed sine impedimento *l.* Juliae, & Papiae, quae plus nimio favet fisco, quandoque heredibus servari jus adcrescendi, veluti liberis, aut parentibus.

tibus. Nam *l.* Jul. & Papia iis personis erubuit adimere jus adcrescendi, quod ademit cæteris augendi ærarii causa. Et *d.l.5.* loquitur tantum de liberis, & parentibus, non de aliis heredibus, quibus per legem non licet uti antiquo jure adcrescendi. Posui speciem ad constitutionem hujus tit. in filio emancipato, ut explicarem hæc verba, quæ sunt in ea constitutione, *cessante legit. success. &c.* Quia liberi emancipati non sunt legitimi successores, *§. emancip. Instit. de hered. quæ ab intest. def. l. sed cum patrono, §. 1. de bon. possef.* Quia lex tantummodo novit agnatos, & emancipatione tollitur agnatio. At prætor etiam novit cognatos, & emancipatione non tollitur cognatio. Jus naturale tolli non potest, cujus sunt cognationes. Jus civile, cujus sunt agnationes, alio jure tollitur. Igitur constitutio hujus tit. est de filiis non habentibus jus legitimum, puta capite deminutis, sive emancipatis, quibus tamen prætor defert bonorum possessionem. Et non potest, quod tentat multis verbis Accursius, poni species in matre, cui liberi succedunt, quia matri liberi sunt legitimi successores ex S. C. Orfit. licet cognati, non agnati sint. Quia heredes facit non tantum lex, sed etiam SC. & constitutio principis. Solus prætor is est, qui non facit heredem, sed bonor. possessor. qui dominum non facit, sed possessorem tantum. Nam & eum, quem jubet ex decreto secundo bona possidere debitoris, vel ejus, qui cautionem prætoriam cavere detrectat, non facit dominum, sed possessorem tantum, ut usucapione opus sit ei, qui possidere jussus est ad dominium adquirendum, & quoties legitus, Prætorem facere dominum, id semper accipiendum est ita, ut dominus accipiatur in iis locis pro possessore, quod prætor soleat possessorem, quem fecit, tueri pro domino, quamquam duplex sit dominium, imo multiplex, dominium proprietatis, dominium possessionis, dominium ususfructus. Et quæso cur in *l. si procurat. de acq. rer. dom.* ait dominium, id est, proprietas, ne scilicet, quis intelligeret possessionem. Ac præterea etiam posui speciem ad constitutionem *hoc tit.* in iis, qui intra tempora constituta non petunt, vel admittunt bonorum possef. quoniam constitutio ait, *omittentibus:* Et omittere in jure est semper non petere intra tempus, sive beneficio prætoris finito tempore excludi bonorum possessione, commodo hereditatis finito tempore cretionis, aut tempore ad deliberandum, & consultandum à judice dato, *l. quod si minor, §. Scæv. l. aux. de min. l. 1. §. ult. ut in poss. legat. nomine, &c.* Hæc est sincera interpretatio constitutionis hujus tit. Sed expediendæ nobis sunt quæstiones ab Accursio propositæ in hanc constitutionem. Duæ sunt glossæ magnæ, priorem jam circumscripsi, eo solum retento, & admisso, ut species ad constitutionem ponatur in filiis non habentibus jus legitimum, veluti emancipatis. Nec infeliciter tractantur ea, quæ agitat de successione matris, quam constat esse legitimam. Primum quærit Accursius, an non petentium bonor. possef. partes adcrescant petentibus ipso jure, sine nova agnitione, aut petitione bonorum possessionis. Et ita distinguit: aut eodem jure vocantur plures ad bonorum possef. aut diverso. Pessima distinctio est: pessimum, quia nusquam invenietis jus adcrescendi esse inter alios, quam inter eos, qui eodem jure innitantur, *l. sive, §. duob. de jure patr.* non inter eos, qui diverso jure innituntur. Cur igitur distinctioni misces eos, inter quos non est adcrescendi jus, tractans de jure adcrescendi, an obveniat sine agnitione, vel petitione nova tacito jure, & intellectu? Et omnino ita est si plures eodem jure vocentur, ut si sint plures filii, quorum alii admittant bonorum possessionem, alii non admittant; iis, qui admiserunt portio, quæ cæteris competeret, si admisissent, bonorum poss. adcrescit ipso jure, & tacito sensu, *l. servus communis, de acquir. hered. l. 2. §. si duo, de bon. pos. secund. tab.* & si objiciatur *l. si ita scriptum, §. 1. eod. tit.* non posses ad eum locum luculentius respondere, quam fecit idem Accursius, ad quem te remitto. Parum enim est, & pene recitatu indignum, quod efficere conantur

A ex illo loco, ut non adcrescat ipso jure iis, quibus accrescit portio vacans. Si autem diverso jure duo, pluresve vocentur in bona alterius demortui, ut sit heres scriptus testamento liberti, cui defertur bonorum possessio secundum tabulas, & patronus præteritus, cui defertur bonorum possessio contra tabulas, *l. 6. D. de bonor. possef.* in portionem legitimam, id est, in trientem, procuLdubio est inter eos non posse versari jus adcrescendi. Sed non petente herede scripto bon. possef. secundum tabul. patronus, qui petiit jam bon. poss. contra tabul. in trientem, potest denuo nominatim ejus quoque partis, quam heres scriptus amplecti noluit, bonor. possef. petere, & per hoc habebit partem, quam habuisset heres scriptus, si petiisset bon. poss. non per jus adcrescendi, sed per beneficium prætoris, non jure adcrescendi,
B sed jure possessionis novæ, qui & præmature petierat priorem bonorum possessionem, nimirum herede scripto deliberante. Nam bonorum possessio contra tabulas patrono præterito, cum re, cum effectu non datur, antequam heres scriptus exstiterit, id est, hereditatem adquisierit, *l. illud, in princ. de bonor. poss. contra tab. l. 3. §. ut patronus, de bon. libert.* Qua in re est differentia inter bonorum possessionem contra tabulas, quæ patrono præterito datur, & bon. poss. contra tab. quæ filio præterito datur. Nam hæc datur contra lignum, contra ipsas tab. testamenti ligneas, vel alterius materiæ, *l. quod vulgo, de bon. poss. contr. tab.* Etiamsi nondum heres scriptus adierit hereditatem, aut se pro herede gesserit. Denique datur filio præterito contra lignum, non contra heredes: Nam etsi necdum heres scriptus heres exstiterit,
C datur. At quæ competit patrono præterito, cum re non datur, nisi contra heredes, qui adquisierint hereditatem. Igitur deliberante herede scripto, si patronus occupaverit postea bonorum possef. contra tab. cum nondum nullus exstaret heres testamentarius, petitio esset sine re: adeo ut postea herede scripto repudiante necesse sit denuo patrono petere bonor. poss. totius assis, non concurrente herede scripto: Sed ita totum obtinet beneficio prætoris, vel bonor. poss. non jure adcrescendi: nam jus adcrescendi ipso jure procedit, nec auxilium desiderat novum, quæ est sententia *l. sed cum patrono, de bon. poss.* Sine distinctione igitur concludamus, coheredibus, vel bon. poss. ad exemplum heredum adcrescere ipso jure sine aditione, vel petitione nova, quod fingantur ab initio ex asse heredes, aut bonorum possessores esse.
D Idem Accursius postea, dum quærit an invito adcrescat, non animadvertit, se id, quod jam antea expediverat, in dubium revocare: Nam si ipso jure adcrescat, invito igitur adcrescit, ut suus heres ipso jure existit sine aditione, *l. in suis, de suis, & legit. hered. l. 7. de inoff. test. l. pen. §. pen. de bon. lib.* Et invitus igitur, & ignorans heres existit, *§. suis autem, de hered. quæ ab intest.* Adeo ut etiam sui heredes existant furiosi, & infantes, & peregrinati, ut est legendum *4. Sent.* Pauli in collat. illa veteri *ll. popul. Jud. & ll. pop. Rom.* Sicut alias docui etiam in *§. ult. Inst. de hered. quæ ab inst.* esse legendum, posse etiam ignotos heredes scribi, id est, quos nunquam vidimus, veluti peregri natos, ut veteres loquebantur, quod in Theoph. est *ἐπὶ ξένης* [illegible]. Et ad eundem modum, si ipso jure adcrescit sine petitione nova bon.
E poss. & invito igitur adcrescit. Denique qui illud, & hoc etiam dicit, & præcipit: oportet semper explorare quas proponimus quæstiones, & etiam atque etiam videre, quemadmodum simus eas expositori, ne de eadem bis mutatis verbis inquiramus frustra. Et elegantissime Aristoteles tertio Metaphysic. non minus esse difficile proponere quæstionem aliquam, quam illam recte expedire, & pertingere. Et multi sunt loci, in quibus dicitur invitis adcrescere, quod nihil aliud est, quam ipso jure adcrescere, *l. un. §. his ita definitis, de cad. coll. l. si quis heres institutus, l. qui ex duobus, §. ult. ff. de acquir. hered.* Quod in heredibus, & in aliis successoribus, qui similes sunt heredibus est indistincte verum. Quia semper, quod notandum est, universi juris successores, potesta-

te

ae juris re conjuncti esse censentur, licet forte testator eos separaverit separata oratione, & aliis, atque aliis adscriptis partibus, id est, non ideo minus linguli intelliguntur vocati in assem, ut scilicet nonnisi concursu facerent portiones sibi adscriptas, quia unius personæ, id est, deluncti, uniusque hereditatis vicem sustinent, ut eam non possint scindere, oisi absurde, & inconvenienter. Et hac io re est differentia inter jus adcrescendi, & jus substitutionis. Nam jus substitutionis non obvenit invito. Jus adcrescendi obvenit invito, & coheredi coheredis substitutio: exsistente casu substitutionis portio deficiens coheredi obvenit magis jure adcrescendi, quam substitutionis, licet substitutus sit in portionem coheredis, ut constat ex *l. pen. de injust. rupt. & irrit.* Et hinc fit ut portio coheredis coheredi substituto obveniat invito, & sine aditione nova, d. *l. si quis heres institutus, & l. testam. inf. de impub. & aliis substit.* Certum est igitur invito obvenire jus adcrescendi, aut quasi accrescendi. Nec offendor *l. si minor, de acquir. heredit.* quæ ponit duos fuisse coheredes, & unum ex iis fuisse minorem 25. annis, & utrumque adiisse hereditatem pro sua parte, mox minorem, qui adierat pro sua parte se abstinuisse beneficio restitutionis in integrum. Unde quæritur, an portio ejus accrescat coheredi, vel obveniat invito? Et lex ait non obvenire invito ex constitutione Severi. Ergo inquies jus adcrescendi non obvenire invitu? Sed dices non esse proprie jus adcrescendi. Nam certa definitio hæc est, portionem non adquisitam adcrescere adquilitæ, & portionem non petitam adcrescere petitæ: semel autem adquisita portio non accrescit consorti, sive collegæ portioni adquisitæ, excepto usufructu, *l. 1. §. interdum, de usuf. adcresc. l. aquam, §. ult. quemadm. ser. amit.* At portionem suam jam semel minor adquisiverat. Igitur non proprie ea defertur restituto in integrum minore substituto ejus jure adcrescendi, quia adquisitione perimitur jus adcrescendi, & quicunque concurrit semel, etiamsi postea concurrere desinat, non ideo facit, ut portio ejus obveniat invito. Quæ est ratio Novellæ primæ Just. Si heres, qui adiit, non exequatur voluntatem defuncti, portio ejus adcrescit coheredi volenti, non invito. Nec enim proprie adcrescit portio, quam coheres adquisiverat jam, & quæ nunc ei eripitur ob contumaciam, inobedientiam. Non offendor etiam *l. si solus, §. ult. de acq. hered.* Finge: servus Titii heres scriptus est ex parte pure, & ex parte sub conditione, dato coherede in reliquam partem hereditatis: Idem servus ex pura institutione adiit jussu domini, nec mutavit dominum. Et cum igitur esset in ejusdem domini potestate, exstitit conditio institutionis conditionalis. An portio illa conditionalis existente conditione obvenit ipso jure statim domino ejus, qui jam adquisierat sibi commodum puræ institutionis? Minime, inquit, quia adeundum est etiam jussu domini ex conditionali institutione. Ergo non adcrescit invito, non ipso jure, quia nova aditione opus est. Nihil est, quod tam facile expediri possit. Non adcrescit invito, fateor: sed non adcrescit etiam volenti sine nova aditione. Et ne huic definitioni *l. si solus* videatur obstare *l. si quis heres institutus*, observandum, aliam proponi speciem in *d. l. si quis heres*, nempe unum, eundemque fuisse institutum ex parte, & substitutum coheredi, & exstitisse casum substitutionis: Et ideo d. l. ait portionem coheredis ei invito adcrescere sine aditione nova. Quia scilicet, ut ait l. substitutio illa est appendix substitutionis, id est, magis est accrementum, quam substitutio, quia & hac omissa substitut. portio coheredis ei obveniret jure adcrescendi: obveniet igitur invito, & magis jure accrescendi, quam substitutionis, ut etiam ait *l. penult. de injust. rupt. & irrit.* At cum est substitutus ex parte pure, & ex parte sub conditione, conditionalis substitutio non est appendix puræ substitutionis. Et ideo nova aditione opus est. Quoniam omissa conditionali institutione, ut posui, ea pars, quæ relicta est sub conditione, non ei obveniret, & accresceret soli, sed utrique heredi, ut non possit censeri appendicula esse puræ institut. Et postremo quærit Accurs. pro qua parte adcrescat, & respondet pro rata ejus, quod eis competit, quod male probat ex *l. 1. infra, de impub. & aliis substit.* quæ non loquitur de jure adcresc. Sed probare id posses ex *l. si ita 66. de hered. inst. & l. Mævio, de leg. 2.* Nec te offendere debet, quod constitutio *de cad. toll.* ait adcrescere pro virili portione. Nam, & virilis portio significat ratam, & rationalem, sive æqualem, sive inæqualem, *l. 1. inf. unde liberi, & §. ult. Instit. de inoff. test.*



AD TITULUM XI.

DE BONORUM POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS.

DOCUIT qui admitti possint ad bonorum poss. quæ prætoria, vel honoraria hereditas dici potest: & intra quæ tempora: & non petentium partes quibus adcrescant, atque accedant. Quo præmisso, bonorum possessionis species omnes exequi parat. Et cum alia ex testamento competat, alia ab intestato, ab ea, quæ ex testamento competit, initium sumit, & facit. Ea vero, aut est contra tabulas, seu voluntatem testatoris, aut secundum voluntatem, *l. sed cum patrono, §. 1. de bon. poss.* Et prius quidem in edicto prætoris proponitur ea, quæ est contra voluntatem testatoris, id est, bon. posses. contra tabulas, *l. 2. in princip. de bon. poss. secund. tab.* Quare etiam in libris nostris sæpe beneficium bon. poss. contra tabulas appellatur primum edictum, aut prima pars edicti, *l. 4. l. scriptus, de Carbon. edic. l. 2. l. filius 42. §. cum filius, de bon. liber.* Et hic etiam ordo servatur in titulo ff. Prior enim est tit. de bon. poss. contra tab. Ille, qui est de bon. poss. secundum tabulas, secundum ordinem edicti perpetui. In titulo hujus libri hic ordo perturbatur. Prior enim est titulus de bon. poss. secundum tabulas. At bonorum possessio secundum tabulas datur heredibus scriptis tab. testamenti, etiamsi injustum sit testamentum, vel nullum jure civili, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, modo sint supremæ tabulæ testamenti, & obsignatæ non minus quam septem testium signis, & is, cujus bonor. poss. datur, utroque tempore mortis, & testamenti, testamenti factionem habuerit. Sed si postea testamen. in judicio appareat, cum de hereditate ambigitur, esse injustum, vel nullum, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, bonor. possessio, quam petere occupavit heres scriptus, sine re constituitur, & sine effectu, & ad eum perveniet ea res, ad quem meliori jure pertinere videbitur. Ut is, cui data est actio, non semper rem evincit, & aufert. Ita nec is, cui data est bonor. poss. utrumque est jus persequendi: sed modo cum re, modo sine re. Tria potissimum exigit prætor, qui daturus est bon. poss. secundum tab. ut sint supremæ tabulæ testamenti, sicut dixi in *l. 1. §. 1. de bon. poss. secund. tab.* ut obsignatæ sint non minus quam 7. testium signis, *l. cum tab. eod. l. 2. hoc. t.* Et vetus hoc fuit edictum prætoris, & translativum est, ut ait Marc. Tul. in prætura urbana: Si de hereditate ambigitur, inquit prætor, & tabulæ testam. obsignatæ minus multis signis, quam lege oportcat, ad me proferentur, secundum tab. testamenti bon. poss. non dabo. Exigit ergo prætor omnimodo signa 7. testium, quia scilicet hæc est solemnitas juris prætorii. Numerum testium introduxit jus civile, signa prætorium. Subscriptiones constitutum jus, sive constitutiones Principum, ut Institutiones docent. Non exigit prætor, quæ sunt ex constitutionibus, vel ex jure civili solemnia: satis habet si agnoscat non minus quam 7. testium signa, quæ ipse introduxit, & adhiberi in testamentis voluit. Et tertium exigit prætor, ut testator utroque tempore testamenti factionem habuerit, testamenti faciendi tempore, & mortis, *l. 1. §. exigit, de bon. poss. secund. tab.* Quod ita est accipiendum ut testamentum, quod quis non jure fecit, non valeat, etiamsi postea testamenti factionem habere cœperit: testamen-

tum,

tum, inquam, quod quis non jure perfecit, quod non A
haberet testamenti factionem, non valeat, etiamsi postea
testamenti factionem habere cœperit, ut si filiusfam. aut
pupillus testamentum fecerit, & paterfamil. factus, aut
pubes vita decesserit, *l. si filiusfam. qui testam. fac. possint*.
Contra ut testam. quod quis jure perfecit, cum haberet
testamen. factionem valeat, etiamsi postea testamenti
factionem habere desierit, ut si postea ei interdictum
sit bonis ob vitium prodigalitatia, ob dissolutionem
morum. Nec ideo intercidit testament. quod fecit ante
interdictionem. Idemque est si quis post testamentum,
quod jure fecit, factus sit mutus, aut surdus, aut furiosus,
*l.6. Lis, qui lege, Qui testam. fac. poss. l.1.§.si quis autem,
de bon. poss. sec. tab. l. 7. de jure codicill.* Idemque est ex
Nov. 5. Justin. si quis post testament. factus sit monachus.
Nam quod post monachismum testameotum fe- B
cerit, ipso jure non valet. Quod vero monachismo antiquius
habuerit testamentum, hoc valebit. Non idem
erit, si post testamentum factum capite deminutus est,
id est, si factus sit servus, vel peregrinus, vel alieni juris,
alienæ familiæ: Nam hoc exigitur omnino, ut utroque
tempore testamenti, & mortis testator fuerit sui juris, &
civis Romanus, *§. non tantum, Instit. Quibus modis testam.
infirm.* Igitur si testator deportatus sit post factum
testamentum, si redactus sit ad peregrinitatem, vel si
adrogatus sit, deportatione, peregrinitate, adrogatione,
omni jure civili, & prætorio irritum fit testamentum,
optima ratione, quia deportatua, & adrogatus omnia
sua bona amittit, & transfert in fiscum, vel adrogatorem,
& ita est accipiendum quod ait *d. §. exigit*, prætorem
exigere, ut testator utroque tempore habuerit te- C
stamenti factionem. Nec enim hoc est per omnia verum,
nec tenendum præcisè, destrictè, aut præfractè, sed adhibendæ
sunt superiores distinctiones. Illa igitur tria
potissimum, quæ dixi prætorem exigere, ut petenti det
bonorum possessionem secundum tabul. si concurrant,
prætor à quo petitur bonorum possessio non spectat, an
sit injustum testam. id est, an defuerint in eo solemnia
juria civilis, non spectat an jure civili nullum sit testam.
id est, an filius suus in eo sit præteritus, non spectat an
ruptum sit agnatione postumi, *l.postumus, de injust. rupt.
& irr.* Non spectat etiam admodum an testameotum irritum
factum sit medio tempore per capitis deminutionem
inter testamentum, & mortem, *l. 1. §. sed etsi quis
utroque, de bon. poss. sec. tabul. l. conficiuntur, §. si post, de
jure codicill.* Interdum etiam non spectat an sit falsum D
testamentum, non excutit an sit verum testamenrum,
aut si prima specie videatur non esse verum, non ideo
minus petenti heredi scripto largitur bon. possess. sec.
tabul. l.1. *inf. de his, qui sibi adscrib.in test.* in cujus specie
petenti heredi scripto, & reo falsi compertissimo prætor
dat bonorum possess. secundum tabul. nempe filio
emancipato herede scripto, qui sibi adscripserat hereditatem
dictante patre, atque ita inciderat in crimen
falsi ex Senatusconsulto Liboniano. Huic enim prætor
dat bon. possess. secundum tabulas, si nemo alius in ea
re illo potior futurus sit. Quæ est brevis explicatio,
*d.l.*1. Plus dico: Etiamsi qua alia ratione quis dicat testamentum
esse falsum, nec dum probet esse falsum, vel
etiamsi probet, nec dum pronuntiatum sit esse falsum,
sine controversia interim petenti heredi scripto prætor E
dabit bonorum possessionem secundum tabulas. Nam
sive heres scriptus accusetur falsi, nec dum damnetur,
sive alius quilibet, sicut heres script. potest interim adire
heredit. si modo ei liqueat de innocentia sua, vel innocentia
ejus, qui reus postulatur: ita etiam interim potest bonorum
possessionem admittere secundum tabulas, *l. cum falsum,
l. Pannonius, §. rei, de adq. vel omitt. hered.* Et
non est verum quod Accursius notat in *l.1. hujus tit.* hac
in re differentiam esse ioter jus civile, & prætorium, inter
bonorum possessionem, & hereditatem, ut alio testamentum
dicente falsum, heres scriptus possit adire
hereditatem, non admittere booorum possessionem. Et
merito etiam Bart. eam Accursii differentiam abdicavit,

quoniam prætor semper (ut satis licet intelligere ex iis,
quæ ante dicta sunt) satis habet, dum ab eo petitur
bonorum possessio secundum tabulas, si testamentum
non fuerit ruptum mutatione, id est, si sit supremum
testamentum, & si non perseveraverit esse irritum usque
ad mortem testatoris, id est, si moriens testator fuerit
suæ potestatis, & civis Romanus: Et quod est tertium,
si testamentum non careat solemnibus juris prætorii, id
est, si obsignatum sit septem testium signis, *l. 2. hoc tit.
l.postumus, de inj. rupt. & §.non tamen, Instit. quibus modis
testam. infir.* Et eleganter Ulpianus *lib. regul. tit.
quemadmodum testam. rump.* Si, inquit, testamentum 7.
testium signis signatum sit, licet jure civili ruptum, aut
irritum sit: tamen prætor heredibus scriptis bonor. possess.
dat secundum tabulas, si testator fuerit suæ potestatis,
& civis Romanus cum moreretur fuit, quæ possessio
cum re habetur, si nemo alius jure heres sit. Ergo
ea tria si concurrant, sufficit. Nec quidquam obstat, quod
testamentum esse dicitur falsum, sicut nec ea res obstat
aditioni hereditatis. Et plane hac in re consentit jus civile
cum jure prætorio. De falso testamento est *l. 1. hoc
tit.* species hæc est: Quidam falsum testamentum dixit
contendens de hereditate cum herede scripto, & testamentum
falsum pronuntiatum est: heres scriptus, qui
petierat jam bon. possess. secundum tabulas, & obtinuerat
rem, appellavit: pendente appellatione nondum
est certum, an defunctus intestatus decesserit, quoniam
pendente judicio appellationis adhuc viget, & præpollet
causa testamenti: ideoque, ut lex statuit pendente
eo judicio non defertur bonorum possess. ab intestato,
quoniam incertum est an sit intestatus. Et ita demum
bonorum possess. ab intestato competit, si neque bon.
poss. secundum tabulas, neque contra tabulas admissa,
& agnita sit, *l.1.§.1.si tab.testam. nullæ exstab.* Nec obstat
quidquam, quod prior judex testamentum falsum esse
pronuntiavit. Nam eam pronuntiationem appellatio
exstinxit. Ne dicas appellationem suspendere, sed exstinguere
judicatum, *l. 1. §.ult. ad Turpil. l. furti, §.1. de
his, qui not. infam.* Quod adeo verum est, ut si damnatus
furti appellaverit, & deinde injustam appellationem videri
pronuntiatum sit, non fiat retro infamis ex die prioris
sententiæ, sed hodie ex die posterioris sententiæ, quæ
priorem confirmavit, vel potius conservavit. Nam ne
etiam unquam dicamus judicem, ad quem appellatum
est, confirmare priorem sententiam: Nam si confirmaret,
vis ejus retro traheretur, atqui non retrotrahitur,
cum ex hoc die demum infamis fiat. Sed dicamus conservari
priorem sententiam, non confirmari, ut in *l.ult.§.ult.
Quod cum eo, &c.* Et hæc quidem omnia sunt de testamento,
id est, de tabulia testamenti. Quid si testamentum
non sit scriptum, an dabitur bonorum possessio secundum
nuncupationem, & voluntatem defuncti non
scriptam, sed nuncupatam septem testibus præsentibus.
Jus prætorium non novit testamentum non scriptum.
Jus civile novit testamentum non scriptum, modo præsentes
fuerint 7. testes, *l. 2. hoc tit. §. ult. Instit. de testam.
ordin.* Igitur secundum testamentum non scriptum, id
est, secundum nuncupationem ex edicto non competit,
vel non defertur bonorum possessio. Cæterum ex æquo,
& bono datur utilis bonorum possessio secundum nuncupationem.
Ut actio alia est directa, alia utilis: Ita bonorum
possessio alia est directa, alia utilis, utramque est
jus persequendi, modo directum, modo utile. Et ita
utilem possessionem bonorum dari secundum nuncupationem
à prætore, *l.2. hoc tit. & l. si ita scriptum, §. ult.
D. hoc tit. & l. ult. inf. de codic. & l. 2. inf. tit. 13. hujus
lib.* Quæ quidem erit decretalis bonorum possessio, quæ
dabitur interposito decreto à prætore pro tribunali,
non edictalis. Nam secundum voluntatem defuncti ex
edicto non datur bonorum possessio, nisi extent tabulæ
jure directo: ut omnes actiones utiles sunt decretales,
ita & bonorum possessiones utiles. Nec omittam quod
in *l. 2. hoc tit.* Græci exigunt septem testes, vel quinque.
Cur quinque? & eadem quæstio fieri potest ad *l. 1. C.*

Theod. de testam. An quod in urbe exigantur septem testes, rurı sufficiant quinque? ut est proditum in *l.ult. inst. de testam.* An vero quod hodie ex Novella Leonis 42. etiam in urbe sufficiant quinque testes, & ruri tres?



AD TITULUM XII.

DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS, QUAM PRÆTOR LIBERIS POLLICETUR.

BONORUM possessio contra tabulas, de qua agitur in hoc tit. 12. datur liberis naturalibus suis, vel emancipatis, non etiam in adoptionem datis, quia in aliena familia sunt: emancipati etsi non sint in familia patris, tamen non sunt in aliena familia, sed suæ propriæ familiæ, & potestatis sunt. Item datur bonorum possessio contra tabulas postumis natis, qui sui futuri erant: Datur liberis adoptivis non emancipatis: Datur, inquam, iis omnibus liberis, si præteriti sint, & omissi testamento parentis virilis sexus, & per virilem sexum cognatione juncti. Hæc omnia exiguntur rescindendi ejus testamenti causa. Bonorum possessio contra tabulas rescindit judicium parentis, rescindit testamentum, *l. 1. in princ. de legat. præstand. l. ut liberis, inst. de collation.* Impugnat igitur testamentum patris, quia & præteritio injuria est filii, *l. quidam, inst. de fideicommiss.* Et ne hoc etiam omittam, liberi præteriti dicuntur, qui silentio prætermissi sunt à patre, atque neglecti in testamento, id est, nec heredes instituti, neque nominatim exheredati, *§. eadem, Instit. de her. quæ ab intestato def. l. 2. hoc tit.* ut apud Festum Senatores præteriti dicuntur, qui neglecti sunt à censoribus, quod erat ignominiosum, & ut ante dixi, etiam per præteritionem filius à patre afficitur ignominia, *dict. l. quidam*. Et exheredatio, & præteritio ignominia est. Quamobrem exheredato subvenitur per querelam inofficiosi testamenti, si probet se immerito exheredatum, vel confidat se probare posse judici. Præterito autem subvenitur per bonorum possessionem contra tabulas, quæ etiam dicitur actio præteriti in *Nov. 1.* Valentiniani *de testam.* non male. Nam bonorum possessio definitur jus persequendi, sicut actio, & bonorum possessionis datio nihil aliud est, quam actionum hereditariarum datio. Et ita etiam Paulus in *Sentent.* relatis in *coll. illa veteri ll. Judaicar. & Roman.* qui sui heredes sunt, inquit, ipso jure etiam ignorantes heredes constituuntur, ut furiosi, infantes, & peregri nati, quibus bonorum possessio propter prætoriam actionem non erat necessarium. Qui sermo latinus est elegantissimus. Ut apud Marcum Tull. *eam rem præsidio non futurum*. Recte igitur dixeris vel bonorum possess. contra tabulas, vel actionem præteriti, vel bonorum possessionis contra tabulas prætoriam actionem, qua emendatur nota præteritionis rescisso judicio paterno, liberis quidem emancipatis præteritis, quia ad eos non pertinet legitima hereditas, cum non fuit agnati patri, sed cognati tantum, quia cessat legitima successio, necessaria est bonorum possessio contra tabulas, *l. 2. §. 1. de bonor. possess. sec. tabul.* Suis non est necessaria, ut Paulus dixit, id est, iis, qui manserunt in potestate, & familia parentis: qui eo moriente in potestate ejus fuerunt, *l. 7. de inoffic. testament.* Cur suis non est necessaria? Quia scilicet ipso jure statim, vel ut Græci exprimunt, ἀνατρέπεται, nullum est testamentum, in quo suus filius est præteritus, *§. 1. Instit. de exhered. lib.* Et ipso jure rumpitur, in quo postumus præteritus est. Si nascatur, rumpitur id ipso jure agnatione postumi præteriti, *l. 2. hoc tit.* Ergo non est necesse id rescindi per bonorum possessionem contra tabulas, quod ipso jure rescissum est. Sed tamen, quia si testamentum, in quo filius suus est præteritus, signatum sit non minus, quam septem testium civium Romanorum signis, Prætor petente herede scripto potest dare bonorum possessionem secundum tabulas, ut ostendi nudiustertius: ideo, ut filius suus præteritus obviam eat heredi scripto non inutile erit cum agnoscere bon. possessorem contra tabul. atque ita prævenire heredem scriptum, quoniam hac agnita heres scriptus tanquam præventus, non potest admitti ad bonor. possessionem secundum tabulas, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. quod vulgo, D. hoc tit.* Imo aliquando utilius est, filium suum præteritum testamento patris admittere bonor. possess. contra tabul. quam dicere nullum ipso jure, ut in hac specie, quæ tractatur in *l. 14. de lib. & post.* Si filius suus præteritus sit à primo gradu, id est, ab institutione, & exheredatus à secundo gradu, id est, à substitutione vulgari, quia præteritio non infirmat ipso jure totum testamentum, sed tantum cum gradum, à quo filius est præteritus, ut in hac specie, ipso jure nullus est primus gradus institutionis: secundus valet, & incipit testamentum à secundo gradu, id est, à substitutione, & substitutus venit, non ut substitutus, sed ut institutus, quia ei priori defertur hereditas, primo gradu habito pro nullo, *l. 3. §. ult. l. 14. §. quod vulgo, de lib. & post.* Igitur si in ea specie filius suus præteritus dicat primum gradum nullum esse ipso jure, à quo solo est præteritus, sibi locum non facit, sed potius substituto, id est, declarat testamentum incipere à substitutione, à qua ipse fuit rite exheredatus, non præteritus. Sed si velit adversus substitutum instituere querelam inofficiosi testamenti, in ejus arbitrio est, tanquam non videatur pater justam causam habuisse exheredandi filium, justas causas irarum non habuisse: sed in eadem specie si filius suus, qui, ut dixi, à primo gradu, hoc est, qui ab instituto est præteritus, à substituto exheredatus, agnoscat bonorum possessionem contra tab. & institutionem, & substitutionem vulgarem, infirmabit & omnem scripturam testamenti, atque ita repellet substitutum, ut in *l. non putavit, §. si primo, de bon. poss. contra tab.* Atque ita hoc casu utilior est bonor. possess. petitio contra tab. quam dictio nullius testam. Ex his ergo ita concludamus, hac in re differentiam esse inter filium emancipatum, & filium suum. Nam in emancipato, ut dixi, necessaria est bonorum possess. contra tab. In suo non est necessaria, & non inutilis tamen, & aliquando utilior, quam dictio nullius testamenti. Addamus etiam aliam differentiam inter emancipatum, & suum. Emancipatus non omnino infirmat testam. si petat bonorum possessionem contra tabulas, quandoquidem præstat legata ex testamento patris quibusdam personis exceptis edicto prætoris, *l. is, qui in potestate, de leg. præst.* ut liberis & parentibus, & uxori, vel nurui dotis nomine legata, *l. 1. hoc tit.* quæ est accipienda de liberis emancipatis. Conservantur etiam ex æquo, & bono secundæ tabulæ, si quæ sint, id est, tabulæ pupillares, testamentum, quod pupillo fecit pater, & legata relicta eis tabulis quibuscunque personis, id est, omne testamentum pupillare, & primum dumtaxat rescinditur, *l. ex duobus, §. ult. & l. seq. de vulg. & pupil. substitut.* Suus autem præteritus, etiamsi petat bonorum possessio. contra tabulas, si malit uti jure prætorio, quam civili, nullis personis præstat legata, & infirmat omne testament. & tabulas primas, & secundas. Certe legata nulli præstat, quia & sine bonorum possessione suo jure omnimodo habiturus erat hereditatem optima lege sine ullo onere legati, aut fideicommissi, aut libertatis. Et hoc ostenditur in *l. illud, de bonor. possess. contr. tab. & l. pen. §. legata, eod. tit. & l. is, qui in potestate, de legat. præst.* Hæ sunt summæ differentiæ hac in re inter emancipatos, & suos. Et hæc sola sunt, quæ dici possunt ad duas constitutiones hujus tituli.

AD



AD TITULUM XIII.

DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS LIBERTI, QUÆ PATRONIS, LIBERISQUE EORUM DATUR.

CUR subjicitur hic titulus? An quod non satis explicata sit pars illa de successi. libertorum initio libri? Cur ad eam rem regreditur, qui post successiones libertinorum cœpit jam aliquot titulis tractare *de successionibus ingenuorum*? dico subjici hunc titulum non ut tractet de successione libertinorum, de quibus dixit potissimum in tit. 4. *sup.* in constitutione græca, B sed ut, vel ex diversitate tit. tacite ostendat, differentiam esse magnam, & latam inter bonorum possessionem contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, & bon. poss. contra tabulas, quæ datur patronis præteritis, & extraneis heredibus scriptis, vel liberis patronorum præteritis, & extraneis heredibus scriptis, ut ait titulus, qui & ipsi sunt patroni, *l. cum patronum*, *de jur. patron.* Et hæ nimirum sunt differentiæ inter hanc, & illam bonorum possessionem, quod bonorum possessio contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, sit contra lignum, ut vulgo dicebant JC. vox erat de foro collecta, bonorum possess. contra tabulas, quæ liberis præteritis competit, esse contra lignum, idest, contra testamentum, etiamsi heres scriptos nondum adierit hereditatem, vel non petierit bonorum possess. secundum tabulas. Denique non esse contra heredem C scriptum, sed contra lignum, *l. illud*, *l. quod vulgo*, *de bonor. poss. contr. tab.* At bonorum possessio, quæ datur patrono præterito contra tabulas liberti, non est contra lignum, sed contra heredem scriptum, id est, non aliter competit patrono, quam si ex testamento heres extiterit aliquis, cum quo litigare possit de bonis liberti, *d. l. illud*, *& l. 3. §. ut patron. & §. si patronus*, *de bon. lib.* Similiter querela inofficiosi testamenti datur exheredatis contra heredem scriptum, non contra lignum: Nec enim ante datur, quam heres ex testam. aliquis extiterit, quia querela hæc competit exheredato: & exheredatus non intelligitur, id est, exheredatio nullas vires habet, ut queri de ea præmature possit, antequam aliquis extiterit heres ex testamento, cum quo de hereditate contendat: Nam adita hereditate ex testamento, exheredatio vires suas aperit, & extat nota, sive ignominia in per- D sona exheredati, quam eluit per querelam inofficiosi testamenti, dicens se immerito exheredatum esse. Et ita licet petitio hereditatis regulariter non detur contra verum heredem, sed contra eum, qui pro herede possidet, id est, contra falsum heredem, vel contra eum, qui pro possessore possidet, id est, contra prædonem: tamen agente patrono præterito ex causa bon. poss. contra tabul. liberti petitio hereditatis ei datur contra verum heredem: & similiter filio exheredato querela inofficiosi testamenti, petitio hereditatis ei datur adversus verum heredem. His duobus casibus contra regulas juris, petitio hereditatis datur in verum heredem, quos notat *l. per servum*, *de petit. her.* Et ut eluceat magis ratio prioris differentiæ inter bon. poss. contra tab. patris, & bon. poss. contra tab. liberti, quarum illa datur E contra lignum, hæc contra heredem. Proponenda est alia differentia inter hanc, & illam bon. poss. Bonorum possess. contra tabulas patris datur in assem, id est, in totum. Bonorum poss. contra tabul. liberti ex edicto datur patrono tantum, in legitimam debitam verecundiæ patronali. Jure veteri in semissem, jure novo in trientem. Denique datur ut hereditatem liberti patronus partiatur cum herede scripto, non ut ei auferat assem, eumque penitus excludat. Prius igitur heredem esse oportet ex testamento, cum quo partiatur patronus, alioquin incertum erit utrum patronus persequi partem debeat bon. poss. liberti, an assem: quia omittente herede scripto, nec adeunte, vel admittente bonor. pos-

A sessionem secundum tabulas, patronus vindicat assem, ut legitimus heres, *l. cum patrono*, *de bonor. possess. l. si libertus præterito*, *de bon. liber.* Vicinitas igitur horum titulorum nos admonuit de iis differentiis, nec alia ratione defendi potest. Sunt autem etiam in hoc titulo duæ constitutiones. Prima docet patrono præterito dari bonorum possessionem contra tabulas in partem, etiamsi non gratuitam libertatem præstiterit, sed debitam restituerit, ut si ex causa fideicommissi servum manumiserit, *l. 1. hoc tit.* quod confirmat etiam lex 3. §. 1. *de suis, & legit. hered. & l. qui ex causa*, *de bon. lib.* Nam & qui ex causa fideicommissi coactus manumisit, habet etiam alia jura patronatus, quia liberto est tutor legitimus, *l. 13. de tut. & curat. dat.* & in jus ab eo liberto vocari non potest sine venia, *l. 9. de in jus voc.* Non habet tamen cætera B jura patronatus, non habet actionem ingrati, ut docui in *l. 1. sup. tit.* 7. Non potest etiam donum, munus, operas imponere liberto, quem ex causa fideicommissi manumisit, vel impositas non potest exigere, *l. 7. §. rescriptum*, *l. si quis hac lege*, *§. 1. & l. Campanus*, *de operis libert.* Ac præterea etiam libertus, si justam causam excusationis habeat, invitus non cogitur suscipere tutelam filiorum patroni, qui eum ex causa fideicommissi manumisit, qui tamen cogeretur, si manumisisset eum sponte sua, *l. nequaquam*, *de excus. tut.* Et pleraque etiam alia, qui manumisit ex causa fideicommissi jura non habet, quæ tamen habent, qui donarunt, non solverunt libertatem. Denique quædam ei tantum jura patronatus servantur, & inter cætera, ut non possit impune à liberto injuria affici per præteritionem. Altera constitutio (in quam C quæcunque scripsit Accursius sunt somnia) vult bon. poss. contra tabul. liberti non dari patrono præterito, qui post mortem liberti elegit domum, munus, operas impositas liberto, ut ea heres extraneus testamento scriptus patrono exhiberet instar defuncti: Nam ex edicto prætoris, ut indicat *l. sicut*, *de jure patron.* electio datur patrono præterito, ut vel amplectatur bonorum possessionem contra tabulas in portionem legitimam, vel sit contentus donis, muneribus, operis, quæ præstare ei solebat defunctus libertus. Et hæc si elegerit, non potest mutare factum, non potest variare, & transgredi ad bonorum possess. contra tabulas. Hæc est sententia *l. 2.* quæ in omnibus libris male adscribitur Anastasio: Est enim Theod. Imp. ut constat ex *l. ult. C. Th. de codicill.* ex qua sumpta est. Ex quo apparet etiam omnino esse con- D jungendam *l. ult. inf. de cod.* quæ est ejusdem Theod. & variationem etiam non admittit in eo, qui ex codicillis maluit amplecti bona, cum ea posset amplecti ex testamento, & plenior, *l. ult. C. Th.* exemplo leg. secundæ utitur, ut quemadmodum qui elegit operas, non potest venire ad bonorum possessionem contra tabulas: ita qui elegit codicillos, non potest transire ad testamentum, nec subinde variare. Unde etiam subscriptio est emendanda, & legendum est *Victore*, non *Viatore*.



AD TITULUM XIV.

UNDE LIBERI.

E TITULUS decimus quartus *unde liberi* sic explicandus est: Pars edicti unde liberi ad successionem parentum ab intestato vocantur. Liberos dicit omnes descendentes, filium, filiam, nepotem, neptem, pronepotem, proneptem, & deinceps. Parentes omnes ascendentes, patrem, matrem, avum, aviam &c. & expositis quidem bonorum possessionibus, quæ ex testamento competunt, ab hoc titulo incipit proponere eas, quæ ab intestato deferunt. Ac quemadmodum ex testamento prima edicti parte liberis præteritis suis, vel emancipatis prætor pollicetur bonorum possess. contra tabulas: ita ab intestato prima parte, primoque capite liberis suis, vel emancipatis prætor promittit bonorum pos-

possess. unde liberi. Et rectissime in *l. 1. §. recte, si tab. testam. null. exstab.* prætorem à liberis initium facere in successionibus ab intestato, ut sicut contra tabulas ipsis primo loco defert, ita ab intestato eos priore loco vocet. Et similiter in *l. 2. hoc tit.* tam ex testamento, quam ab intestato. Et ex testamento per bon. poss. contra tab. ab intestato per bonor. possess. unde liberi. Siquidem suus heres, de quo agitur in *l. 2.* velit bonor. possessionis actione prætoria uti ex testamento, vel ab intestato filio, aut nepote suo, aut herede existente, neminem ab intestato heredem existere posse. Quæ lex secunda scripta est tota secundum jus civile, ut suo herede existente, nemo alius heres existere possit, *l. pen. §. ult. unde legit.* Nam jure prætorio eodem jure sunt sui liberi, & non sui, sui, & emancipati, & etiam ii, qui nunquam in potestate parentis fuerunt, *l. 5. si tab. test. null. exstab.* Nam B & emancipatos liberos, & eos, qui nunquam fuerunt in familia parentis, prætor vocat inter suos. Secundum jus civile igitur dicimus, priorem, & potiorem causam heredum suorum esse. Secundum jus prætorium, potiorem, & priorem causam liberorum. Est etiam secundum jus civile scripta omnino *l. 2. inf. de usucap. pro her.* quæ dicit, existentibus suis heredibus, nihil ab alio pro herede usucapi posse. Et nihil aliud est præterea in ea lege, quæ satis difficilis est explicatu. Nihil, inquit, pro herede ab alio usucapi posse suis heredibus existentibus. Existunt autem subito, etiam inviti, & ignorantes, quod est *apparent*, sive ut Græci semper vertunt, ἀναφαίνονται, ut ait *l. ult. §. si vero perpetuo, sup. de curat. fur.* quibus etiam existentia sui heredis dicitur ἀνάφανσις, quæ est adquirendæ hereditatis species. Igitur, ut ait *d. l. 2.* si vel C existant sui heredes, impediunt alios quoscunque, ne quid ex ea hereditate pro herede usucapere possint, licet abstinuerint se hereditate. Existere satis est, nec necesse est ut attingant, vel teneant bona, vel se iis immisceant. Nam & sui heredes, qui abstinent se beneficio prætoris, vel principis, heredes manent, *l. 6. §. pen. de bon. liber. l. cum quasi, §. sed & si suis, de fideicommiss. libert.* Heredes manent nomine, & jure, non re, quatenus re ultro se abstinent heredes, sunt sine re, quæ res tamen, id est, nomen heredis excludit cæteros omnes, ne heredes esse possint, & consequenter ne quid pro herede usucapere possint. Igitur suis existentibus, nec immiscentibus se agnati legitimo, & civili jure venire non possunt, jure prætorio venire possunt ad bonorum possessionem. Quia prætor eum, qui se abstinuit, non habet D pro herede: igitur secundum jus civile sic dicamus, vel existentibus suis heredibus nihil pro herede usucapi potest. Secundum jus prætorium hoc modo: etiam suis existentibus heredibus procedit usucapio pro bonor. possessore. Et hæc pertinent ad *l. 2. hujus tit.* L. 1. est facillima. Ex ea notandum est, si plures sint liberi emancipati, qui simul admittantur ad bonorum possessionem unde liberi, eos inter se dividere hereditatem, sive bona, ut lex ait, pro rata portione, quod M. Catoni est pro ratione .i. ἀναλογία. Analogia autem hæc est, ut viriles, & æquales partes ferant, non inæquales, qui veniunt ab intestato, quibus nullus adcripsit partes. Et observandum est etiam in hac lege, bonorum possessores appellari heredes accise, id est, veluti heredes, & l. 1. loqui secundum jus prætorium, aliter quam loquatur lex 2. loqui- E tur enim de liberis emancipatis, quibus scilicet maxime est necessaria bonorum possessio unde liberi, propterea quod jus civile eos non novit, nec eis opitulatur quicquam, & ita *l. 3. hoc tit.* maxime emancipatis inquit. Suis autem non est necessaria possessio bonorum unde liberi *l. 7. de inoffic. testam.* Cum nec aditio, nec cretio hereditatis suis sit necessaria, quia ipso jure heredes existunt derepente, *l. in suis, de suis, & legitim. l. in suis, de liber. & post.* Existentia illa facit heredem, etiam invitum, & ignorantem, adeo ut ad mortem parentis videantur sui heredes continuare dominium, quod habuerunt vivo parente, ut nec si pupilli sint sui heredes, necessaria sit eis tutoris auctoritas: si furiosi, non sit necessarius eis

A curator, solvendo sit hereditas; quæ jure sui ad eos pertinet, *l. 8. de acquir. hered.* Restat igitur ut exponamus hanc partem edicti unde liberi, qua ab intestato bonorum possessio defertur, quæ necessaria est maxime emancipatis, vel non suis: necessaria non est suis. Et restat modo tantum, ut exponamus speciem *leg. 3.* quæ est vexata à multis, & respersa multo pulvere. Omnis difficultas consistit in ponenda specie, quod etiam accidit fere in ll. omnibus: ut aptas, & convenientes species ponere nesciamus, & sæpenumero vehementer laboremus. Et studiosis vellem hanc esse præcipuam curam, & hanc habere diligentiam, ut se exerceant in bene, & recte apponendis speciebus, quandoquidem & se parat quisque ad forum, in quo ridiculus est, qui nescit bene enarrare facta, quæ in judicium deducuntur. Ut intel-
B ligamus speciem l. 3. sciendum est, aut quoniam id scire arbitror omnes, memoria repetendum, suos esse liberos: qui sunt in potestate morientis, & qui primum gradum obtinent delatæ hereditatis tempore, id est, quos nemo præcedit gradu eo tempore, quo defertur herditas, vel à morte parentis, vel apertis tab. secundum jus vetus, & novum. Nam hanc partem exigimus omnimodo in definitione heredis sui. Nec enim satis est, si dicas suum heredem esse filium, vel nepotem, qui est in potestate morientis, nisi adjicias, qui primum gradum tenet delatæ hereditatis tempore ex *l. scripto, unde lib.* Et notandum in suis heredibus non esse successionem, & hoc esse tenendum regulariter, *l. 1. §. sciendum, de suis, & legit. heredib.* Quid hoc est, in suis heredibus non esse successionem? Finge filius suus extitit
C heres patri, & postea abstinuit se, an nepoti ex eo deferetur hereditas avi, ut suo heredi, an nepos succedet suo patri, qui se abstinuit bonis avi? Minime: quia in suo herede non est successio, quia suo heredi non succedit sequens gradus. Nepoti igitur ex eo non defertur hereditas avi, quasi suo heredi, quia pater eum præcessit delatæ hereditatis tempore, qui & post abstentionem sui heredis nomen, & jus retinet. Ergo nepos venire non potest jure sui ad bona avi, quoniam ei obstat pater, licet abstinuerit se: ei obstat nudum heredis nomen, & quod nepos tempore delatæ hereditatis non obtinuerit proximum gradum. Verum veniet nepos auxilio prætoris petita bonorum possessione unde liberi, quæ defertur etiam iis, qui sui heredes parentis non sunt. Veniet igitur non ut suus, sed ut nepos, non ci-
D vili jure, sed prætorio. Diversa hæc sunt venire ut suum, & venire ut nepotem, *l. si quis filio, §. non fuisse, de injus. rupt. & irr. &c.* Hoc cognito nullus erit labor in ponenda specie *leg. 3.* Species hæc est: Ego, & pater meus simul sumus in avi potestate: avus prior moritur intestatus, ego recido in potestatem patris mei, & pater meus avo ipso jure heres existit ut suus: mox etiam moritur pater meus, ego ei suus heres sum, & in hereditate ejus invenio hereditatem avi, & utramque si volo complector. Quid tamen si velim dividere hereditates, & separare paterna bona, & avita? Quid si me abstineam à bonis paternis: avi autem bona retinere malo, an audiendus sim? aut mihi satisfiat, qua via id consequi possum? Distinguendum est: aut miscuit se pater bonis avi mei, aut non: mixtio, & abstentio sunt ex jure præ-
E torio. Si miscuit se bonis avi, dum me abstineo bonis patris, & avi bonis abstineo, quæ parti adquisita sunt, non tantum jure civili, quod ipso jure heres extiterit avo, sed etiam prætorio, quod miscuerit se bonis avi, ut plane coalverint, & confusa sint utriusque bona, & ut cum jam una sit hereditas, non liceat mihi eam scindere, & pro parte amplecti, & pro parte repudiare, & illo casu cum miscuit se bonis avi, quia jure prætorio gessit se pro herede, ego nullo remedio consequi possum, ut mihi eam hereditatem liceat separare, & ex una facere duas. Sed si pater meus non miscuit se bonis avi, ad quem casum referenda est lex tertia, & nolim esse heres patris, malim esse avi, venire etiam non possum jure civili ad hereditatem avi, quasi suus heres, licet in po-

testate

testate avi morientis tempore fuerim, quia delatæ hereditatis tempore pater me præcessit, & in suis heredibus non est successio. A Et cum jure civilis adquisita sit patri meo hereditas avi, jure *ἀναφαίρετον*, seu existentiæ statim à morte avi, & hoc casu, dum me abstineo hereditate paterna, & avita similiter me abstineo. Verum, quia eo casu jure prætorio patri non est adquisita hereditas avi, propterea quod non miscuit se, sed ut ponendum est, ab avo confestim, & ipse vita functus est: ideo prætor concedit separationem bonorum, & me ad bona avi admittit per bonorum possessionem unde liberi, licet avo suus heres non fuerim. Denique me ad bona avi admittit, qui sprevi bona patris, ut nepotem, non ut suum heredem. Quod ita evidentius procedit in nepote emancipato ab avo, quod lex significat in illo loco, *maxime emancipatus*, ut scilicet is non possit, neglectis bonis paternis, B venire ad bona avi, nisi per bonorum possessionem unde liberi. Quia emancipatus jure civili nullam speciem succedendi, vel nullum colorem habet. Hoc est, quod ait lex. Et ut titulus indicat, est omnino accipienda de bonorum possessione unde liberi, non ut tentant quidam, unde legitimi. Qui etiam male tentant introducere bonorum possessionem unde parentes, quæ nulla fuit unquam, cum parentes ex sequenti parte unde legitimi vocentur. Ergo secundum titulum hæc lex est de bon. poss. unde liberi: dubitari tamen potest, cur ea lex posita sit in *C. Theod. sub titulo de bonis maternis*, *& materni generis l. 5.* Ex quo apparet multo ampliorem fuisse constitutionem hanc, quæ est Constantini Aug. ad Leontium Comitem Orientis, & minimam partem ejus constitutionis eam esse, quam ex- C posuimus, reliquam, quæ est amplior, totam esse de bonis materni generis. Qua in re notandum est, separata fuisse constitutionibus materna bona à bonis materni generis. Nam ex constitutione Constantini, cum omnia bona materna patri per filiumfamilias adquirerentur plenissimo jure, ex ea constit. Constantini bona materni generis non adquiruntur, nisi ususfructus jure, proprietas residet apud filiumfa. Quod non idem obtinuit in bonis materni generis ante *l. 2. inf. de bon. mat. gener.* Jus civile crescit paulatim, ut ait *l. fideicommissa*, *§. si rem*, *de leg. 3.* Primum constitutum est, ne bona materna acquirerentur patri proprietatis jure. Deinde etiam ne bona materni generis, puta profecta ab avo, vel proavo materno *l. 2.* Tum fuit constitutum, ut etiam lucra nuptialia non adquirerentur per filiumfamilias patri jure D proprietatis, deinde lucra sponsalitia, vel munera: Et ad extremum, ne adventitia ulla bona, quod à Justiniano constitutum est, qui quasi soritem facit hac in re: Non adquiruntur patri bona materna, non bona materni generis, non lucra nuptialia, non munera sponsalitia. Nec adquiruntur ergo adventitia ulla bona: reliqua pars loquitur non de bonis maternia, sed de bonis profectis ab avo materno, quæ tempore ejus Constitutionis pleno jure adquirebantur patri per filiumfamil. Et ideo, ut ait lex, si quid avus maternus jure institutionis, vel legati, vel fideicommissi filiofamilias reliquerit, id patri adquiritur, si filius adierit jussu patris, vel si legatum, aut fideicommissum solutum sit, vel si antequam pater moreretur, dies legati, aut fideicommissi cesserit, ejus legati commodum pertinet ad heredes patris. Et adde- E batur, quod si dies legati cesserit postquam filius sui juris effectus est, vel si adierit hereditatem avi materni, postquam sui juris effectus sit, ut tum sibi omne id adquirat. Quæ postrema pars ex illa constitutione est etiam relata in *l. 15. inf. de jure delib.* quæ est conjungenda cum *l. ult.* Utriusque eadem esse debet inscriptio, & subscriptio. Quod est in tit. seq. non est longi subsellii.

AD TITULUM XV.

UNDE LEGITIMI, ET UNDE COGNATI.

SECUNDA pars edicti ab intestato vocat legitimos: Inde *tit. unde legitimi*, *& unde cognati*. Secunda, inquam, pars edicti vocat legitimos, ut agnatos, & patronos, & qui vocantur ex Senatusconsulto Tertulliano, & Orfitiano, vel quo alio Senatusconf. vel qui vocantur ex constitutionibus. Nam ii omnes sunt heredes legitimi. SC. tum est simile legi, & per omnia: quos igitur SC. vocat, heredes legitimi sunt. Constitutio Principis per omnia est legi similis. Edictum prætoris non est legi per omnia simile: & ideo prætor heredem non facit. Datur hæc bonorum possessio legitimis legum tuendarum causa, ut ait *lex sed cum patrono*, *§. pen. de bonor. possess.* Igitur non est necessaria, quia patet aditus ad hereditatem jure civili. Et non esse necessariam bonorum possessionem unde legitimi, etiam proditum est in *l. 3. inf. de Senatusc. Orfit. & l. 1. Cod. Theodos. de leg. her.* Et addamus tantum liberos, qui ab intestato vocantur ex prima parte si sui sint, omissa prima patre bonorum possessionem occupare posse ex secunda parte, unde etiam legitimi vocantur, *l. 2. in princ. unde legitimi*, *l. prima*, *§. sed vidend. de success. edict.* Quoniam qui sunt sui, sunt etiam legitimi, & agnati, retro qui non sunt sui, non sunt etiam agnati, vel legitimi, ut in *l. de bonis*, *§. 1. de Carb. edic. l. scripto*, *unde liberi*, *l. 6. sup. si quis omis. caus. test.* Liberi non sui omissa prima parte, non admittuntur ad secundam partem, quia non sunt legitimi. Tertia pars edicti vocat cognatos, id est, conjunctos per matrem. Et hæc bonorum possessio unde cognati est necessaria, quia cognati jure civili deficiuntur. Necessariam esse ostendit *l. 2. & ult. hoc tit.* id est, non alia via pervenire possunt ab intestato ad bona cognatorum, quam si petant bonorum possess. unde cognati. Et hic rursus notandum est legitimos, qui omiserunt successionem ex secunda parte, puta agnatos, deinde posse eam occupare ex tertia parte, unde cognati vocantur, quia qui sunt agnati, & cognati sunt, *l. 5. unde legitimi*, *l. 1. §. si qua prægnans*, *unde cognati*, *l. 1. §. sed videndum*, *de success. edic.* Ut plane ita concludere liceat, has tres partes edicti unde liberi, unde legitimi, & unde cognati, ita inter se vinctas esse, ut qui potest venire ex prima, possit etiam venire ex secunda, & qui possit ex secunda, possit ex tertia, sed non retro, ut qui possit venire ex tertia, possit ex secunda, & qui ex secunda, possit ex prima. Et omnes quidem constitutiones hujus tituli sunt de bonorum possess. unde cognati, qua succeditur consobrinis, qui cognati sunt, non agnati, id est, sororum filii, *l. 1. h. t.* vel avo materno, *l. 3.* vel propiori subrino, id est, nato ex sobrina, *l. 2.* qui omnes sunt cognati, non agnati, id est, conjuncti non per patrem, sed per matrem. Una est lex tantum, pen. nempe, quæ possit aptari legitimis, dum ait, necessariam esse agnitionem hereditatis, vel bonorum possessionem unde legitimi, ut quis obtineat rem: nam quod bona teneat, hoc non præbet idoneum argumentum adquisitæ hereditatis: possunt plerique adquirere hereditatem, vel bonorum possessionem, etiamsi non teneant bona, sola voluntate animi, solo judicio voluntatis, at contra licet obtineant bona, non ideo statim videntur adquisisse, vel admisisse bon. possess. *l. si sorori*, *inf. de jure deliber.* ut cum una sit tantum lex in hoc titulo de hac bon. possess. titulus hic ita datus sit unde legitimi, & unde cognati, ut notarentur tantum hæ duæ partes edicti.

AD



AD TITULUM XVI.

DE SUCCESSORIO EDICTO.

SEQUITUR ut exponamus *tit.* 16. *de success. edicto*. Prima pars edicti ab intestato vocat liberos suos, & non suos. Secunda pars vocat legitimos: tertia cognatos, quod heri exposuimus. Quarta autem pars edicti, quæ in hoc titulo dicitur edictum successorium, dat successionem inter liberos, & inter cognatos, id est, in jure liberorum, & in jure cognatorum, ut scilicet liberi, vel cognati, qui primum gradum obtinent, si omittant, aut repudient successionem, eam transmittant ad sequentem gradum. Successio est transmissio ad sequentem gradum, quæ ex hoc edicto competit, & à Græcis dicitur proprie ἐπαναβάσεις. In jure autem suorum, aut in jure legitimorum non est successio, non est locus huic edicto, nisi in jure legitimorum ex nova Constit. Just. in *l.4. sup. de bonis libert.* Hæc sunt rata, & fixa, quæ latius explicabo datis positionibus quatuor. Prima hæc sit. Deficiente eo, qui suus heres repertus est, delatæ hereditatis tempore, veluti filio, in jus sui non succedit nepos ex eo, hoc est, in suis non est successio, non successorium edictum. Secunda, deficiente filio, sive suo, sive emancipato in jure bonorum posses. unde liberi, quæ ei deferebatur, succedit nepos ex eo, hoc est, in liberis est successio, seu valet edictum successorium. Tertia, deficiente fratre consanguineo, id est, agnato, qui defuncto ab intestato proximior agnatus repertus est tempore delatæ hereditatis, in jure legitimo, in jure agnatico, vel in jure bonorum possessionis unde legitimi, non succedit filius natus ex eo, id est, in legitimis non est successio, non valet successorium edictum. Quarta, deficiente fratre agnato, sive cognato, in jure bonorum possessionis unde cognati, quæ etiam agnato deferebatur, propterea quod qui agnatus est, & cognatus est, succedit filius natus ex eo, id est, in cognatis est successio, seu valet vis edicti successorii. Et hæc postrema positio confirmari potest etiam posita specie *l. 1. hoc tit.* Species hæc est: Mortuus est patruus sine liberis, relicta tantum filia fratris, quæ ei est agnata, hæc non petiit bon. posses. unde legitimi, patruo intestato mortuo, nec bonor. possessionem unde cognati, quæ etiam ei deferebatur, & mortua est. Filius ejus mulieris succedit in jure bon. posses. unde cognati patruo suo magno. Nam qui matri est patruus, filio est patruus magnus, & qui matri agnatus, filio ejus cognatus, non agnatus est. Et nihil vetat idem cognationis nomen tribui agnato, & cognato. Sic e .im fit, ut patruus aliis sit agnatus, aliis cognatus, & filius aliis sit agnatus, aliis cognatus. Ideo autem in specie *legis 1. hoc tit.* mortuo patruo, filia fratris non petiit bon. posses. unde legitimi, vel unde cognati, quia ei impedimento fuit furor, & alienatio mentis, qua corripiebatur, & ex edicto non defertur bonor. posses. nisi vivo, & sano homini. Dico vivo, ut excludam postumum nondum natum: dico sanum, id est, sanæ mentis, ut excludam furiosum, ut petere non possit ex edicto. Furioso enim nulla ex parte defertur bonorum possessio. Ex decreto tamen curatori furiosi datur bonorum possessio, sed præstita cautione bona reddendi sequentis gradus cognato, si ille in furore moriatur, ut obtinuit olim ante Justinianum in *l. heres furiosi, de petit. hered. l. ult. §. sin autem ex alia, sup. de curator. fur.* Ut in hac specie, filia fratris in furore mortua, etiamsi curator ejus agnoverit decretalem possessionem bonorum unde legitimi, vel unde cognati, necesse sit bona reddi sequentis gradus cognato, id est, nepoti fratris ejus, de cujus bonis agitur, & admitti eum ex successorio edicto ad bon. posses. unde cognati. Et ita fit, ut in cognatia, vel in jure poss. bon. unde cognati sit successio. Idemque evenit in specie *l. 2. hoc tit.* quæ talis est: Duo sumus fratres, qui nullum agnatum habemus, qui nobis intestatis defunctis, jure legitimo succedat, & cognatum non habemus proximiorem avunculo magno, id est, fratre aviæ nostræ, qui est in quarto gradu. Is post mortem nostram adiit hereditatem, velut ex testamento nostro, quod erat falsum, quia intestati mortui sumus. Quare adeundo nihil agit. Mox etiam obiit idem avunculus magnus, qui cognatus est, non agnatus, non petita bon. poss. unde cognati, quam utique petere potuisset, etiam post aditionem, veluti ex testamento factam. Nam qui adiit hereditatem ex testamento falso, quod putat esse verum, non videtur repudiare successionem ab intestato, quam nescit sibi adferri, *l. 8. legitimam, de petit. hered. l. mater, de inoffic. test.* Quinimo is, qui scit jus suum, quod sibi competit, vere id non amittit, sed si eligat aliud jus, quod falso arbitratur sibi competere, ut patronus præteritus, qui scit sibi competere bon. poss. contra tabul. liberti, si falso putet libertum sibi legasse aliquid, vel sibi portionem hereditatis reliquisse, cum nihil reliquisset, id legatum, eamve portionem acceperit, & admiserit, non ideo amittit bon. poss. contra tabul. Electio ei erranti, aut ignoranti, vel (ut dicam explicatius) falso existimanti alio jure pervenire ad bona liberti, nihil nocet, *l. Paulus 46. de bon. libert.* Cui legi dum Accursius opponit *l. 3. in princip. si quid in fraudem patroni.* & dum respondet, in ea lege patronum jus civile ignorasse, & ideo ei non subveniri, si adierit hereditatem liberti, ut cedat ad bon. poss. contra tabulas, quæ competit non tantum patrono præterito, sed etiam heredi instituto ex modica parte, errore labitur. Nam in specie *d. l. 3.* patronus jus non ignoravit, sed ignoravit tantum libertum alienasse in fraudem suam, sed non existimavit falso se heredem institutum: fuerat enim heres ex modica parte institutus à liberto, atque ita adiit hereditatem, non ductus falsa opinione institutionis, & aditio ei nocet, ut nec possit postea transgredi ad bonorum possess. contra tabulas, vel ad actionem Fabianam, vel Calvisianam, qui contentus fuit institutione. Sed redeamus ad rem. Posui speciem *l. 2.* nondum posui quæstionem, quæ ex ea specie ducitur. Deferebatur successio avunculo magno, is adiit hereditatem ex testamento falso, ac proinde nihil egit, ac non petiit bonor. possess. unde cognati. Deficit igitur avunculus magnus. Unde quæritur eo deficiente in jure bon. possess. unde cognati, an succedat quinti gradus cognatus, ipse enim erat quarto gradu. Et ait *l. 2.* succedere ex edicto successorio. Duæ tantum sunt ll. sub hoc titulo, & utraque igitur docet in cognatis, vel in jure possessionis bonorum unde cognati esse successionem ex edicto successorio. Quod est, ut Græci dicunt eleganter, non περὶ διακατοχῆς, sed περὶ διαδοχῆς, id est, de successione, sive transmissione in sequentem cognatum. Quod dixi in suis heredibus non esse successionem, id heri satis exposui. Rursus, quod dixi in legitimis, etiam non esse successionem, id etiam Paulus scribit *4 sent. tit. 8. in legitima*, inquit, *hereditate non est successio*. Et ideo fratre decedente, antequam adeat, vel repudiet hereditatem, filius fratris admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur. Et ita Ulpianus *lib. regul. tit. de legit. heredibus*. Si proximior agnatus, inquit, non adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quia in legitimis heredibus non est successio. Ac similiter Cajus in *Institut. lex 12. tabul.* inquit, *dat hereditatem agnatis iis, qui tunc cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt, nec in eo jure successio est*. Ideoque si proximus heres omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris competit. Et ita scribit Theophilus in *§. sunt autem, Instit. de bon. possess.* Et Accursius recte in *l. 1. in fin. de leg. 3.* in successione liberti mortui sine liberis patrono omittente bonorum posses. unde legitimi, filius non vocatur ex ea parte, sed ex altera parte unde liberi patroni, vel patronæ. Denique secundum jus vetus, quod obtinuit usque ad Justinianum, in legitimis heredibus non erat successorium edictum, sed in liberis tantum, qui jure liberorum veniunt, vel in cognatis. Hodie

die tamen ex Græca constitutione Justiniani in *l.4. sup. de bon. libert.* cujus sententia etiam refertur in *§. placebat, Instit. de legit. agnat. succes.* etiam in legitimis heredibus est successio, id est, in jure bonorum possess. unde legitimi, vel in jure adeundæ legitimæ hereditatis. Et utitur hac ratione, quia & olim in legitimis tutelis erat successio, id est, proximo agnato, cui deferebatur pupilli legitima tutela, capite deminuto, qui erat post eum, id est, sequentis gradus agnatus succedebat in tutelæ administratione, & succedit etiam hodie, *l.3. §. pen. de legit. tut.* Quæ ratio, quia valuit in onere tutelæ, par est ut etiam valeat in lucro hereditatis, ex constitutione Justiniani. Igitur non tantum in legitimis tutelis, sed etiam in legitimis hereditatibus est successio, porrigitur edictum successorium etiam ad legitimos heredes. Non dicam etiam porrigi ad suos heredes, quia nusquam invenio in suis esse successionem, & religiosissimos juris nos esse oportet. Et est etiam, cur in hac se separentur sui heredes à legitimis: Nam sui heredes existunt statim, nec desinunt esse abstentione. Non possunt igitur non obstare sequentib. gradib. & adferre impedimentum: legitimi non existunt, sed fiunt aditione hereditatis. Si igitur non adierint, quibus deferebatur prioribus hereditas, non male dicitur hodie eos non obstare sequentibus gradibus, licet subtili jure obstent, eo quod proximiores fuerint delatæ hereditatis tempore. Et hoc quidem genere, ut animadvertisiis, gradus cognationis succedit gradui eodem jure, ut puta, secundus gradus liberorum succedit primo gradui eodem jure per bon. poss. unde liberi: secundus gradus cognationis succedit primo. Et ex constitutione Justiniani secundus gradus agnationis succedit primo gradui, si defecerit primus omissione, aut repudiatione. Et de hoc genere success. est h. tit. vel hæc pars edicti, quæ successoria dicitur: est aliud genus successionis, de quo h. tit. non est, quo gradus intestati successionis succedit gradui diverso jure, ut primo gradui unde liberi succedit secundus unde legitimi, & secundo tertius unde cognati, quod fit non tantum in pluribus, & diversis personis, puta non petentibus liberis, ut succedant legitimi, non petentibus legitimis, ut succedant cognati, sed etiam in una eademque persona, ut qui omisit bon. possessionem unde liberi, idem postea eam occupet, quæ dicitur unde legitimi: qui omisit unde legitimi, ut sequentem occupet, quæ dicitur unde cognati, *l. 2. in prin. unde legit. l. 1. §. sed videndum, de success. edic.* Igitur hoc secundo genere successionis, de quo est edictum successorium, idem sibi ipsi non succedit, *l. ult. ff. eod.* quoniam absurdum est, qua ex parte omisi poss. bon. ex eadem ipsa parte rursus me bonorum possess. amplecti. Gradus ergo bifariam accipiuntur. Primum, pro gradibus cognationis, & de horum successione est hic titulus: & pro gradibus intestati successionis, sic enim vocatur in *l. 1. quis ordo in bon. poss. serv. & l. 1. si tab. test. nullæ exst.* Quæ etiam dicuntur partes, capita, & ordines. Et de horum graduum successione, quæ perpetua est, & valet in omnibus, est titulus in *ff. quis ord. in bon. poss. servetur.* Duæ igitur sunt successiones, & unaquæque suum titulum habet, & hic de ea tantum est, qua gradus cognationis succedit gradui eodem jure.

AD TITULUM XVII.

DE CARBONIANO EDICTO.

POST successorium edictum, quo inter bonorum possessores datur successio, proponitur aliud edictum, quod Carbonianum dicitur, quod tamen in ordinatione edicti perpetui non sequebatur successorium edictum, sed edictum bon. possess. contra tabul. promissum liberis præteritis, ut indicat *l.4. ff. h. tit.* Nam Carbonianum edictum maxime pertinet ad bonorum possessionem contra tabulas, & ad liberos ætate parvos præteritos testamento patris, quibus fit controversia status, & bonorum paternorum. Igitur si puero infanti, vel nondum puberi præterito testamento patris, is, qui ad eam hereditatem venire præoptat, ei faciat controversiam hereditatis paternæ, eam suam vocans, simul atque status, id est, si eum neget esse ex liberis defuncti, prætor ex edicto Carboniano causa cognita, interim ei dat bon. possess. contra tabul. perinde ac si ei nulla fieret controversia status, & bonorum paternorum, & utramque controversiam plerunque differt in tempus pubertatis, ne puer, antequam se tueri possit, periclitetur de statu suo, & de bonis paternis: periculum est ne minùs idoneè defendatur, ideoque interim quasi præsumitur esse filius, & veluti ex justa præsumptione datur ei Carbon. poss. contra tabul. *l.3. §. pen. ff. h. tit. l. pen. in fin. ne vis ei fiat, qui in bon. poss. missus est.* Atque ita quamdiu est ætate parvus pro filio habetur, aut pro filio eum tuetur prætor, neque ei controversiam ullam fieri patitur, jubet litem omnem interquiescere, tam scilicet eam, quæ est de statu pueri, quam eam, quæ est de bonis paternis, & interim facit puerum possessorem, ita ut se possit alere ex bonis paternis, id est, quæ contendit esse paterna, & ad se jure legitimo redire, & pertinere, aut jure honorario. Quid hoc est, alit se ex bonis defuncti, qui fortasse post pubertatem judicabitur non esse filius, aut liber, alit se interim ex bonis alienis? Sic est ex edicto Carboniano, quia major cura adhiberi debet, ne filius fame pereat, quam ne minoris hereditas ad adversarium perveniat, si forte appareat non esse filius, atque ita interdum videbitur altus ex alienis bonis. Interim si habuerit justam causam, & probabilem existimandi se esse filium defuncti, si nihil ipse, vel mater ejus, vel tutor egerit per calumniam, etiamsi post pubertatem judicetur non esse filius, adversario tamen non competit sumptuum repetitio, quod notandum in *l. 1. §. interesse, si mul. vent. nom. in poss. mit.* Et observandum est Carbonianam bonorum possess. non tantum dari petitori, vel non possessori, sed etiam possessori, vel ut persequatur possessionem, vel ut retineat, *l.3. §. parvi, & §. seq. ff. h. tit.* quod dici potest de omni bonorum possessione, ut scilicet detur possessori, & non possessori. Nam in definitione bon. possess. jus persequendi, & retinendi nihil aliud est, quam possessori, & non possessori dari bon. poss. ejus, quod cujusque cum moreretur fuerit. Nec omittendum hanc bon. poss. Carbon. esse extraordinariam, non ordinariam, id est, decretalem esse, hoc est, dari causa cognita, non edictalem, in *l.3. §. pen. eod. tit.* Unde existunt, & manant multæ differentiæ. Nam edictalis bon. possessio datur etiam de plano, in via publica, in transitu, in processu. Decretalis non datur, nisi pro tribunali. Omnis enim causæ cognitio tribunal desiderat, omne decretum, *l.3. §. pen. de bon. poss.* Edictalis datur etiam die feriato, datur quocunque die: decretalis tantum die sessionis, quo sedet prætor pro tribunali, *l.2. §. dier, qui ord. &c.* Ac postremo edictalis possess. quæ ipso jure defertur ex edicto, potest repudiari, quia defertur quidem statim ex edicto, sed non adquiritur antequam agnita sit: ergo in arbitrio est ejus, cui defertur, eam repudiare, vel agnoscere. Decretalis autem repudiari non potest, quia non ante defertur, quam decreta sit, & cum decreta est, sera est repudiatio, quia cui decreta est, ei & adquisita est, & quod adquisitum est, non potest repudiari: quia delata tantum repudiantur, non adquisita, *l. 1. §. decretalis, de success. edic.* Ergo ne dicamus bon. poss. Carbonianam, tametsi proficiscatur ex edicto Carboniano esse edictalem, sed decretalem. Nam certe non defertur etiam ex edicto Carboniano, sed hoc tantum edicto Carboniano comprehensum est, ut impuberi causa cognita, id est, ex decreto detur bon. poss. cui fit controversia status, & bonorum paternorum, dilata utraque controversia & status, & bonorum paternorum ad pubertatem. Videtur Cn. Carbo ejus bon. poss. instituendæ, & ejus edicti auctor fuisse, quem legimus apud Valerium lib.5. c.3. Pompeii

pue-

pueritiæ, & bonorum patris ejus, de quibus controversiam patiebatur, admodum impubes, fuisse acerrimum defensorem, & protectorem, interpolito decreto in causa bon. patris Pompeii, & status Pompeii, dilataque ex causa à Cn. Carbone, cum præturam gereret, in tempus, quoad Pompejus in suam tutelam pervenisset. Nam cum dicatur decretum Carbonianum in *l. 2. de vent. inspic.* verisimile est decretum illud Carbonis deinde transiisse in edictum, id est, in jus commune, ut quod valere is decrevisset in causa Pompeii admodum pueri, valeret in omnibus pueris. Etiam illud non est omittendum, ut res omnis omnibus modis intelligatur bonorum possessionem Carbonianam non impedire ordinariam bonor. possessionem: hoc probat *l. 3. §. ult. l. 4. l. de bonis, §. 1. l. impubes, ff. h. tit. l. 1. §. sed etsi ex Carboniano, si tab. testam. nullæ exstab.* Quid hoc est? Carbonianam bon. poss. non impedire ordinariam, id est, edictalem bon. poss. Res ita se habet: mortuo parente relicto postumo, vel infante, vel impubere filio, primo loco ei defertus ordinaria bon. possess. contra tabulas, si sit præteritus, vel si sit institutus inutiliter, vel exheredatus inutiliter. Nam definitio præteriti hæc est, qui neque heres institurus, vel exheres scriptus est, aut inutiliter heres, aut exheres scriptus est, *l. 1. §. idem ait, & §. seq. ff. h. tit.* Vel etiam ab intestato impuberi primo loco defertur ordinaria, & edictalis bonorum possessio unde liberi: Nam edictum Carbonianum licet proprie sit coarctatum ad bon. possessionem contra tabulas, & liberos præteritos, tamen etiam postea porrectum est edictum Carbonian. ad bonor. possess. ab intestato. Imo & ad bon. possess. secundum tabulas, si quis institutus sit ut filius, ut si institutos sit postumus, qui ex uxore nascetur, & negetur esse filius, simul ac ei fiat controversia bonor. paternorum, interim ei dabitur Carbon. possessio secundum tabulas, vel ad exemplum edicti Carb. bon. poss. secundum tab. *l. 1. §. Pomponius, l. 3. in. prin. ff. h. tit.* Qua ex re Interpretes Græci dicunt, hanc bonorum possessionem esse τῶν περὶ, non esse propriam quandam bon. poss. sicut de peculio est, τῶν περὶ, propria actio ex empto, ex locato, conducto, &c. Si bon. poss. Carbon. contra tabul. vel secundum tab. vel unde liberi, vel unde legitimi. Nam cui patet ea, quæ est unde liberi, patet & ea, quæ est unde legitimi, & unde cognati. Hæc tria capita concatenata sunt, unde liberi, unde legitimi, unde cognati. Primo igitur loco defertur ordinaria, & edictalis bon. possessio contra tabulas, vel secundum tabul. vel unde liberi: deinde eidem impuberi sequenti parte dabitus bonorum possessio Carboniana, & ex eodem jure, videlicet si post acceptam bonorum possess. ordinariam ei fiat controversia status, & bonorum paternorum. Accepit igitur primum impubes ordinariam, & edictalem, post fit ei controversia status, & bon. paternorum, tum accipiet Carbonianam, quæ dabitur causa cognita, dilata utraque controversia ad pubertatem. Et necesse est dari hoc casu bonorum possess. Carbonianam: quia ubi negatur esse filius, cui ut filio data est bonor. possessio jure ordinario, sane statim ea bonor. possessio corruit, & sine re constituitur. Denique controversia status moratur, aut inhibet effectum ordinariæ bonorum possess. Igitur ut sustineatur interim impubes, & ne quid in re ejus innovetur, statim facta, & peracta controversia status, & bonorum paternorum, non exspectata pubertate, necesse est, ut denuo postulet sibi dari bonorum possessionem Carbonianam, ut scilicet nihilominus possideat bona, & ut alatur ex bonis interim, & ut exerceat actiones hereditarias, & ut res hereditatis persequatur, ut debita exigat, ut etiam ei conferatur, si forte frater emancipatus concurrat. Hi sunt effectus Carbonian. poss. bon. vel etiam, si statim post mortem patris filio fiat controversia duplex: Nam una ex eis si fieret, non esset locus huic edicto, si inquam ei fiat controversia, & prius petierit bonorum possess. Carbonianam, non inutiliter etiam postea petet bonorum possessionem ordinariam, & edictalem, ut scilicet repellat heredem scriptum à possessione bonorum secundum tabulas, vel heredem legitimum bonorum à possessione unde legitimi, quem non repelleret, si agnosceret solam bonorum poss. Carbonian. *l. si impubes, §. ult. & l. scriptus, ff. eod.* Non repelleret, inquam, heredem scriptum, vel legitimum, si admitteret tantum bonorum possessionem Carbon. quia est temporaria bon. possess. id est, pupillaris, ut ita dixerim bonorum possessio, quæ datur pupillis tantum, & finitur pubertate, *l. 2. §. sed etsi quis cum statns, ad S. C. Tertull. l. 3. §. puberi, de Carbon. edict.* Nec igitus Carboniana perpetuum jus tribuit, jus quidem plenum tribuit, sed ad pubertatem tantum favore parvæ ætatis, non igitur perpetuum. Ex quo intelligitur, quod initio dixi, quam sit verum bonorum possessionem Carbonianam non impedire ordinariam. Nam & ei, qui amplexus est ordinariam, necessaria est Carboniana, & ei, qui amplexus est Carbonianam, non inutilis est ordinaria. Et quod dixi Carbonianam bonorum possessionem esse pupillarem, id est pupillo tantum dari, non puberi, id est verissimum, & compertissimum. Id tamen quis possit fortiter impugnare *l. 1. sup. de alimentis pupillo præstand.* quæ dicit, partes tutoris esse, vel interveniente, vel cogente præside, ne mora pupillis fiat in alimentorum præstatione: etiam, inquit, si de stato pupilli, vel adulti, & bonis ejus controversia pendeat (quæ verba videntur respicere ad edictum Carbonianum, & complectuntur non tantum pupillum, sed etiam adultum) non debemus propterea tamen arbitrari eodem jure esse hac in re pupillum, & adultum: Nam pupillo, cui utraque fit controversia, status, & bonorum, datur quidem Carboniana, & jure ejus alitur ex bonis, in quorum possessionem mittitur potestate edicti Carboniani, sive decreti potius. At adulto non datur Carbon. bon. possessio, licet ei fiat hæc, & illa controversia. Sed pendente illa controversia, curare debet tutor, ut ex bonis, quæ alio jure possidet, quam Carboniano decreto, ea tueatur, atque exhibeat. Et ita est accipienda *l. 1. sup. de aliment. pup. præst.* Et postremo, ut propius accedam ad interpretationem utriusque legis, quæ tantum sunt duæ in *h. t.* Sciendum est impuberem, cui data est Carboniana, solum possessorem bono. constitui: interim ablata etiam possessione adversario, si is forte possessor fuerit hereditatis, quod interim præsumatur esse filius, & calumniosè negatur esse filius is, quem solum possessorem constituit, si satisdederit se bona restituturum adversario, si judicatum fuerit eum filium non esse, si lis secundum adversarium fuerit data, vel non satisdare potuerit adversarius, cum erit in possessionem eorundem bonorum. Possessio adversario cedet pro satisdat. communis poss. cum pupillo, *l. de bonis, §. qui pupillo, ff. h. t.* Ac præterea, ut ostenditur in specie *leg. 1. hoc tit.* Carboniano edicto locus est non tantum si quis negetur esse ex liberis defuncti, (quæ est quæstio de stato familiæ) sed etiam multo magis, si dicatur esse servus ex ancilla editus (quæ quæstio est de statu capitis, longe gravior) Edictum quidem Carbonianum loquitur de eo, cui fit controversia, an sit inter liberos. Sed ex sententia Juliani comprobata rescripto Divi Pii, edictum etiam trahitur ad controversiam, quæ impuberi fit an sit liber. Et species *l. 1.* hæc est: Frater possidet bona defuncti fratris, & impuberem filium ejus justum non esse filium, id est, ex ancilla natum, & editum esse dicit, ac proinde hereditatem defuncti ad eum non pertinere, sed ejus heredem se esse legitimum: contra filius impubes, aut tutor ejus nomine contendit jure hereditatem ad se pertinere, jure prætorio, jureque legitimo, & petit hereditatem à patruo, qui eam possidet pro herede. Quæritur an admittatur ad petitionem, sive possessionem hereditatis: Et statim initio lex ait, eum non posse petere hereditatem, id est, edictalem possessionem, aut si eam petit, præmature petit (*devant le temps*) antequam agnoverit bon. possessionem Carbonianam. Quod utique verum est, licet agnoverit bonorum possessionem ordinariam unde liberi.

Quia

Quia ubi movetur controversia status, bonor. possessio ordinaria sine effectu est, id est, rem non perducit ad effectum, non constituit possessorem eum, qui eam accepit, non aufert possessionem adversario, qui ei facit controversiam status, & bonorum paternorum. Vires igitur cum nullæ sint ordinariæ; necessaria est Carboniana bon. possessio, ut interim is fruatur bonis, qui dicit esse paterna, & jure ad se rediisse, cui locus est non tantum, si fiat controversia, an sit inter liberos, sicut scriptum est edicto Carboniano; sed etiam, si dicatur esse servus, ut in specie *leg. primæ*, & editus ex ancilla, si & ipse, & mater ejus dicantur non esse liberi ex sententia Juliani, comprobata, ut dixi, rescripto Divi Pii. Et additur ratio in *l. 1. §. sed etsi quis, ff. h. tit.* ad Julianum, & divum Pium. Nam, inquit, magis consulendum est eis, quibus majus periculum intenditur: & majus est periculum, si quis cadat libertate, quam si familia cadat, quam rationem videtur duxisse ex Herodis oratione, *περὶ πολιτείας*, in qua ita est, *οἷς κίνδυνος οἱ μείζονες γίνεται, τούτοις ἀναγκαῖον ἐπιμελητέον μᾶλλον: eos maxime nobis curæ, & in commendatione prima esse debere, quibus majus periculum intenditur*. Nostri multa sumpsere ex veteribus Philosophis. Ergo accepta, ut diximus, Carboniana bonor. possessione, nec præmature petita hereditate, jure civili prætor, quasi justa præsumptione sumpta pro filio impubere, & dilata omni controversia ad pubertatem, solum eum impuberem interim bonorum eorum possessorem facit, atque instituat, si modo satisdederit, ut *lex 1.* ait, *de bonis restituendis adversario*: si post pubertatem secundum adversarium pronuntiatum fuerit, vel si non satisdederit, vel noluerit, aut non potuerit, pati debet adversarium secum in possessione eorundem bonorum esse, satisdationis vice. Hæc est sententia *l. 1.* cui objicitur *l. 1. sup. de ord. jud.* ut ostendatur ex ea, etiam non petita bon. poss. Carboniana, vel admissa filium impuberem posse petere hered. directo judicio civili, directa petitione hereditatis. Nam *l. 1. sup. de ord. jud.* ait, rupto testamento agnatione postumi, postumum posse petere hereditatem apud præsidem, etiamsi fiat ei controversia status, & bonorum paternorum. Nam etsi præses provinciæ principaliter non possit cognoscere de statu, quod illa lex omnium optime probat, & quia cognitio de statu tantum data fuit proconsuli, ut intelligere est ex epistola Plinii ad Trajanum de assertione ingenuorum. Proconsulis major est dignitas, quam præsidis. Nam proconsul spectabilis dicitur, præses clarissimus tantum, quæ est infima dignitas. Præsidi non est cognitio de statu, nisi datum sit ei specialiter jus prætorium, vel proconsulare, id est, nisi missus sit in provinciam cum jure proconsulari, & prætorio titulo præsidis. Quamvis igitur alias præses non possit de statu cognoscere principaliter, tamen quoties quæstio status incurrit in petitionem hereditatis, eam discutere potest, & disceptare, *l. 3. sup. de judic.* quia non est pronuntiaturus de statu, sed de hereditate tantum. Et interim tamen causam status excutiet, & examinabit, alioquin non possit dirimere causam hereditatis. Hoc ait *l. 1. sup. de ord. jud.* In cujus specie impuberi recens nato fiebat controversia status, & bon. paternorum, & tamen non dicitur esse præmatura petitio hereditatis, nec dicitur necessaria esse Carboniana bon. poss. Quid statuemus? Facillimum est hoc expedire, ut mittam diversas opiniones, quod non est mei moris insequi: Distinguendum est ita: aut tutor magis arbitratur è re pupilli esse, quæstionem utramque differri in tempus pubertatis, & tunc necessaria est Carboniana poss. & petitio præmatura hereditatis est, & præmaturitatis ratione etiam nulla, quod notandum: aut tutor arbitratur utilius esse directa petitione hereditatis agere jure civili, & omnem quæstionem hodie dirimi, quo casu sane cessat Carboniana bonorum possessio, si nolit differri: Nam & inducta est differendæ quæstionis causa, & probat aperte hanc distinctionem *l. 3. §. missum, de Carbon. edic.* Postremum notandum est ex *l. 2. h. t.* Huic edicto Carboniano derogare edictum de ventre inspiciendo. Nam ut breviter expediam, si uxore à defuncto relicta prægnante, protinus ea secundum formam edicti de custodiendo partu non denuntiaverit proximioribus cognatis defuncti, se esse ex eo prægnantem, & ut mitterent legitimas personas, puta mulieres aliquot, vel quinque bonæ existimationis ad ventrem inspiciendum, & ad partum observandum, & custodiendum, si mulier hoc omiserit, si edictum de partu custodiendo neglexerit, & præcepta ejus edicti, postea edito partu, si ei fiat controversia status, & bonorum paternorum, erit confestim dirimenda, nec quidquam erit dandum ætati parvulæ, & beneficio edicti Carboniani. Et hoc est, quod dixi, edicto Carboniano derogare edictum de custodiendo partu, si ei obtemperatum non sit, quandoquidem non præsumitur esse filius, quod non sint observata præcepta legum in custodiendo, & servando partu: nec induci potest hoc casu illa favorabilis præsumptio edicti Carboniani. Etiam adiicit *l. 2. hoc tit.* necesse esse, ut certum sit, indubitatum esse matrimonium, & ut certum sit legitimam hereditatem pertinere ad filium impuberem, de quo agitur. Quæ omnia prætor, antequam decernat Carbonianam, debet summatim examinare. Nam si certum sit non esse matrimonium, vel eum filium legitimum heredem non fore, puta quod sit rite exheredatus, proculdubio cessat Carbonianum edictum, *l. cum fine, ff. eod. tit.*

AD TITULUM XVIII.

UNDE VIR, ET UXOR.

POST edictum successorium, quo datur successio inter eos, qui ex parte unde cognati, vel unde liberi, vel etiam secundum Justinianum ex parte unde legitimi vocantur: & post edictum Carbonianum, quod etiam omnibus iis edicti partibus aptari constat, merito subjicitur ea pars edicti, qua post cognatos prætor virum, & uxorem vocat ad conjugis intestati hereditatem. Cur merito? nempe quia ad hanc partem unde vir, & uxor bonorum possessio defertur, neque successorium, neque Carbonianum edictum aptari potest. Nam & plures in eo ordine non sunt personæ, quam vir, & uxor, ut possit alii alia succedere ex edicto successorio, & ex eis nemo est pupillus, ut possit esse locus edicto Carboniano, quod pertinet tantum ad pupillos. Ergo data parte unde liberi, & unde legitimi, & unde cognati, recte iis aptavit continuo edictum successorium, & edictum Carbonianum, & nunc proponit partem unde vir, & uxor, ad quam illa duo nihil pertinere possunt, & huic quidem parti unde vir, & uxor vocantur, locus est, si sit justum matrimonium, quod est notandum in *l. 1. ff. hoc tit.* Itemque secundum jus vetus, si uxor non fuerit in manu viri. Hæc enim non succedit viro, nisi post cognatos ex hac parte edicti petita bonorum possessione: quæ autem fuit in manu viri, ea viro succedit ex l. 12. *tab.* ut suus heres, quia viro est filiæ loco, & vicissim vir ei est patris loco, ut sit inter eos legitima successio ex l. 12. tabularum, & possit etiam ea uxor suo marito succedere ab intestato, ut sua heres cum filiis communibus, qui in potestate mariti morientis fuerunt. Eodem modo hæc, quæ convenit in manum viri, id est, per coemptionem, & conventionem in manum, nuptias cum eo contraxit, atque adeo in manu est ejus, & potestate ut filiaf. ea, inquam, filiis suis ex justo matrimonio susceptis succedit ut consanguinea .i. si quasi soror, & filii sunt loco fratrum, loco consanguineorum. Nam in jure semper, atque in aliis auctoribus consanguinei dicuntur tantum fratres, & sorores, non cæteri cognati; consanguinitas est tantum fraternitas, non agnatio quælibet. Consanguinitas est species agnationis, non generale nomen, & qui dicit arborem consanguinitatis duo peccat. Nam graduum dispo-

sitio similitudinem nullam habet cum arbore, sed cum scala potius, vel gradibus. A Neque consanguinitas unquam significat cognationem, sed fraternitatem tantum. Quæ est igitur in manu viri veluti consanguinea, ea filiis suis est veluti consanguinea. Et vicissim sunt filii consanguinei, & ab intestato invicem sibi succedunt ex l. 12. tab. Ex SC. autem Tertulliano ea tantum mater succedit filio cessante l. 12. tab. quæ non fuit in manu patris, ut eleganter notat Ulpianus lib. *Regul. tit. de leg. her.* Et retro vice mutata ex SC. Orfitiano, cessante lege nimirum 12. tab. filius ab intestato ei matri succedit, quæ non fuit in manu patris. Neque enim ei, quæ fuit in manu patris, opus fuit SC. Ergo secundum jus vetus adiecit viro, & uxori post cognatos necessarium esse, ut invicem sibi succedant ex hac parte bon. possess. si modo mulier convenerit in manum viri, id est, si per B conventionem in manum cojerint nuptias, quo genere uxor marito est suus heres. Sunt enim heredes sui alii naturales, ut liberi, quos in potestate habemus, alii non naturales, ut adoptivi, vel uxor, quæ in manu est viri, vel nurus, quæ in manu est filii, quem in potestate habemus. Quæ omnia deprompta sunt ex jure veteri. Sed pergamus ad alia. Etiam notandum est, ita demum huic parti locum esse, si defuncto, vel defunctæ conjugi deficiant parentes, & liberi, & cognati omnes, ut in *l. ult. inf. quor. bon. l. 9. de legat.* 3. Hæc bon. poss. ultimum edicti locum occupat .i. nonnisi deficientibus superiorib. gradib. defertur, atque competit. Et ut ait *l.* 1. deficiente successione legitima, & naturali. Vocat successionem legitimam agnatorum, & successionem naturalem cognatorum. Tunc igitur deficiente omni cognatione virum, & C uxorem sibi invicem succedere in solidum, fisco excluso jure antiquo, inquit, lex 1. Non vocatur fiscus, nisi post conjuges ex l. Julia caducaria, *l. quidam, §. quoties, de leg.* 1. Quod autem ait l. unica, virum, & uxorem deficiente omni cognatione sibi invicem succedere in solidum pro jure antiquo, non est ita scriptum, ut Thalelæus voluit, tantum ad differentiam legis Papiæ decimariæ, quoniam ea l. pertinebat ad causam testati, non intestati, de qua tractatur *l. 2. de infir. pœn. cœlib.* Ubi loquitur de illis decimis, quæ solæ ex testamento poterant conjugi relinqui. Nec enim inter se conjuges ex *l. Pap.* habebant ex testamento solidi capacitatem. Sed constitutio hujus tituli jus antiquum dicit ad differentiam, sive *ἀντιδιαστολὴν* cujusdam novæ constitutionis Theodosii, & Valentiniani, quæ non cum liberis defuncti mariti intestati, sed cum D parentibus etiam, & propinquis defuncti mariti intestati vocabat etiam uxorem in certam partem. Et iis demum deficientibus in solidum secundum jus antiquum. Cujus constitutionis novæ Theodosii, & Valentiniani fit mentio in *l. ult. C. Theod. tit. de leg. her.* & cujus etiam portio quædam est in hoc tit. nimirum illa, ut deficiente omni cognatione, vir uxori, & uxor viro succedat in solidum ab intestato pro jure antiquo, & jure novo, ut cum parentibus, & cognatis defuncti mariti uxor succedat non in solidum, sed in portionem certam. Sed iidem Imperatores non diu in ea sententia perseveraverunt: Imo in *d. l. ult.* derogant ei constitutioni suæ novæ, restituto jure antiquo, ut scil. mulier viro nulla ex parte succedat, nisi deficiente omni cognatione, & in nullam partem veniant bo. marit. existentibus parentibus, aut propinquis, & E omnino ut sequamur jus antiquum hac in parte, quo liquido apparet in constitutione h. tit. jus antiquum dici, quod fuit ante illam constitutionem novam Theodosii, & Valentiniani, ut uxor cum propinquis mariti succedat in certam partem, quod etiam jus antiquum restitutum est ab iisdem Imperatoribus, recantata sua nova constitutione. Hodie ex Novell. Justin. etiam uxor vocatur in certam partem bon. mariti cum filiis suis, si maritus locuples fuerit, mulier autem inops, & indotata, quod facile est discere ex Nov. 53. *ca. ult. &* 74. *ca. ult. &* 117. *ca.* 5. quarum summa quædam brevis hujus tituli constitutio ab Irnerio subjecta est. Nunc transeamus ad tit. 19. de repud. bonorum possessione.

AD TITULUM XIX.

DE REPUDIANDA BONORUM POSSESSIONE.

HIC titulus respicit ad edictum successorium, quo repudiandæ, vel petendæ bonor. poss. certa tempora præscripta sunt. Nempe liberis, & parentibus annus, cæteris centum dies ad deliberandum, utrum expediat eis petere bon. poss. an repudiare, videlicet ut primis repudiantibus, vel omittentibus, sequentes ex edicto succedant. Et de repudiatione notandum hoc est, sive repudietur hereditas, sive bonor. possessio intra constituta tempora successorio edicto, non valere repudiationem bonorum, nisi fiat solemniter in jure, ut confessio neminem obligat, neminem judicato, sive damnato similem facit, nisi quæ fit in jure, id est, ad sellam prætoris. Repudiatio igitur bonor. poss. fieri debet solemniter in jure, id est, ad tribunal prætoris, *l. suus, & l. sicut, inf. de repud. hered.* Et hoc distat à recusatione hereditatis bon. possessio. Nam hereditas recusatur quocunque loco, quocunque modo, quovis indicio voluntatis, *l. recus. ad S C. Treb. l. recusari de acquir. hered.* Et *Paulus 4. sent. tit. de repud. her.* Repudiatio, ut dixi, non fit qualitercunque, non valet, nisi quæ solemniter facta est, id est, in jure. Qui autem ita semel repudiavit, perdidit omne jus suum, & cœpit confestim sequenti ex edicto successorio deferri bon. poss. etiamsi nondum exierint tempora, intra quæ poterat is, qui repudiavit, petere bon. poss. *l. 1. §. qui semel, de success. edic. l. 1. §. plane si tempora, si tab. testam. null. exstab.* Ergo non licet reverti ad hereditatem, vel bona, quæ solemniter in jure repudiavimus, nisi minori beneficio restitutionis in integrum, vel etiam majori ex magna causa justi erroris, quæ omnia notissima sunt. Nunc sciendum est unam fuisse constitutionem Impp. Maximiani, & Diocletiani scriptam ad Theodosianum quendam, quæ in hoc Codice discissa est, & dispartita in quinque partes, quas tu si coadunaveris, invenies aliam aliis magnam lucem adferre, hæ sunt, *l. 1. h. t. l. suus, inf. de repud. her. l. 4. sup. de post. l. si filiusfam. sup. de petit. hered. & l. transactio nullo, sup. de transact.* Quæ quinque partes efficiebant unam constitutionem, omnium earum legum una, eademque est inscriptio, & subscriptio. Hoc autem in ea constitutione Impp. docebant, differentiam esse inter filium suum, & emancipatum in hoc, quod emancipato prætorio jure datur bonorum possessio contra tabul. suo autem præterito ipso jure nullum, & injustum testamentum est. Item, quod filius emancipatus si petierit bon. possessionem, & nondum acceperit, non intelligitur eam acquisiisse, vel agnovisse ob id solum, quod petierit eam, nisi & data, & accepta fuerit, ut sit ei integrum post petitionem bon. poss. eam repudiare, quia nondum ei adquisita est: sed si filius suus dicat testamentum ipso jure nullum, si dicat injustum, hoc ipso statim videtur agnovisse hereditatem, & adquisisse sibi, ut jam non possit eam repudiare. Finge igitur, & hæc est species *l. 1. hoc tit.* Filius emancipatus petiit bon. posses. prætor ei non dum dedit: non ut petitur quælibet posses. & datur confestim, quia plerunq; obstat adversarius ne detur, & longa sæpe est lis ea de re apud prætorem, danda ne sit bon. poss. necne, *l. qui ex liberis, §. ex testamento, de bon. poss. secund. tabul.* Post petitam bonorum possessionem à filio emancipato inter moras judicii, dum certaretur inter filium emancipatum, & adversarium de danda bon. poss. ipse, qui eam petierat, nescio, qua ratione ductus, eam repudiavit in jure, quo in loco litigabat, repudiatio valet, nec potest is ad eam quæstionem reverti, non potest resilire à repudiatione, & reverti ad bonor. possessionem, quam semel rite repudiavit. Neque vero ut repudiatio facta in jure valeat, necesse est repudianti quemquam adesse advocatum, sive patronum, quia & sine patrono facta in jure repudiatio valet. Et

ideo,

ideo, ut definit lex 1. filius emancipatus, qui rite repudiavit bonor. possess. quam petierat, antequam daretur, non potest ad eam reverti, eamque petere, hoc prætextu, quod ei repudianti causæ patronus nullus fuerit, *l. 1. & l. 4. sup. de postul.* quæ est constitutio eadem: hoc in emancipato: Si suus in jure dixerit testamentum nullum, quod in eo sit silentio præteritus, & mox non donandi animo, sed transigendi cum adversario in jure profiteatur, se eam hereditatem non petiturum, ea res neque ut transactio valet, neque ut repudiatio, quia filius suus dicendo testamentum nullum, atque instituendo litem de bonis paternis, hoc ipso videtur adquisisse, & agnovisse hereditatem paternam. Sera igitur repudiatio est, quia quod adquisitum est, non potest repudiari, *l. 1. §. edictalis, de succes. edic. l. Titia, §. Lucia, de leg. 2.* Non valet etiam ea professio filii sui, qui cum dixisset patris testamentum nullum ipso jure, postea dixit se hereditatem non petiturum, non valet, inquam, ut transactio, quia nihil ei datum est, nihil ei promissum est, nihil etiam ipse retinuit ex bonis paternis. Et transactio nulla fit gratuito. Transactio nulla est si nihil retineatur, vel detur, vel promittatur, *l. 1. de transact.* Et hoc est proditum ex eadem constitutione in *d. l. suus, & in d. l. transactio nulla, sup. de transact.* Atque ita conjunguntur illæ ll. quatuor, quæ etiam ductæ sunt ex una, eademque lege. Et conjungenda tantum restat *l. si filiusfam. de petit. her.* quæ superioribus coaptabitur convenientissime, si dicamus, in *l. si filiusfam.* alium modum proponi agnoscendæ hereditatis patris. Agnoscit hereditatem patris, ut diximus, qui testamentum patris dixit ipso jure nullum, ut jam non possit repudiare hereditatem paternam. Item ex *d. l. si filiusfamil.* agnovisse videtur hereditatem patris, qui longo tempore eam possedit, & non tantum hereditatem patris, sed & quamlibet hereditatem filiusfam. videtur adquisivisse, & agnovisse, si eam diu possederit, & per eum videtur etiam hereditas adquisita patri. Qui modus adquirendæ hereditatis est valde novus, ut credatur admisisse hereditatem, & adquisiisse patri filiusfam. sibi delatam, qui eam longo tempore possedit. Et confirmat etiam hæc *d. l. qui in aliena, §. 1. de adquir. hered.* Additur in *l. 2. & ult. hoc tit.* filio delatam bonorum possessionem, patri in fraudem filii repudiare non licere. Non potest, inquit, pater filio delatam hereditatem repudiare in fraudem filii. Quod si accipias de filio emancipato, est certissimum. Si item id accipias de filiofamil. & de bonis castrensibus, quæ patri nullo jure adquiruntur, etiam est certissimum, patrem nihil posse in fraudem filii, ad quem pertinet emolumentum hereditatis, vel bonor. possess. Nec possis quod in bonis castrensibus idem statuere in bonis maternis: Nam falsum est, quod sæpe tentavit Accurs. etiam ante Constantinum hoc jus fuisse, ne bona materna per filiumfa. adquirerentur patri proprietatis jure, sed ususfructus tantum: Nam certo certius est, ante Constantinum, id est, ante *l. 1. de bon. matern.* bona materna pleno jure, ut quæcunque alia bona adventitia adquiri patri ex *d. l. qui in aliena* circa prin. in eo loco, *sed etsi legitima*, & *l. 1. §. qui operas, ad Tertull. & l. 3. §. verbum, de don. int. vir. & ux.* Hi loci ostendunt bona materna, quæ obvenerunt filiofam. plenissimo jure adquiri patri, sed hodie ex constitutione Constant. non adquiritur, nisi ususfructus, & possessionis jure, non proprietatis. Ergo sive hanc *l. 2.* accipias de filio emancipato, sive de filiofamil. & bonis castrensibus, quæ ei deferuntur, nec possunt aquiri patri, nullus est labor. Sed quid si hanc legem accipias de bonis delatis filiofam. quæ pleno jure adquiruntur patri? An verum est etiam patrem in fraudem filii, ut ait lex, non posse bon. poss. repudiare? sic arbitror: Nam semper in interpretandis legibus is casus assumendus, qui est difficilior, & qui plus habet dubitationis, *l. quod Labeo, de Carbon. edic.* Et ratio dubitandi magna est, si filiof. deferatur bon. poss. cujus emolumentum jure potestatis mox sit perventurum ad patrem, si admittatur, & agnoscat, quia unusquisque potest repudiare suam bon. poss. Et pater repudiando illam delatam filio, videtur repudiare suam, cum emolumentum omne bon. poss. ad eum redeat. Igitur videtur eam jure repudiare, nec in ea re fieri fraudem filio, apud quem ne momento quidem, si ea res agnoscatur, permansura est. At nihilominus dicam verum esse quod ait lex, in filiofam. & in bonis, quæ adquiruntur patri, ut eorum bon. poss. delatam filiof. non possit repudiare pater in fraudem filii, quia scil. quamvis omne emolumentum adquiratur patri, si filiusfa. jussu patris agnoscat bon. poss. vel si agnitam à filio pater ratam habeat, ut in *l. 1. sup. qui admissi*, tamen interest filii, ne eam temere repudiet pater ipso invito, ut forte filiof. patref. facto morte patris, vel capitis deminutione, vel emancipatione, ut, inquam, ei patrif. facto postea quandoque sit integra, & incolumis agnitio bon. poss. Hæc ratio efficit ne repudiatio patris, quæ fit sine voluntate filii, possit filio esse fraudi, & ideo quod delatum est filiof. ut non possit repudiare pater sine consensu filii, sive sit bon. possessio, sive hereditas, sive legatum, vel fideicommissum, in *l. renitente, inf. de jure delib. l. ex repudiatione, inf. de fideicommiss.* Et hoc distat maxime pater à domino: Nam bonorum possessionem delatam servo, vel legatum servo delatum, dominus repudiare potest invito servo, *leg. 1. §. per servum, ff. de success. edicto, l. legatum 7. de leg. 1.* Et ratio differentiæ, quia servus pro nullo habetur, & jure civili, & prætorio, ut non sit spectanda illius voluntas. Qua ratione utitur IC. in *l. 1. de jure delib.* dum ait, servo heredi instituto ab extraneo, tempus ad deliberandum præstitui à domino, non explorata voluntate servi: quia, inquit, servus pro nullo habetur apud Prætorem. Et longe alia est ratio liberi hominis, puta filiifamil. & servi. Concludamus igitur: sicut pater non potest bonorum possessionem delatam filiofamil. agnoscere, vel hereditatem adire sine voluntate filii, nisi sit infans, *l. 1. §. 1. de bonor. possess. infanti competente, leg. servus, §. impubes, de bonor. poss. l. is, qui heres, §. ult. de adquir. hered. l. 4. & l. si infanti, inf. de jure delib.* ita etiam ut non possit repudiare sine voluntate filii, ne fiat filiof. injuria, qui mox fiet paterfamilias, & cui volenti integrum erit, contra quam senserit pater, eam bonorum possessionem amplecti. Eadem igitur ratio sit, & agnitionis, & repudiationis.

AD TITULUM XX.

DE COLLATIONIBUS.

HIC titulus terminat, & claudit tractatum de bonorum possess. Et proprie respicit ad bonor. possess. contra tab. quæ datur potissimum liberis emancipatis præteritis ex edicto Prætoris, etiam existentibus suis, si modo, ut edicto Prætoris comprehensum est, emancipati parati sint suis heredibus, id est, fratribus, qui in potestate patris manserunt, heredibus institutis, vel etiam præteritis, bona propria, quæ moriente patre communia habuerunt, in commune conferre, vel satisdare se ea collaturos, vel eo minus carere ex bonis patris. Nam ut eleganter Ulp. ait in Inst. æquissimum putavit Prætor neque emancipatos liberos bonis paternis carere, per hoc, quia non sunt in potestate, neque propria bona habeant præcipua, cum partem sint ablaturi suis heredibus. Ergo ratio inducendæ collationis una hæc est: quia emancipatus injuris quodammodo afficiat fratres, id est, suos heredes, dum eis partem bonorum paternorum aufert beneficio prætoris, qui in omnia defuncti bona vocabantur soli, jure civili exclusis emancipatis, ut in *l. 1. in prin. & §. pater, & §. toties, de collation. bon. & l. 3. de collat. dotis.* Quamobrem si quo casu forte liberi emancipati suis injuriam non faciant, si nihil eis auferant, nihil abradant, sed adjiciant potius, eo sane casu collationis munere

non funguntur, ut in hac specie, quæ proponitur in *l.pen.* A *§. videamus*, *de bon. poss. contra tab.* Si duo sint fratres, unus emancipatus, alter suus, & emancipatus sit præteritus, suus institutus ex quadrante, extraneus ex dodrante: & emancipatus, qui præteritus est, petat. bonor. poss. contra tabul. atque ita viam aperiat edicto de bon. poss. contra tabul. vel causæ intestati commisso illo edicto, ita fiet, ut beneficio emancipati *par son moyen*, habeat filius suus heres institutus, quod per se non haberet, videlicet ut possit simul cum fratre emancipato admittere bonor. possess. contra tabul. ac si heres institutus non fuisset, qua via feret semissem, qui ex institutione tantum tulisset quadrantem: Nam excluso extraneo herede instituto in dodrantem, veluti ab intestato, duo semisses fient hereditatis paternæ, & singuli singulos capient, nec emancipatus quicquam conferet fratri suo. B Quia concursus, seu interventus emancipati commodum attulit suo heredi, non incommodum, id est, auxit portionem sui heredis. Idem procedit & in hac specie, quæ etiam proponitur in *d. l. §. videamus*. Filius emancipatus præteritus est, filius suus exheredatus, extraneus scriptus heres. Irrita est exheredatio, si forte is, qui heres scriptus est, non adeat. Quia destituto testamento, nihil eorum, quæ in eo scripta sunt, valent. Et destituitur non adeunte scripto. Finge: Heres scriptus metu emancipati præteriti, cui non ignorat competere bonor. possessionem contra tab. ad eas rescindendas, repudiavit hereditatem, atque ita beneficio quodammodo, atque interventu filii emancipati præteriti irritum factum est testamentum, irrita facta est exheredatio filii sui. Et suus quidem ipso jure venit ab intestato ad bona patris. Eman- C cipatus jure bonor. possessionis contra tabulas. Qua via inter se duo fratres hereditatem dividunt ex æquis portionibus, & aufert sibi quisque, atque vindicat semissem bonorum defuncti patris. Nec emancipatus, quicquam confert suo, quia æquum non est, ut quicquam conferat ei, cui commodum adfert, non incommodum. Nam si non intervenisset emancipatus, vires suas habuisset exheredatio, herede scripto adeunte hereditate. Ergo pensandi tantum incommodi causa, quod emancipatus adfert suo, dum ei concurrit in amplectendis defuncti patris bonis, introductum est onus collationis, ut fil. id subiret, qui incommodum adferret alteri. Est & alia ratio inducendæ collationis inter suos, & emancipatos, quia filius emancipatus, qui appetit bona paterna, & vult in ea concurrere cum fratribus, qui sunt in fa- D milia patris, jus filiifamil. vult habere, id est, ac si filiumfamil. se admitti vult in bona patris cum eo, qui vere est filiusfamil. & suus heres. Filii autem familias quæ sunt, patris sunt. Igitur qui vult venire tanquam filiusfamilias, ea, quæ sua sunt, in commune redigere debet, ita ut omnes fratres sint consortes tam in bonis paternis, quam in bonis propriis; ut qui se adæquat cum suo, nihil etiam sibi proprium, & præcipuum esse ducat, excepto peculio castrensi, vel quasi, quod ex constitutionibus constat, omnes liberos retinere præcipuum, nec unquam conferri favore militiæ, sive sint liberi emancipati, sive sui, *l. 1. §. neque*, *ff. eod.* Hæc est ratio inducendæ collationis, quam dixi proprie pertinere secundum edicti verba ad bon. poss. contra tab. id est, quotiens existentibus suis heredibus, emancipati ve- E niunt ad bona patris, quod sint præteriti jure bon. poss. contra tab. Sed notandum est etiam aptari hunc titulum ad bonorum possessionem unde liberi, & ad querelam inofficiosi testamenti, ut in *l. 4. 9. & l. ut liberis*, *h. t.* Et generaliter ubicunque liberi emancipati veniunt ad bona patris ab intestato concurrentibus fratribus, qui in potestate remanserunt, sive veniant ex parte unde liberi, sive rescisso testamento per bonor. poss. contr. tab. sive rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationi locus est. Collatio igitur fit inter fratres suos, & emancipatos ab intestato: & est collatio, commixtio, sive confusio propriorum bonorum cum paternis, quæ fit inter fratres ab intestato, ut ea omnia inter se partiantur ex æquo. Hæc est definitio collationis. Unde quæritur, an si liberi emancipati veniant ad bona patria ex testamento, non ab intestato, ut si sint heredes scripti ex parte adjectis coheredibus fratribus, qui in potestate manserunt, an propria bona fratribus coheredibus suis in commune conferre debeant, quæ est quæstio *l. 1. & l. 7. hoc tit.* quæ simul explicabuntur. Et eo quidem jure, quod perpetuo obtinuit ante Novell. Justin. inter fratres à patre testamento scriptos heredes non datur collatio, ut *l. 1. & 7. & omnibus ll. ff. & Cod.* Et approbante etiam Justin. *in l.ult. sup. communia utriusque jud. & l. unica*, *§. quo à nobis recepto*, *sup. de rei ux. act.* Videamus quæ sit ratio, non oportet Jurisconsultum *ἀμάρτυρα λαλεῖν καὶ ἄλογα*. Cur ex testamento fratres, qui veniunt ad bona paterna non conferunt propria? Ratio admodum perspicua est, quia non vocantur, aut non veniunt ex testamento ut liberi, sed ut quilibet, ut extranei qualescunque habentes testamenti factionem, *l. 1. §. Pompon. de Carbon. edic.* Filio herede scripto, nihil agis si objicias eum non esse filium, quoniam etiamsi non sit filius, tamen si sit scriptus testamento, heres esse potest, id est, venit non ut filius, sed ut extraneus quilibet, venit extero jure, ut ait *l. 10. hoc tit.* id est, extranei jure. Et æqualitas illa, & communio, quam collatio constituit, eis tantum congruit, qui succedunt in bona demortui liberorum jure, & qui simul vocantur jure fraternitatis. Quod ipsum per se nomen, ut est in panegyrico Flaviensium, *nihil est aliud, quam æqualitas, & communio, ut in l. verum, pro socio*. Et ita etiam si quid per legatum, aut fideicom. reliquit pater filio emancipato, id capit extero jure, ut ait *l. 10. i. c.* ut extraneus. Ac proinde illo nomine non obligatur collationi, quia in id, quod legatum est, non venit ut frater, vel ut filius defuncti, sed ut quilibet heres, & ita in *l. 16. h. t.* Si filius emancipatus, cui pater aliquid legavit, vel ut ait, cui aliquid reliquit, ultra relictum (quo nomine significatur legatum, vel fideicom.) si ultra relictum, velit etiam venire ad successionem patris intestati, & auferre partem fratri, qui mansit in familia, atque ita plus habere, quam ei reliquit pater, collatione fungi debet. Hoc ideo dicit, quoniam si relicto sit contentus, nullum sustineret onus collationis. Ergo verum est eum, qui quid meretur ex judicio defuncti, vel institutione, vel legato, vel fideicomm. etiamsi partem bonorum paternorum ferat, non pati onus collationis. Denique ex testam. collationem non esse, aut collationi eum non obligari, qui capit ex testam. bonor. paternorum partem. Nec quidquam obstat l. qua offenditur Accursius in *l. 7. hoc tit.* nimirum *l. 2. de coll. dot.* quæ dicit, filiam datam in adoptionem à patre naturali, & heredem institutam ab eodem, debere conferre bona propria, & dotem sicut emancipatam. Et si pater ejus adoptivus adhuc vivat, debet etiam ea conferre. Ergo instituta heres confert. Sed (nolo esse longior) verissimum est perspicue, quod notavit Azo, ita ponendam esse speciem ad *d. l. 2.* ut omnia congruant, cum non possint literis omnia exprimi, quæ ad unam speciem spectant. Pleraque nobis subintelligenda, atque supplenda relinquuntur, ita ut non sit temere ex eadem lege generaliter statuendum, heredem institutum, vel institutam conferre bona propria, sed quibus receptum est heredem institutum etiam pati onus collationis, & sunt ne casus aliqui, quibus heres institutus illud onus sustineat? Sic sane, ut puta, si heredi instituto alius filius præteritus committat edictum de bonorum possess. contra tabulas, id est, si hanc faciat viam, & sibi, & fratri instituto, si velit, perveniendi ad bona defuncti patris. Quo casu si instituto filio additi fuerint coheredes ex eodem testamento, & forte institutus sit ex modica parte commisso edicto, vel beneficio præteriti, simul veniet, licet institutus sit ad bonorum possessionem contra tabulas ratione portionis adcrescentis, id est, quod ea via plus capiat, quam ei dederit scriptura testamenti, subjicitur muneri collationis. Et ita etiam in eadem persona, id est, in filia data in adoptionem, hæc proponitur, *l. 1. §. is quoque*, *de coll. bon.*

bon. l. non putavit, §. in adoprionem, de bonor. poss. cont. tab. Et secundum hoc rectissime in *l. 1. hoc tit.* ut filius emancipatus nihil conferat fratribus suis, exigitur, ut non tantum sit testamento scriptus, sed etiam ex testamento successionem obtineat adita hereditate, vel agnita bonor. poss. secundum tabulas: nam si filius emancipatus testamento patris heres scriptus, alio jure veniat ad bona patris, quam testamento, & eo jure plus nanciscatur, quam ei adscripserit pater, ut puta alio filio præterito rescindente testamentum per bonorum possessionem contra tabulas, vel alio filio exheredato rescindente per querelam inofficiosi testamenti, & intestatum patrem faciente omnimodo, atque ita viam aperiente etiam fratri instituto, ad obtinendam majorem portionem in bonis paternis: Sane æquum est, ut collationem admittamus, imo necessariam esse dicamus, *l. 1. §. toties, de coll. bon. l. 3. de collat. dot.* Non est omittenda exceptio, quæ additur in hac *l. 1. & 7.* ut ex testamento non detur collatio inter liberos, nisi pater nominatim caverit filium emancipatum conferre etiam à se donata, vel filiam emancipatam, vel etiam filiamfam. conferre dotem à se datam ex voluntate defuncti. Collationi non est locus inter eos, qui veniunt ex causa testamenti, non aliter. Hodie autem ex Novella Justiniani *de triente, & semisse* liberi, qui ex testamento veniunt ad bonorum possess. patris: licet non caverit testator specialiter, ut propria bona conferrent, debent ea omnia, quæ habent, in commune conferre, nisi nominatim vetuerit testator ne ea conferant. Vetus hæc est regula: Ex testamento non esse collationem, nisi testator velit esse. Nova hæc est regula: Ex testamento esse collationem, nisi testator esse noluerit: Ut plane hodie nihil intersit inter causam testati, & intestati. Nam sive ex hac, sive ex illa parte veniant liberi, sustinent munus collationis, nisi noluerit pater esse collationem. Et observandum maxime ex *l. ex parte, §. intestato, famil. ercisc.* sufficere tacitam voluntatem defuncti. Si pater ab intestato voluerit non esse collationem inter fratres, non erit collatio. Sufficit voluntatis indicium, ut in specie h. §. Si pater inter vivos, vel etiam codicillis factis ab intestato inter liberos emancipatos, & eos, quos habet in potestate, diviserit omnia bona sua, & nihil indivisum reliquerit, videtur exclusisse munus collationis. Ut in hac specie ob voluntatem defuncti, ab intestato non est collatio inter liberos: ita hodie dicemus in eadem specie ex testamento non fore collationem inter liberos. Nondum satis est: Nam quæres, cur regulam juris veteris, quæ nitebatur optima ratione, ut ante docui, mutaverit Justinianus? Non caruit sua ratione: Jure veteri ex testamento erat collatio, si id cavisset testator. Quod si non cavit per oblivionem, inquit Justin. sæpe in testamentis, & in aliis negotiis judices spectant, quid per oblivionem factum non sit, *l. 1. §. 1. de liber. legat. l. Seja, D. de inst. vel inst. leg. l. Arist. quæ res pignori oblig. poss.* Si per oblivionem, inquam, pater non cavit collationem fieri inter fratres venientes ex testamento, an non dices tamen esse æquum, ut fiat collatio vel ex tacita voluntate defuncti? Justinianus autem præsumit semper per oblivionem excidisse patri, & hoc colore, quasi per oblivionem non caverit, inducit generaliter, etiamsi de collatione nihil dixerit pater, ex testamento collationem esse. Et hæc est ratio Novellæ. Sed ne quis opinetur, liberos suos omnia, quæ habent propria conferre, singula, vel strictim recensere operæ pretium est, quæ in collationem veniunt. Et primum quidem loquamur de liberis emancipatis. Liberi emancipati conferunt bona profectitia, id est, donata à patre, id est, quæ sunt ex re patris, quæ habuerunt tempore mortis patris, non quæ alienaverunt (nam emancipato pater donat rectissime) sive dolo malo, sive ea pater eis donaverit post emancipationem, sive in ipsa emancipatione: Nam & plerunque solebat pater in emancipatione ipsa aliquid donare filio, quo fretus poneret fundamenta familiæ suæ, *l. ut liberis, in fine, hoc tit. l. 2. & ult. Inst. de emancipat. liber. & Novella*

A *Leonis 25.* Spartianus in Adriano: *Filiam*, inquit, *dato patrimonio emancipatam*. Vix fiebat emancipatio patrimonio nullo dato, alioquin abdicatio esset potius, quam emancipatio. Conferunt autem tam ea, quæ in ipsa emancipatione eis largitus est pater, quam quæ post emancipationem: liberi emancipati conferunt etiam bona adventitia jure veteri in totum, quæ aliunde quæsierunt post emancipationem: Jure novo ex constitutione Justiniani conferunt tantum usumfructum eorum bonorum, qui solus pertineret ad patrem, si in potestate ejus mansisset, *l. ult. inst. de bon. quæ lib. l. ult. hoc tit.* In qua etiam Justinianus ait, se hoc introduxisse favore liberorum, id est, singulari studio ductum erga liberos, detraxisse patri, quod competebat jure potestatis, & dedisse liberis, relicto patri ususfructu solo, dum viveret.
B Denique profectitiorum bonorum liberi emancipati plenam proprietatem conferunt, adventitiorum autem usumfructum duntaxat eorum, quæ scilicet adquisierunt ante mortem patris. Nam adquisita post mortem patris nunquam conferunt. Ea scilicet tantum conferunt, quæ habuerunt tempore mortis patris, non quæ habere cœperunt post mortem patris, *l. 13. & 15. hoc tit. & Nov. 75.* Et hoc est, quod ait *l. 12. hoc tit.* non conferri castrense peculium, nec relictum, quod verbum est morientium, cedere viventium, *l. ult. comm. prædior.* Non conferri, inquam, castrense peculium, nec relictum, quod pater filio emancipato veluti præcipui titulo reliquit, quia scilicet filius post mortem patris id adquirit. Nunc de suis dicamus, Sui, qui in potestate manserunt, nihil conferre possunt, quia nihil habent proprium, quod conferant.
C Possunt habere castrense peculium proprium, aut quasi castrense, sed ut jam ante dixi, constitutiones, neque ab emancipato, neque à suo ea peculia conferri volunt, sed retineri præcipuo jure, & favore militiæ. Possunt etiam sui habere peculium paganum profectitium, vel adventitium, sed id etiam eis non est proprium patrimonium, sed quasi patrimonium. Igitur id jure etiam non conferunt. Conferunt tantum bona propria sua, non nostra. Peculium filiifam. non est proprium ejus patrimonium, sed quasi patrimonium tamdiu, quandiu pater vivit, *l. hinc quæritur, l. 40. de pecul. l. si 10. ff. de statulib.* Et quatenus id peculium dicitur esse quasi patrimonium, id etiam non male dices quasi conferri, non sine illo affixo conferri absurde. Quia mortuo patre, ea peculia pagana magis veniunt in communionem ut bona
D paterna, quam collatitia bona, quia peculium finitur morte patris, *l. 1. quando de pecul.* Et eadem ratione dicam, donationem à patre collatam in filiumfamil. non conferri. Qua de re possent dici multa, quæ ego attingam strictim, & dilatabo, & explicabo in *l. si ex donatione, & l. si ex liberis.* Sed interim sic statuo, donationem à patre factam filiofam. mortuo patre non conferri, quia inutilis est donatio, quia quod ita donatum est filiofam. non est ejus proprium. Et adeo inutilis est donatio, ut secundum jus vetus, etiam non confirmetur morte patris, *l. 2. §. 1. pro don.* Morte, inquam, patris sola non confirmatur, & silentio: & ideo ea donatio venit in communionem, & in judicium familiæ ercíscundæ, ut paternum aliquid, non ut collatitium, quod in communionem redigat filiusfamil. cui donatio facta est. Ergo pro-
E prie non confertur. Attamen certum est, judicio extremo patris confirmari donationem filiofam. factam, si quæ donavit vivus filiofamil. caveat se ex testamento apud filiumfamil. permanere velle, quo genere, id, quod donatum est filiofamil. capitur non ut donatio, sed ut legatum, sive relictum, ut, si quis diligenter animadvertat, ostendit *lex donationem, sup. de donat. inter virum, & uxor.* quod si capitur ut legatum, vel etiam, quod negari non potest, ex judicio patris ultimo, ergo non confertur: quia post mortem patris adquiritur; & ea tantum in collationem veniunt, quæ liberi adquisierunt ante mortem patris. Verum notandum est hodie ex constitutione Justiniani, id est, ex dicta *l. donationem,* donationem factam filiof. morte patris sola confirmari,

imo

imo & retrotrahi, sive reduci ad id tempus, quo facta est. Quo posito sequitur necessario eam donationem debere conferri, quasi rem ante mortem patris quæsitam, quia confirmatio illa donationis, quæ fit morte patris, retro recurrit. Dies donationis non descendit ad diem mortis patris. Sed dies mortis patris adscendit, & recurrit ad diem factæ donationis. Et generaliter, quod valide novum est, sublatis controversiis JC. in *d. l. donationem*, desinit, ut deinceps omnis confirmatio, & omnis ratihabitio retrotrahatur. Quæ sententia est magni ponderis, & dirimit innumeras quæstiones. Non constabat olim inter Sabinianos, & Proculianos, an semper ratihabitio retrotraheretur, quod statim deprehendes ex *l. 1. §. sed etsi quis, de vi, & vi arm.* Et inde non constabat inter JC. servus, qui censu manumissus esset, utrum intelligeretur esse liber ex eo die, quo lustrum conditum est. Nam ut scitis, dum census agebatur civium Romanorum, ei censui censendo erat præstitutum quinquennium, quod lustrum dicebatur, & in extremo quinquennii moris erat condi lustrum, quod fiebat solemni sacrificio facto, & lustratis civibus Romanis. Lustrum igitur conditum est finis censui censendo, & lustrum conditum confirmat ea omnia, quæ retro acta sunt in censu. Inde, ut ex fragmentis Ulpiani didicimus, inter prudentes erat dissensio: Is servus, qui voluntate domini professus fuisset se esse civem Roman. & nomen suum inter censum dedisset, utrum ex eo die, quo census esset inter cives Romanos, intelligeretur esse civis Romanus, utrum ex eo die, quo lustrum conditum esset, ut eleganter scribit idem auctor. Alii dicebant censum descendere ad diem lustri conditi, non lustrum recurrere ad diem census. Alii dicebant lustrum recurrere, & retrotrahi ad diem, quo is servus inter cives Romanos census esset, & ex eo die eum liberum factum videri, quasi retroacto lustro. Et hanc controversiam, quam notat Ulpianus, eandem notaverat M. Cicero 1. *de Oratore*. Seu locus nondum purgatus fuit à quoquam, quem veteres membranæ conservarunt integrum. Verba hæc sunt: *Quid de libertate, quo judicium nullum gravius esse potest? nonne ex jure civili potest esse contentio, cum quæritur is, qui domini voluntate census sit, continuone, an post lustrum conditum sit liber.* Vulgo male *si quæratur*, &c. nota illis verbis, quæ restitui, quam ante notavi controversiam, quæ fuit inter prudentes, utrum lustrum conditum retrotraheretur, an census recurreret usque ad lustrum, utrum manumissus ex eo die liber esset, quo census esset, an quo lustrum conditum esset. Et cum omnis confirmatio hodie retrotrahatur, & ut idem auctor ait, omnia, quæ censu acta sunt, lustro confirmentur: & dicamus etiam eam confirmationem retrotrahi. Postremum est, ut adnotemus, filiumfam. sive suum heredem, vel etiam filiamfamil. conferre dotem datam à patre. Pater filiæfamil. donat inutiliter, dotem dat utiliter, & quamvis filia sit in ejus potestate, dos tamen est filiæ non quasi proprium patrimonium, sed vere proprium patrimonium filiæ, nec ullo modo censetur ex bonis paternis, abscedit penitus bonis patris, ut non possit filia habere castrense, vel quasi castrense peculium, sed possit habere proprium patrimonium, nempe dotem. Igitur dotem profectitiam debet conferre, quasi proprium patrimonium. An & adventitiam debet conferre? distinguendum est, sed hoc explicabitur in *l. 4. hujus tit.* Et eadem ratione filiusfamil. confert donationem propter nuptias, quoniam est veluti dos mariti. Igitur proprium patrimonium filiifamil. & proprium patrimonium, non quasi patrimonium conferri debet. Rectissime enim in libris nostris ea, quæ donantur propter nuptias vocantur *ἀντίφερνα*, id est, contrariæ dotes: ut pro sua parte mulier dotem dat marito: ita vicissim pro sua parte dotis loco vir dat uxori donationem propter nuptias: utraque ergo dos est, & utraque subjicitur collationi.

Ad L.I. Emancipatos liberos *testamento heredes scriptos, & ex eo successionem obtinentes, à patre donata fratribus conferre non oportere, si pater ut hoc fiat, supremis judiciis non cavit, manifesti juris est.*

Ad L.II. Si pater intestatus *decesserit, relictis duobus filiis, & cujus nomine dotem promiserat: portiones hereditatis æquæ sunt, & dos nihilominus ita conferenda est, ut pro portionibus fratres ejus à necessitate præstandæ ejus dotis liberentur.*

Ad L.III. Pactum dotali instrumento *comprehensum, ut contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet.*

Ad L.IV. Filiæ dotem in medium *ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant, nec dubium est profectitiam, seu adventitiam dotem à patre datam, vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.*

Ad L.V. Dotis quidem portio *perseverante matrimonio tibi non competebat. Quamvis enim ea intestato patre defuncto, fratri conferre debueras: non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse: cum eo minus in partem tibi delatæ successionis patris auferre potueris.*

HEri exposui generalia præcepta de collationibus: & ea, quæ specialiter constituuntur in *l. 1. & 7.* satis accommodate in ipso limine, ut admoneremur collationis munus non sustinere eos liberos, qui ex testamento veniunt, nisi hoc ipsum pater nominatim in testamento significasset, quod hodie immutatum est, ut inde intelligeremus hunc titulum pertinere tantum ad successionem intestati. Denique cur datur ea de re lex prima? Ne scilicet ex testamento fiat collatio, ut intelligas titulum tantum pertinere ad successionem intestati: sed hodie pertinet ad utramque. Nunc venio ad *legem 2. 3. 4. & 5.* quæ omnes sunt de collatione dotis, & possunt una hora comprehendi. Ac poterit etiam obiter adjungi interpretatio *l. 9.* Ex *l. 2.* intelligimus filiam dotem profectitiam in medium conferre fratribus, quibuscum succedit patri communi ab intestato. Et notandum non solum dotem à patre datam filiæ nomine, sed etiam promissam, nec datam, post mortem patris filiam in medium conferre, quod æquissimum sit eam de suo in solidum dotatam esse, ut ait *l. 1. §. pen. de col. dot.* Et conferendo dotem fratribus, ejus nomine promissam à patre defuncto, hoc consequentur fratres, ut ipsa sibi in solidum eam dotem constituat de suo, id est, de sua parte, non de parte fratrum coheredum. Et iis convenienter d. lex 1. §. 1. etsi promissa tantum dos sit, ejus collationem fieri. Quæres, quomodo possit conferri dos, quæ promissa tantum? Conferet filia dotem promissam suo nomine à patre, liberando fratres obligatione præstandæ dotis pro rata partium, ex quibus sunt heredes, ut si duo sint fratres pro besse, liberando unumquemque pro triente, utrumque pro besse. Et quæres rursus, quomodo soror possit liberare fratres, qui non sibi, sed marito obligati sunt, quatenus pater marito dotem promisit daturum, non filiæ, ex qua stipulatione heredes ejus tenentur pro portionibus hereditariis. Qui igitur fieri potest, ut filia, cui non sunt obligati fratres dotis nomine, eos liberet, & absolvat? Hoc fiet, si suscipiat soror in se totam obligationem dotis, qua ipsa tantum obligatur pro triente, ex persona defuncti patris, cui heres extitit una cum duobus fratribus, & præterea si caveat defensum iri fratres adversus maritum, quandoque agentem adversus eos ex stipulatu. Cautio defensionis, seu cautio indemnitatis pro liberatione est. Hoc loco videntur corrupta esse Basilica, in quibus ita est, dum explicant, quod dixi, qua ratione soror liberet fratres, necessitate præstandæ dotis, dum ajunt, καὶ τὸν λαμβάνουσα τὸ μέρος αὐτῆς, quod est, *accepta parte ejus*, quod nullum sensum habet idoneum. Igitur legendum est, καὶ ἀναλαμβάνουσα τὸ βάρος προικὸς, id est, *suscipiens onus integrum solvendæ dotis marito*, & pro-

promittens indemnes damno se servaturam fratres consortes. Et suscipiens, inquit, dotis integræ persolvendæ onus, compelletur cavere fratribus defensum iri eos, si forte conveniantur tanquam heredes patris, qui dotem promiserat genero. Denique cautio defensionis, sive indemnitatis pro liberatinne est, lex 2. loquitur de dote profectia. Quæro an etiam soror in medium conferre debeat in familia erciscunda dotem ejus nomine datam, vel promissam ab extraneo, quæ dicitur dos adventitia? Et videtur etiam dos adventitia esse conferenda. Quidni? cum eo jure, quod obtinuit ante Justinianum etiam adventitia bona essent conferenda, propterea quod & hæc adquirebantur pleno jure patri, non minus, quam profectitia. Et ita adventitiam dotem conferri ostendit lex 1. *§.sub conditione*, *ff.de collat. dotis*. Pater, vel extraneus, inquit, quod cum dicit, tollit discrimen inter profectitiam, & adventitiam dotem, pro muliere dotem promisit sub conditione, & antequam conditio existeret, mortuus est pater, eique ea mulier heres exstitit una cum fratribus, cavere debet curante arbitro familiam erciscund. se dotem collaturam cum exstiterit conditio. Ergo etiam dotis adventitiæ collatio est. Idque evidenter demonstrat *Novella* 97. *de æqualitate dotis in fi.* dum aperte ait, dotem datam mulieri à matre, vel avia conferri. Mater extranea est filiæ, itemque avia. Et is tantum in hac parte dicitur non esse extraneus, qui mulierem habet in potestate. Dos à matre, vel avia profecta confertur. Ergo dos adventitia confertur. Ea enim est dos adventitia, quæ ab extraneo data est. Verum utitur hac in re distinctione quadam *lex* 4. *hujus tit.* quam nunc explicabo: loquitur de filiafamil. aut intelligenda omnino est de filiafamil. ut semper in libris nostris, quoties filius, vel filia nominatur, nullo alio adjecto, exaudire nos semper oportet filiumfam. vel filiamfam. filius, nisi adjicias, emancipatus, filiusfam. intelligitur, *l.* 8. *§.*1. *de inoffic. testam. l. filiæ, sup. famil. ercisc.* Hoc autem vult *lex* 4. filiamfamil. quæ ab intestato patri succedit una cum fratribus ex capite unde liberi, vel ex parte, qua liberis prætor pollicetur bon. possessionem contra tabulas, conferre iis fratribus dotem, si fuerunt in familia defuncti patris communis. Atque adeo filiam suam heredem, fratribus æque suis heredibus conferre non tantum profectitiam dotem, sed etiam adventitiam. Ex quo intelligitur, & necessario sequitur, etiam adventitiam dotem esse proprium patrimonium filiæfamilias etiam vivo patre, cum sit conferenda post mortem patris. Sui nihil proprium habent, excepto castrensi, vel quasi castrensi peculio, nisi dotem, aut donationem propter nuptias, quæ veluti alia dos est. Nam statim atque dos constituta est filiæ à patre, abscedit bonis patris, & fit non quasi patrimonium, sed verum, & proprium patrimonium filiæ, quod neque avelli ei unquam potest à patre, nec deminui. Et eadem est ratio dotis adventitiæ, ut filiæfam. proprium sit patrimonium, nec in ea vivus pater quicquam juris habeat, quod consequentia probant. Nam ut profectitia dos post mortem patris, quod sit proprium patrimonium filiæ, confertur fratribus suis, ita & adventitia. Ex eo etiam intelligimus (quod valde est notandum) suos, qui proprium aliquid habent, id omne suis conferre semper, excepto peculio castrensi, vel quasi. Sui igitur, qui habent quid proprium, id est, qui habent dotem, vel donationem propter nuptias, nihil enim aliud habere possunt extra peculium castrense, vel quasi, id omne suis conferunt. Breviter hoc in prima parte vult lex, ut filia sua heres fratribus suis æque heredibus, cum quibus succedit patri ab intestato, vel rescisso testamento per bonorum possess. contra tab. in medium conferat, non tantum profectitiam dotem, sed etiam adventitiam, fratribus autem non suis, ut filio emancipato, filiafam. non confert dotem adventitiam. Erat hac in re, ut significat *l.* 4. inter prudentes contentio, sed tamen eam dirimit Imper. facta differentia inter suos heredes, & emancipatos, ut filiafam. suis fratribus conferat utramque dotem, fratribus emancipatis profectitiam tantum, non adventitiam. Et ut statim adferam rationem, nihil est obscurius in hoc tractatu, quam explicatio rationis. Ratio perspicua hæc videtur esse, ut filiafam. fratri emancipato non conferat dotem adventitiam, ne duplici incommodo afficiatur, concursu fratris emancipati, qui ei abradit partem, cum jure civili succederet in assem defuncto patri, jure summo, & præterea collatione dotis adventitiæ, in quo est æquitas evidens: rationes tuentur æquitatem, & eleganter Cassiodorus in Rhetorica, rationem esse animam, & medullam legum, quæ æquum bonum tuetur. Sic igitur dicamus iterum, filiamfamil. non conferre fratri emancipato adventitiam dotem, ne duplici incommodo adficiatur concursu fratris emancipati, qui ei abradit partem, cum jure civili succederet in assem, collatione dotis adventitiæ. Confert tamen dotem profectitiam, in quod est etiam & duplex incommodum. Cur non habita ratione duplicis incommodi, vis filiamfam. sustinere collationem dotis profectitiæ concurrente fratre emancipato? Quia scilicet dotem profectitiam, id est, quæ profecta est ex bonis paternis, æquius est confundi cum paternis bonis, unde profecta est, cum etiam morte filiæ soluto matrimonio, dos profectitia, licet penitus abscesserit bonis patris, ad ea tamen redeat: adventitia autem non redeat, sed maneat apud maritum mortua filia in matrimonio, *l.* 23. *de evict. l.mulier, de cond. instit. & Ulp. lib. reg. tit. de dotib.* Ita ut inde possis duas constituere differentias inter dotem profectitiam, & adventitiam, quod illa facilius recurrat unde profecta est, & suæ origini restituatur: & quod adventitiam non conferat filiafamilias emancipatis fratribus. Recte hoc loco adnotaverunt Joannes, & Azo, hodie neque suis, neque emancipatis fratribus conferri dotem adventitiam, quod generaliter constitutum sit à Justiniano, bona adventitia non adquiri patri, & consequenter non conferri, sed præcipua retineri à liberis, qui ea adquisierunt, nisi quantum attinet ad usumfructum, quem solum patri reliquit Justinianus in bonis adventitiis. Hoc igitur approbant, dotem adventitiam, ut cætera bona adventitia non venire in collationem ex *l. ult. hoc tit.* Sed quæramus, cur sui suis conferant, ut probavi jam ex *l.* 4. suum conferre dotem suis heredibus, suum heredem conferre donationem propter nuptias suis heredibus, & tamen emancipati emancipatis non conferunt in *l.* 9. *hoc tit.* Non explicatur ratio liquido, & quæcunque non est liquida ratio, non est ratio. Explicanda igitur est *l.* 9. Duæ sunt ejus partes: prima illud districte tradit, cessare collationem inter fratres emancipatos. Secunda pars ostendit, emancipatum conferre bona propria fratri, qui remansit in potestate patris, si nullum sit testamentum, inquit, quia, ut heri ostendi, & sursus inculcavi hodie, ex testamento cessat collatio secundum jus, quod sequimur, recitantes constitutiones hujus libri. Quod obtinuit ante Justiniani Novellam *de triente, & semisse*. Ergo ait, si nullum sit testamentum: quia qui venit ex testamento nihil confert. Et adjicit, si etiam nullum sit novissimum judicium patris, quod male Græci interpretantur de testamento imperfecto, quod tantum valet inter liberos, *l. hac consultiss. §. ex imperfecto, inf. de test.* Quoniam lex ante dixerat nullum extare testamentum, neque perfectum igitur, neque imperfectum, quod jure subsistat, quoniam imperfectum, quod jure sustinetur, pro perfecto inter liberos habetur, & ideo, quod subjicit novissimum judicium, si nullum exstat, aliud quiddam est, quam imperfectum testamentum, nempe si codicillis factis ab intestato pater filio emancipato reliquerit partem suorum bonorum jure legati, aut fideicommissi. Nam in codicillis directo non scribitur heres, vix & exheres: Nam & ita, qui venit ex judicio defuncti, id est, qui meruit judicium defuncti, qui venit ex codicillis factis ab intestato, ex hoc novissimo patris judicio non patitur munus collationis, *l.* 1. *§. vel maxime, de coll. bon.* Hæc est sententia *l.* 9. Et interim ex ejus initio discimus, emancipatum emancipato

non

non conferre. Cedo cur suus suo conferat, & emancipatus emancipato non conferat? Et placebit valde, si respondeas, eos tantum suos conferre, qoi aliquid habent, dotem, vel dooationem propter nuptias, quæ est alia quædam dos, & in iis, quæ propria habent sui, emancipatorum jure censentur, patrisfam. jure censentur, ut ait *l. 2. ad SC. Macedon. l. 15. §. servus, de castr. pecul.* Jurisconsultus ait, in castrensi peculio, quod ei est proprium patrimonium, eum filiumfam. esse pro patrefam. Ergo suus in eo quodcunque habet proprium, sive militare peculium sit, sive dos, aut donatio propter nuptias pro patrefam. pro filio emancipato habetur. Emancipatos autem suis conferre constat. Emancipati autem ideo emancipatis non conferunt, quia alter alteri nullum adfert incommodum, alter alteri nihil demit in concursu successionis paternæ, quia par est jus utriusque, & conditio, nec plus juris in bonis paternis alter habet altero, sicut suus plus juris habet in bonis paternis, quam emancipatus, aut is, qui pro emancipato habetur. De collatione dotis etiam notandum est quod habetur in *l. 5.* sororem fratribus conferre dotem, fratribus, inquit, qui in potestate manserunt, etiamsi dos data sit marito, & necdum ei competat repetitio dotis, puta conllaote matrimonio. Ubi statim quæres, qui possit conferri à muliere dos, quam non habet, quam à marito nondum repetiit, imo nec repetere potest constante matrimonio: lex docet, dotem conferri eo minus percipiendo ex bonis paternis, quod in idiotismo est, *raporter ou moins prenant.* Varie fit collatio, fit reipsa, id est, divisione, fit cautione defensionis, ut in *l. 2.* fit cautiooe collationis, id est, si reis, vel pignoribus caveat, se collaturum cui conferre debeat, *l. 1. §. jubet, & §. quamvis, de collat. bon. l. filium, §. videamus, de bon. poss. cont. tabul.* Fit etiam remissione, vel ut Græci loquuntur, *παρ᾽ τοῦ τὸ γνῶν,* quod in Novellis male interpretatus est Haloander, id est, si tantum remittat ex bonis paternis, qoantum debet conferre, si eo minus capiat ex bonis paternis. Et ita *l.* docet, dotem non repetitam à marito, mulierem conferre fratribus remissionis genere, id est, tantum remittendo ex bonis paternis, quantum in dote est, quod conferre debet. Quod genus collationis etiam comprobatur *l. 1. §. sed etsi cum, de bon. collat.* & qui locus non adnotatur, *l. cum post, §. pen. D. de administ. tut. & Novel. 97.* Quæ ut ibidem adnotavi, nonnihil derogat constitutioni *l. 5.* Restat tantum ex pollicito ut explicetur *l. 3.* quæ etiam de collatione dotis loquitur. Pater cum ouptui collocaret filiam, dotali instrumento pepigit, ut filia contenta dote esset, nec ad cætera paterna ullum haberet regressum post mortem suam, id est, ne ei succederet jure legitimo, vel jure prætorio. Lex ait nullam esse pactionem, quæ impugnat jus publicum, quæ derogat liberis, & eripit legitimam, vel honorariam successionem jure publico delatam, & nihilominus conferre dotem mulierem si velit ex æquo patri communi ab iotestato cum fratribus succedere. Hæc est sententia *l. 3.* quæ ducta est ex responlis Papiniani, id est, ex *l. ult. de suis & leg. her.* Quæ improbandæ hujus pactionis hanc rationem adfert, quod non oportet privatorum pactiones ll. auctoritate censeri, legem lege abrogari posse, legem privata conventione abrogari non posse: non habere legum auctoritatem privatam pactionem adversus leges ipsas: habere tamen privatam conventionem legum auctoritatem adversus privatam, quod ll. publicis justæ conventiones approbentur, & observentur, non habere legum auctoritatem adversus leges ipsas. Non posse efficere igitur ut filiusf. non sit heres patri legitimus. Neque obstat, quod est in *l. si non mortis, de inoffic. testam. l. si quando, §. & general. sup. eod. tit. l. 1. §. si parens, si à parente quis manu.* quam hic perperam explicat Accursius in hac l. 3. Nam eadem est ratio harum trium legum, ut recte donet aliquid pater filiæ inter vivos ea lege, ut id imputet in portionem legitimam, & ut recte donet filius parenti manumissori, ea lege, ut id imputet in portionem legitimam, ut ea donatione sibi satisfactum putet. Rata est conventio, quamvis tacite hoc agatur, ne forte testamento exheredatus, agat querela inofficiosi testamenti, si ei sufficiat quod donatom est inter vivos. Et tamen si expressim convenerit, aliqua re donata filio, ne forte exheredatus agat querela inofficiosi testamenti, nullum est pactum, quia impudenter ll. publicas impugnat, *d. l. si quando, §. illud.* Et est notissimum, frequentissime in jure expressa nocere, tacita non nocere. Et in judiciis sæpe evenit, ut ita necessario distinctionem constituere debeamus inter ea, quæ tacite pugnant, cum ll. & ea, quæ palam improbant ll. Non est etiam existimandum conventionem, de qua agitur in hac *l. 3.* ut filia contenta sit dote, nec jure legitimo veniat ad bona patris, & jure eodem, quo venturi sunt fratres valere jure civili, etiamsi juraverit filia, se ita facturam, se non venturam ad successionem patris ab intestato, dotem sibi abunde esse: Nam quod non potest fieri pacto, oon potest etiam fieri jurejurando: hoc generaliter verum est. Non habet plus virium jusjurandum, quam pactum nudum, *l. juris gentium, §. & gen. de pact. l. si quis inquilinos, §. pen. & ult. de leg. 1. l. non dubium, sup. de leg.* Ex pacto oon nascitur obligatin, hæc est regula juris. Ex pollicitatione non nascitur obligatio, ex jurejurando etiam non oascitur obligatio. Ergo non plus potest jusjurandum, quam pactum ad obligationis munus. Et contra, ubi ex pacto nascitur obligatio, nascitur etiam ex jurejurando. Denique eodem jure est jusjurandum, & pactum: ut sive convenerit libertus, sive juraverit patrono se operas præstaturum, ex conventione sola, vel jurejurando, nascitur obligatio, *l. 7. de oper. lib.* Ex lege Jolia, & Papia hæc pactio est legitima, & ideo parit obligationem jusjurandum legitimum, & tamen paulatim, quæ dicimus esse ex intimo jure civili abrogata sunt. Primum constitutum est ex pacto licito, & jurejurando esse obligationem, & actionem. Ex pacto solo non est obligatio, vel actio, sed ex pacto, quod est licitum, & jurejurando, quod ei adjectum est, competit actio, *l. si quis major, sup. de transact.* Denique Pontifici placuit, ut ex pacto illicito, non omni quidem, sed ex eo pacto, de quo agitur in hac *l. 3.* ut filia sit contenta dote, nec ultra dotem desideret intestato patri succedere cum fratribus. Non igitur ex omni pacto illicito, sed ex eo saltem, quod jure civili illicitum est, & jurejurando, ut sit obligatio, & actio in *cap. quamvis, de pactis, lib. 6.* Aliud est genus pacti, de quo tractatur hoc loco, quod jure civili illicitum est, ut si convenerit instrumento dotali, ut præter dotem datam filiæ nomine, etiam filia ab intestato patri ex æquo succederet cum aliis fratribus. Hæc etiam conventio improbata est in *l. 15. sup. de pact.* Et ratio eadem redditur: Quia hæc pactio constringit libertatem faciendi testamenti, quam *lex 12. tab.* dedit civibus Romanis. Hæc conventio impugnat l. 12. tab. & tollit liberam testamenti factionem, dum vult non licere patri plus erogare uni ex liberis, quam alteri, vel non licere patri minus erogare filiæ, quam filiis. Lex potest tollere libertatem testandi, ut lex Voconia, lex Furia, lex Caninia, lex Falcidia, & pleræque aliæ leges testamentariæ, quæ coercent libertatem testandi, nec omnia licere testatori volunt. Privata autem conventio non potest adimere liberam testamenti factionem. Non debet privata conventio legum auctoritate censeri, ut possit, quod & ipsa lex potest. Capitis deminutio impedit, & adimit liberam testamenti factionem ex lege, non pactio privata adversus legem, & officiis promerendæ sont hereditates, non pactionibus. Denique oullius de supremis judiciis est constringenda libera voluntas. Et tamen idem accidit huic generi pactionis, quod priori, de quo in *l. 3.* nempe ut postea Imp. Leo hanc pactionem approbaret Nov. 19. etiam non adhibito jurejurando, si quis dote data filiæ, aut pro filia instrumento dotali caveat, ut etiam sibi sit ex æqua parte heres cum fratribus, ea pactio rata est auctore Leone, quia aliquatenus convenit juri publico, cum æqualitatem constituat inter fratres, ut scilicet filia, quemadmodum

dum

dum jura volunt, patri ab intestato ex æquo succedat cum fratribus. Et quia si improbetur ea pactio, datur occasio perfidiæ, atque mendacii, d. lex 15. aperit perfidiæ fenestram, ut contra quam promiserit pater minus possit testamento filiæ relinquere, quam reliquerit instrumento dotali, & quod aliquatenus ea conventio est contra *l. 12. tabul.* eo quod minuit libertatem testandi, tolerabilius esse censet in hoc conflictu rationum ex utraque parte minui libertatem testandi contra *l. 12. tab.* quam minui æqualitatem, quam jura constituunt inter fratres ab intestato, & induci inæqualitatem, maxime contra id, quod cautum est ante dotali instrumento: ex iis duabus rationibus sibi invicem repugnantibus, videtur sibi sumpsisse Leo, eam, quæ præponderavit, & ideo etiam magis hanc probavit. De collatione dotis habemus *l. 2. 3. 4. 5. & 7.* Sunt & plures aliæ in *hoc tit.* eadem de re, quarum hodie maximam partem expediam, ubi prius ostendero, qui, & quibus conferant. Quod quidem ostendi nudius tertius, redditis veris rationibus, & distinctionibus, sed non addidi, quæ nunc addidurus sum, & ut facilius omnia teneant adolescentes, quibus præcipue studeo, constituam veluti quatuor regulas. Prima regula hæc sit: Liberi emancipati invicem non conferunt, cum simul veniunt ad bona intestati patris in *l. 9. hoc tit. l. 1. §. ult. l. 2. §. si tres, l. 3. §. quoties, ff. eod. tit.* Et non conferunt quidem inter se emancipati cætera bona propria, quæ habuerunt tempore mortis patris: quia in successione paterna alter alteri non adfert incommodum, cum omnes eodem, & pari jure vocentur. Dotem autem, & donationem propter nuptias profectam à patre sane conferunt emancipati invicem, ne melioris conditionis sint, quam sui, qui invicem conferunt dotem, & donationem propter nuptias profectam ab eo parente, cui succedunt, ut inferius declarabimus. Et ita emancipatos invicem conferre, sicut suos, dotem, & donationem propter nuptias profectam à patre, cui succedunt, ostendit *l. ut liberis, hoc tit.* Quod & ita puto obtinuisse jure veteri, ne sui, qui hæc conferunt invicem, deteriore conditione sint, quam emancipati. Et in eo igitur *l. ut liberis* non est nova, & dicitur nova, sive Novella constitutio in *l. quoniam, sup. de inoff. testam.* hac tantum ratione, quod velit inter fratres, qui in potestate parentis, veluti matris, aut aviæ non fuerunt, nec esse potuerunt, ut inter eos sit locus collationi dotis, vel donationis propter nuptias profectæ à matre, vel avia. Nam olim non erat locus collationi dotis, vel donationis propter nuptias, nisi inter eos, qui fuerant in potestate morientis, vel erant in ejusdem potestate, etiam in ipso mortis articulo. Valde novum est etiam, quod ad *d. l. ut liber.* adjecit Justin. in *l. penult. hoc tit.* ut non tantum inter fratres locum habeat collatio dotis, aut donationis propter nuptias profectæ ob eo, cui succedunt simul, sed etiam inter patruos, avunculos, amitas, materteras, & fratrum, sororumve filios igitur ex *l. pen. & d. l. ut liberis*, hæc duo noviter introducuntur: Nam olim non sustinebant munus collationis nisi sui, vel emancipati, non qui nec sui, nec emancipati unquam fuissent à defuncto, quales sunt filii matri, vel nepotes aviæ, & avo materno. Olim non fuit collatio inter alios, quam inter fratres, sed hæc duo nova latius explicabuntur in *d. l. pen. & d. l. ut liberis.* Proponamus regulam secundam. Secunda regula hæc est: Liberi, qui parenti sui heredes sunt ab intestato, non ex testamento, nisi ex voluntate parentis expressa, vel præsumpta (quæ tamen hodie semper præsumitur ex *Novell.* 18. *de triente, & semisse*) Ii, inquam, conferunt invicem dotes suas, & donationes propter nuptias jure veteri, tam adventitias, quam profectitias: quia qui sunt in potestate, hæc sola habent in proprio patrimonio, & in iis, quæ in proprio patrimonio habent, pro emancipatis, & patribusfamil. accipiuntur. Et quasi emancipati igitur, sive patresfam. ea inter se conferunt. Nam ut ante expedivi, emancipati invicem conferunt semper dotes, & donationes propter nuptias, quas acceperunt ab eo parente, de cujus

successione agitur. Jure autem novo sui invicem, sicut emancipati etiam invicem, conferunt tam dotes profectitias, quam donationes propter nuptias ex nova Justiniani constitutione *l. ult.* quia profectitia bona, vel etiam profectitiæ dotes, aut donationes propter nuptias, licet sint in propriu patrimonio liberorum, non in quasi proprio patrimonio, sed vere in patrimonio filiorum, non fictitie, tamen & dicuntur dotes, sive donationes propter nuptias esse communes patris, & filiorum. Denique ita sunt propria, sive proprii patrimonii, ut in earum communionem etiam veniat pater jure potestatis, & proprietatis, *l. 3. solut. matrim.* Qui tamen hodie nihil habet juris, quod ad proprietatem attinet in dote, vel donatione propter nuptias. Denique dos, vel donatio propter nuptias adventitia, & quidquid adventitium est, id est, quod aliunde, quam ex parte patris obvenit filiis, id nulla ex parte pertinet ad patrem proprietatis jure. Non igitur est commune filii, & patris. Nam commune cum dicimus, proprietate commune semper dicimus. Nec enim ulla est communio inter proprietatis, & ususfructus dominium. Sunt enim separata dominia, dominium proprietatis, & dominium ususfructus. Tertia positio hæc est: Sui emancipatis, & veteri, & novo jure conferunt duntaxat profectitiam dotem, vel donationem propter nuptias, *l. 4. & ult. hoc tit.* Hanc sui conferunt emancipatis, quia æquius videtur esse, ut mortuo patre, à quo hæc sunt profecta, & collata filiis per causam nuptiarum, suæ origini reddantur, & confundantur cum bonis paternis inter eos, qui permixtim ad bona paterna vocantur. Adventitiam autem dotem sui emancipatis non conferunt, nec veteri jure, ne, ut dixi nudius tertius, adficiantur duplici incommodo, collatione dotis adventitiæ, quam bonis paternis acceptam non ferunt, & concursu fratrum emancipatorum. Ultima positio hæc est. Emancipati suis conferunt non tantum donationem propter nuptias profectitiam, sed etiam omnia bona propria, quæ habuerunt mortis tempore patris communis. Igitur emancipati concurrentes cum suis gravius onerantur, quam nulli alii. Et hæc sententia ultima utique vera, etiamsi filii sui sint impuberes, qui negentur ex filiis esse defuncti, dummodo acceperint bon. possess. Carbonianam. Nam & his interim confertur, quasi interim præsumantur esse filii, donec post pubertatem res diligentius disceptetur, *l. penult. de Carbon. ed.* Item emancipati non tantum conferunt fratribus, qui fuerunt in potestate morientis patris, sed etiam postumis, qui tamen in potestate futuri erant, si vivo patre nati essent in *l.* 11. *hoc tit.* Nondum natis non conferunt, sed natis post mortem patris. Non possunt conferre nondum natis, quia nondum venerunt in hereditatem, nondum admiserunt bon. poss. *l. ult. de collat. bon.* Item emancipati conferunt non tantum fratrib. suis, qui in potestate remanserunt, sed etiam filiis suis, quos pater defunctus retinuit in potestate emancipato filio. Quemadmodum sæpe fit, ut pater emancipet filium, & nepotem ex eo retineat in familia. Atque ita emancipati non tantum fratribus, sed etiam filiis, qui in familia remanserunt, conferunt universa sua bona propria ex edicto novo, quod edictum Julianum dicitur, id est, edictum de conjungendis cum emancipato liberis, *l. 1. hoc tit. l. 6. si tab. testam.* Et notandum præterea, collationis onus, atque etiam commodum transire in heredes, id est, heres filii emancipati debet conferre, si filii emancipati hereditatem adquisierit, ea, quæ defunctus contulisset: sive, filius filii emancipati, ad quem transmissa est filii emancipati successio, confert ea, quæ pater conferre debuit. Ac simpliciter heredi ejus, cui conferri debuit, confertur, ut amita dotem confert filio fratris sui, quam debuit conferre fratri in *l. 14. hoc tit. l. 1. §. ibid. l. 2. in prin. D. eod.* Ac postremo etiam notandum est, in hoc proposito emancipatos nos dicere quocumque modo emancipatos, ex *l.* 18. Triplex est emancipatio, Legitima, Anastasiana, & Justiniana. Legitima emancipatio fit solemniter conceptis verbis per imaginarias

venditiones, ut Instit. docent. Anastasiana fit ex rescripto Principis. Justiniana fit apud quemcunque magistratum competentem, sine rescripto principis, apud quem pater profiteatur suum filium sui juris esse velle, & potestatis suæ, *l. pen. & ult. inf. de emancip. liber.* Nunc cum *l.* 18. *hoc tit.* dicat nihil referre, utrum quis sit emancipatus solemniter ex l. 12. tabul. an constitutione Anastasii, licet nobis addere, an ex constitutione Justiniani. Denique quocunque modo emancipati sint liberi, onus collationis sustinent, concurrunt in hereditatem paternam cum fratribus suis: & munus collationis omnium bonorum propriorum in modum dotis, aut donationis propter nuptias profectitiæ. Ex iis certo, & absolute tenemus, qui, & quibus conferant, & quæ etiam conferantur. Nunc ut initio pollicitus sum, expediam maximam partem cæterarum legum, quæ sunt in hoc titulo. De collatione dotis sumo *l.* 8. cujus hæc est species. Soror in divisione bonorum paternorum ab intestato fefellit fratres, quia pro sua patre tulit plus ex bonis paternis, quam bonum esset, & æquum, & non contulit dotem, quam accepit à patre, & habuit tempore mortis patris, quid fiet? quemadmodum hanc fraudem corrigemus post perfectam divisionem? Aut divisio bonorum fit à patre ipso, aut à fratribus ex conventione, ex communi placito, aut ab arbitro famil. ercisc. *l. si cogitatione, sup. eod.* tit. si fiat à patre inter vivos quasi supremo judicio, ut *l.* 20. *§. si pater, fam. ercisc.* vel si fiat à patre codicillis factis ab intestato, ut si, exempli gratia, inter filium, & filiam, & filio amplius relinquat, quam filiæ, nec bona inter eos ex æquo partiatur, rata est, & pia nihilominus divisio à patre facta, & per eam videtur exclusisse collationem, & divisionem dotis, quam dederat pro filia, si modo nihil indivisum reliquerit, ut in *l. ex parte, §. intestato, fam. ercisc.* Nihil indivisum reliquit ex bonis, quæ habuit, dos abscesserat bonis paternis, & filiæ minus reliquit in ea divisione, quod pro ea dedisset dotem, videtur exclusisse collationem dotis, maxime, ut dixi, si nihil indivisum reliquerit. Nam si aliquid indivisum reliquit, & filia velit ab intestato venire in partem ejus, quod pater indivisum reliquit, proculdubio compelletur in medium conferre dotem. Et ita explicandus est *d. §. intestato*. Si divisio facta sit ex communi placito fratrum, remotis arbitris; & hæc quoque divisio rata est, & pia, & ut ait *l. ult. D. famil. ercisc.* Fratres, qui remoto arbitro inter se partiuntur bona paterna, funguntur officio pietatis: quo æque fungitur pater, cum omnia bona sua partitur inter filios. Et ita *D. Ambrosius* 5. de fide, *bona pietas*, inquit, *refugit arbitros etiam in divisione patrimonii*. Quod si divisione facta inter fratres sine arbitris ex conventione, ex permutatione, omnis enim divisio fit per permutationem partium mutuam: Si, inquam, in ea divisione aliquis circumscriptus esset, ut in specie *l.* 8. quam proposui, non servata æqualitate, non collata dote in medium, etiam si is, qui circumscriptus est, sit major 25. ann. natu, tamen hanc fraudem emendari convenit post divisionem, accersito arbitro famil. ercisc. nam in bonæ fidei contractibus, & judiciis, hoc est ratum; etiam majoribus circumscriptis vel in re, vel dolo adversarii subveniri in *l. 3. sup. comm. utr. jud. l. 3. sup. quibus ex caus. major. l. jure, §. ult. de jure dot.* Idemque fiet, si ab arbitro famil. ercisc. divisio facta sit perperam, id est, inæqualiter, quod est tertium genus divisionis, nam & hæc divisio, ut indicat *l.* 8. corrigitur iterato arbitrio familiæ erciscundæ. Namque iterari potest causa cognita, quæ rem in integrum restitui postulet, *l.* 20. *§. familiæ, ff. famil. ercisc.* Et præterea observandum est quod ait *l.* 8. reformata divisione, & retractata, sororem, quæ dotem in medium non contulerit, per arbitrum familiæ ercisc. conferre compelli, quod etiam est proditum in *l.* 1. *de collat. dot.* Quomodo compelletur per arbitrum, qui jurisdictionem nullam habet? Est enim arbiter famil. ercisc. judex delegatus, qui notionem tantum habet non jurisdictionem, quia scilicet si non pareat arbitrio, quo jubetur conferre dotem, nihil consequetur per arbitrum famil. ercis. *l.* 16. *hoc tit.* Et hoc est, quod dicitur sæpe in hoc tit. non parato conferre denegari actiones hereditarias, *l.* 11. 12. & 16. atque actionum, quæ heredibus dari, & competere solent, ei auferri omne emolumentum, quod ait *l.* 1. *§. si cum duob. ff. hoc tit.* Et ut transeamus ad *l.* 12. Ea lex illo præmissu, quod ante retuli, filiæ suæ fratribus æque suis heredibus non offerenti collationem dotis, denegari actiones hereditarias, subjicit: ut ex sua parte ea soror conferre cogitur dotem, ita etiam fratres ejus, qui in potestate patris manserunt, peculium paganum, quod habuerunt moriente patre, non retinere præcipuum, quia & morte patris desinit esse peculium, & hereditati paternæ agglutinatur, ac proinde res ex eo peculio, ut ait *l.* 12. quæ in eadem causa duraverunt, id est, quæ venditæ non sunt, aut permutatæ à filio vivo patre, venire in judicium fam. ercis. quasi paternas, deducto tamen eo, quod ex causa peculii debetur extraneo in *l. certum, sup. fam. ercisc. l. empt. §. ult. de rei vind.* Hæ res igitur in communionem veniunt, non ut collatitiæ: Nec enim ut propriæ conferuntur, sed ut paternæ, morte patris extincto peculio filii, quia & vivo patre non fuere in patrimonio filii, sed in quasi patrimonio. Ergo ne dicas conferri peculium paganum, sed venire in judicium famil. ercis. deducto ære alieno. Et ita etiam filius emancipatus confert bona propria deducto ære alieno, in *l.* 6. *hoc tit.* Confert, ut Græci ajunt *καθαρὰν οὐσίαν*, id est, *puram substantiam*, deducto onere, & ære alieno, quam acquisierant filii emancipati ante mortem patris, & habuerunt tempore mortis patris. Nam necesse est etiam, ut in eadem causa duraverint: quæ enim filii emancipati vivo patre amiserunt, ea conferre non tenentur, sed ut dixi, quæ acquisiverunt ante mortem patris, & habuerunt moriente patre, nisi forte quid alienaverint, aut dolo malo dissipaverint in fraudem fratrum, ut ostendit *l.* 1. *§. confertur, de coll. bon.* Et addit *l.* 12. peculium tamen castrense, quod à me dictum est sæpius, neque conferri, neque venire in judicium famil. ercis. Non venire equos, sive animalia, non venire arma, quæ proficiscenti ad militiam donavit pater, sed venire prædia in judicium famil. ercis. quæ donavit pater: Nam ea non possunt videri donata intuitu militiæ, ea tantum bona, quæ profecta sunt à patre, deputari in castrensi peculio possunt, quæ sunt mobilia, vel moventia, non immobilia, quoniam dandi prædii filio proficiscenti ad militiam nulla est causa militiæ, quæ impellat patremfam. nulla necessitas. Et ea tantum immobilia sunt in castrensi peculio, quæ filiusfamil. forte miles comparavit ex annonis militaribus, vel tulit ex emerito, vel etiam, quæ tulit ex causa commilitii, id est, ex causa collegii Castrensis, *l.* 4. *sup. famil. ercisc.* Cujus sententia ita explicata est. Et quod dicitur de castrensi peculio in *l.* 12. id etiam notum est pertinere ad quasi castrense peculium. Sed addamus idem etiam hodie obtinere in adventitio peculio pagano, ex *l. ult. h. t.* ut neque conferatur, neque veniat in judicium famil. ercisc. nisi (quod notandum est) ratione ususfructus adventitiorum bonorum, qui solus pertinet ad patrem ex constitutione Justiniani, & pro rata temporis, & pro rata ejus anni, quo pater est mortuus. Ususfructus, qui patri debebatur, conferri debet fratribus, non item fructus futuri temporis. Nam statim à morte patris ususfructus eorum bonorum proprietati consolidatur, & filius bona adventitia incipit habere pleno jure, ut ex eis postea, neque ex proprietate, neque ex usufructu quidquam conferri debeat fratribus. Satis igitur est, si fratribus conferat pro rata ejus anni, quo pertinuit ususfructus ad patrem, pro rata trium mensium, si pater ejus anni tertio mense, aut fine tertii mensis mortuus sit: cæterorum mensium fructus retineat filius suo jure, consolidationis jure. Nam & ususfructus ad eum recurrit morte patris. Et quidquid redit ad filium morte patris alio jure, quam intestatæ successionis, quasi quæsitum post mortem patris, in collationem, & divisionem non venit, *l.* 15. *hoc tit.* Non

venit

venit in divisionem, quod adquisivit post mortem patris, *l.* 15. Nam & quod pater ei reliquit ex testamento, vel codicillis ut præcipuum, id etiam non confert, quia post mortem adquiritur ei, *l.* 12. Et licet conferat cætera bona propria filius emancipatus, tamen quod ei est relictum præcipui titulo, vel profectitium peculium, codicillis ab intestato factis, non confert. Nam quid est aliud præcipuum, quam quod non confertur, nec est commune cum fratribus, quæ omnia nescio, an liquido intelligantur. Et hoc titul. explicandæ tantum restant leges quatuor. Duæ de donatione simplici, *l. si donatione, & l. pen.* Et an conferenda sit donatio simplex, quæ & donatio directa dicitur in *l. donatio, inf. de donat.* Aliæ autem duæ leges sunt de collatione dotis, & donationis propter nuptias, quas quod sint proximæ, & conjunctæ sis, quæ eadem de re heri tractavi, ne ejus rei seriem interrumpam debeo, ut mihi videtur exponere priore loco *l. ut liber. & l. antep.* In *l. ut liberis* hoc primum constituitur, ut in dividendis, bonis patris ab intestato, filia sua, vel emancipata, fratri suo, vel emancipato conferat dotem pro se à patre datam, vel promissam nurui, vel ipsi filio, ut mox eam conferat in nurum uxorem suam, & exemplo filiorum, ut idem servent cæteri liberi in dividendis bonis avi, vel proavi paterni. Et ita fit, ut emancipati invicem, & sui quoque invicem conferant dotes suas, vel donationes propter nuptias, quas acceperunt à patre, vel avo, aut proavo paterno, in cujus bona veniunt ab intestato, quod etiam jure antiquo obtinuit, ut heri ostendi. Neque in hac parte est nova constitutio *l. ut liberis*. Nova tantum est in eo, quod sequitur, ut in dividendis bonis maternis ab intestato filia conferat fratribus, vel sororibus dotem à matre datam, vel promissam, & filius conferat donationem propter nuptias à matre datam, vel promissam filio, vel nurui. Quod confirmat etiam *l. quoniam sup. de inoffic. testam.* in qua hæc *lex ut liberis* dicitur esse Novella constitutio. Novella, scilicet hac in re, quod ex ea sit locus collationi dotis, & donationis propter nuptias, non tantum si agatur de successione patris, avi, aut proavi paterni, in quorum potestate sunt liberi, vel è quorum potestate exierunt per emancipationem, sed etiam si agatur de successione matris, avi, aut proavi materni, qui nullam in liberis potestatem habent, aut possunt habere, quod postremum nunquam antea obtinuit. Et tantum abest, ut olim fuerit collatio inter cognatos transversi ordinis, succedentes defuncto cognato, vel directo ordine inter parentes, succedentes liberis, aut recte Baldus notat in *l. 9. h. tit.* ut nec inter liberos fuerit collatio, nisi suos, vel emancipatos, quos discriminat ratio potestatis, eo quod jure civili potiora jura habent in successione, quam emancipati. Quod quidem discrimen nullum exstat inter eos liberos, qui veniunt ad bona matris, vel avi, aut proavi materni. Et tamen inter eos Novella constitutio *l. ut liberis* collationem inducit dotis, & donationis propter nuptias profectæ à matre, avo, aut proavo materno, cui succedunt ab intestato. Non est nova constitutio in eo, quod proposui initio, ut sit inter suos, & emancipatos collatio dotis, vel donationis propter nuptias, quam promeruerunt ab eo parente, in cujus bona pariter succedunt: nam & idem olim obtinuit. Non est etiam nova constitutio (& hæc dum persequar, interim adnoto quæcunque in hac lege continentur) in eo quod dat collationem dotis, & donationis propter nuptias profectitiæ inter liberos rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, id est, per aliquem ex liberis, qui exheredatus sit, atque ita re deducta ad causam intestatæ successionis. Nam & idem olim obtinuit in totum rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti omnibus venientibus ab intestato in bona defuncti parentis, non etiam rescisso testamento pro parte tantum. Nam si testamentum sit per querelam rescissum pro parte tantum, veluti filio instituto pro parte, & alio exheredato, quo genere ex post facto qui testatus de-

A cessit in totum, fit pro parte testatus, & pro parte intestatus: quia querela rescindit tantum testamentum pro parte, id est, exheredatus tantum aufert semissem bonorum, & instituto fratri semissem relinquit. Hoc enim casu inter eos non est collatio, quia diverso jure veniunt, unus jure testati, alter jure intestati. Inter eos, qui tam diverso jure veniunt, non est collatio, sed inter eos, qui eodem jure veniunt, aut venire possunt, *l. 6. & 7. de collat. dot.* Quæ ex contrario ostendit, si veniant omnes eodem jure rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationem dari. Ne dicas etiam ex hac lege, emancipatos emancipatis conferre alia bona, quam dotem, vel donationem propter nuptias, profectam ab eo parente, cui succedunt. Cætera enim bona adventitia invicem non conferunt, ut in B *l. 9. hoc tit. l. 1. §. ult. l. 2. §. si tres, l. 3. §. quoties, D. hoc tit.* Ne dicas etiam ex hac lege suos emancipatis dotem adventitiam conferre. Nam lex loquitur tantum de dote profectitia. Et suos emancipatis non conferre dotem adventitiam, constat ex *l. 4. hoc tit.* Ne dicas etiam in fine hujus l. emancipatos tantum conferre ea, quæ parens, de cujus bonis agitur, iis donavit post emancipationem, vel in ipsa emancipatione. Nam dum hæc lex in fine ait, conferri donationem simplicem collatam in filium emancipatum, non ideo excludit cæterorum bonorum emancipati propriorum collationem. Denique sic statuendum est, emancipatos conferre non tantum donationem simplicem profectam à parente manumissore, sed etiam omnia bona, quæ adquisierunt post emancipationem, & habuerunt tempore mortis parentis. C Et postremo serva, hanc legem dare collationem tantum inter liberos suos, & liberos emancipatos, inter suos, & emancipatos, & inter liberos neque suos, neque emancipatos, puta venientes ad successionem matris, vel avi, vel proavi materni, qui eorum non sunt sui heredes, & à quibus emancipati non fuerunt, nec emancipari potuerunt. Ne dicas legem dare collationem inter patruos, amitas, materteras, & filios fratrum, sororumve, qua de re non est *l. ut liberis*, sed *l. antepen.* ad quam jam tempus est ut veniamus: nihil enim præterea est in *l. ut liberis*. L. antepenult. quod valde novum est, dat collationem inter agnatos ex transverso, quæ tantum olim fuit ex directo limite inter liberos, nempe dat collationem inter patruos, amitas, avunculos, materteras, & filios fratrum, sororumve, non om- D nium bonorum propriorum, sed dotis tantum, vel donationis propter nuptias profectæ ab eo parente, in cujus bona pariter succedunt. Sed hoc omne exponamus clarius, & diligentius. Sciendum est in primis, nepotes ex filio jam mortuo avo paterno succedere, & civili, & prætorio jure, cum patruis, vel amitis, & ferre unam tantum partem, licet plures sint nepotes ex filio præmortuo, id est, eam tantum partem ferre, quam pater eorum tulisset, si superstes adhuc fuisset, quod est succedere in stirpem, & consequenter conferre dotem, vel donationem propter nuptias, quam pater eorum contulisset, in cujus locum succedunt, & subintrant jure repræsentationis, quod vulgo dicitur in *§. cum igitur, Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. 3. inf. de suis, & legit. hered. l. in adopt. §. ult. de bon. poss. cont. tab.* E *l. si nepotes, de collat. bon.* Ergo in nepotibus ex filio præmortuo, qui avo paterno succedunt, nullus est labor, consentientibus in unum omnibus juribus: ut scilicet nepotes ferant partem patris integram, & incolumem, cum eodem onere collationis, quod eorum pater, si vixisset, sustinuisset cum fratribus, veniens in bona paterna. In nepotibus ex filia, vel filio, qui succedunt avo materno, vel aviæ maternæ est labor aliquis. Nam ii non ferunt, concurrentes cum patruis, amitis, avunculis, materteris, integram eam partem, quam accepisset pater eorum, aut mater, sed cum deminutione tertiæ partis ex constitutionibus: quia & jure civili non vocantur, cum sint cognati, non agnati. Ex constitutionibus vocantur cum patruis, amitis, avunculis, materteris ad

bona avi, vel aviæ maternæ sub hac lege, ut partem, A quam pater eorum, qui præmortuus est, aut mater accepisset, non habeant integram, & incolumem, sed detrahatur ex ea tertia portio, quæ adscrescat patruis, amitis, avunculis, materteris, in *§. ult. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. si defunctus, inf. de suis, & legit. hered.* Licet hodie ex *Nov.*18. *de triente, & semisse,* & *Nov.* 118. nun detrahatur ulla portio, nec fiat deminutio tertiæ partis: Namque ex eis Novellis servatur ejus parentis præmortui, cujus vicem repræsentant, portio, quam parens accepisset, integra, & incolumis. Et hoc de ratione succedendi, qua exposita statim transit *l. antepen.* ad quæstionem, quam potissimum spectabat de collatione dotis, vel donationis propter nuptias, facienda inter patruum, amitam, avunculum, materteram, & filios fratrum, sororumve. Et quæritur, an patrui, vel avun- B culi, vel amitæ, aut materteræ debeant conferre dotem, vel donationem propter nuptias à defuncto pro se datam, aut promissam, in cujus bona pariter succedunt. Et similiter, an patrui, amitæ, avunculi, & materteræ debeant conferre filiis fratrum, sororumve in medium dotem à parente, cui pariter succedunt, datam, vel promissam. Et contra, an etiam filii fratrum, sororumve debeant conferre dotem datam, vel promissam, vel donationem propter nuptias pro patre, aut matre, cujus vicem repræsentant. Hæc est quæstio *l. antepenult.* Patrui primum dicebant, eos non alligari collationi, concurrentibus filiis fratrum, sororumve, non etiam fratribus, vel sororibus, quod collatio nunquam fuerit data, nisi inter liberos, non inter cognatos à latere: neminem onerari collatione sine lege speciali, quod notandum. Non C potes imponere, vel indicere collationis munus aliis, quam quibus lex indixit. Sic plane patrui non cogebantur conferre, vel amitæ, aut avunculi, aut materteræ. Posset quis tentare ex *l.* 14. *hoc tit.* ut Accursius tentat, etiam olim patruum, vel amitam contulisse dotem, vel donationem propter nuptias filiis fratrum. Nam in specie h. l. amita proculdubio confert dotem filio fratris: sed in specie longe dissimili, & sejuncta ab ea, quæ tractatur in *h.l.* Nam in *l.*14. (de qua heri nonnihil dixi) filius fratris amitam conferri sibi dotem desiderat jure hereditario, quia heres exstitit patri, cui amita conferre debuit antequam moreretur. In hac specie quæritur, an filius fratris suo jure, ut filius fratris, non ut heres patris sui, possit à patruo, vel amita desiderare, vel avunculo, vel matertera collationem dotis, vel donationis pro- D pter nuptias, quod sane non potest, aut non potuit unquam ante hanc legem antepen. Et ita patrui justa ratione defugiebant munus collationis concurrentibus non fratribus, non sororibus, sed filiis fratrum, sororumve. Ex diverso nepotes etiam dicebant dotem, vel donationem datam patri eorum, in cujus locum succedunt, & partem cum deminutione trientis, non debere eam conferre patruis, vel amitis, vel avunculis, aut materteris, quia dicebant, unam tantum esse legem, quasi scilicet hæc omnia pendeant ex jure posititio, non ex interpretationibus nostris. Eam esse *l.nepotes, C.Th.de legit.hered.* ut nepotes ex filia venientes cum avunculis ad successionem avi materni conferant dotem avunculis, quam matri eorum avus dederat. Lex loquitur de avunculis tantum. Ergo inquiebant nepotes, avunculis tantum con- E feremus dotem, vel donationem propter nuptias datam patri nostro, in cujus vicem, & partem venimus, non patruis, amitis, aut materteris, quia lex loquitur tantum de avunculis, & avunculorum nomen nunquam legitur porrigi ad patruos, amitas, vel materteras. Et hi igitur justa ratione defugiebant munus collationis, concurrentibus patruis, amitis, materteris, non avunculis. Nec negat Justinianus, quin justa ratione nitantur utrique, sed vult, ut deinceps etiam inter patruos, avunculos, amitas, materteras, sit collatio dotis, vel donationis propter nuptias datæ pro patruis, amitis, materteris, vel datæ pro patre, vel matre eorum nepotum. Denique etiam ex transverso esse collationem dotis, aut donationis propter nuptias,

A non inter quoscunque cognatos ex transverso, sed inter patruos tantum, & filios fratrum, & sororum, interque amitas, avunculos, materteras. Lex non loquitur de dote data filiis fratrum, vel sororum, sed de dote data patri, vel matri eorum, ut eam conferant, quam etiam pater, & mater contulisset, si in ea bona venissent, id est, si vixissent. Quid autem statuemus de dote iis nepotibus data ab avo, vel avia materna, vel pro iis data, vel promissa dote, vel donatione propter nuptias? Et verissimum est, quod respondet Accursius ex *l.* 1. *§. ult. de conjung. cum eman.lib.* cui addenda est *l.*1. *§. sed etsi cum, de collat. dot.* cum veniunt filii fratrum, vel sororum cum patruis, amitis, avunculis, aut materteris in bona avi, vel aviæ maternæ, dotem eorum nomine datam, vel promissam eos invicem conferre, non etiam patruis: dotem B tamen datam, vel promissam patri eorum, cujus vicem repræsentant, eos conferre non invicem, sed solis patruis. Et hic est finis de collatione dotis, vel donationis propter nuptias. De collatione donationis simplicis breviter statuamus, quid juris sit. Ex *l. si don. & l. pen.* ita distinguendum est, aut agitur de bonis matris, aut avi, aut proavi materni: aut de bonis patris, avi, aut proavi paterni: Si agatur de bonis, & successione matris, avi, aut proavi materni, liberi acceptam donationem simplicem à matre, avo, aut proavo materno non conferunt, nec ulla bona propria, in quibus est etiam donatio illa simplex, atque directa. Cur eam non conferunt? Quia nulla alia bona conferunt præter dotem, & donationem propter nuptias ab eo parente profectam, cui succedunt. Donationem simplicem non conferunt, exceptis duo- C bus casibus, si mater, avus, aut proavus maternus donationi hanc legem dixerit, ut conferretur in *l. pen. in fine.* Alter casus ponitur etiam in *d. l. pen.* Si sint plures liberi, qui veniant in successionem matris, avi, aut proavi materni, quorum quidam acceperunt dotem, vel donationem propter nuptias: quidam donationem tantum simplicem: Nam propter illos, qui conferunt dotem, & donationem propter nuptias æqualitatis tuendæ causa, etiam cæteri, qui acceperunt tantum donationem simplicem, eam conferre compelluntur. Cæteroquin donatio simplex non confertur, cum agitur de eorum parentum hereditate, atque etiam non imputatur in legitimam portionem iis, qui ad querelam inofficiosi testamenti veniunt, nisi eadem lex donationi dicta sit, ut donationem illam simplicem imputarent in legitimam D portionem, *l. si non mortis, D. de inoff. testam. l.si quando, §. & generaliter, sup. eod.* Ex *d. l. si donatione*, donatio simplex confertur, & imputatur in legitimam, si ea sit lex donationis. Altero vero casu, quo donatio simplex confertur æqualitatis tuendæ causa inter liberos, non imputatur etiam in legitimam, quia hoc non est expressum. Et servanda est perpetuo cautio *l. pen.* ut nihil liberis imputetur in legitimam, nisi quod legibus expressum cavetur, ut imputetur, ut illo secundo casu, quem exposui. Lex penult. quidem vult donationem simplicem conferri, sed non adjicit, etiam imputari in legitimam. Ergo nec imputatur in legitimam: & quod omisit lex, pro omisso habetur, nec suppletur commentationibus nostris, vel argumentationibus. Res enim non est parvi momenti, imputare aliquid in legitimam, vel non, quod temere ad- E mitti, vel denegari debeat citra legem expressam. Et inde colligit Justinianus ea, quæ conferuntur in medium, non semper etiam imputari in legitimam, ut in illo casu. Et si vis hoc evidentius cernere, emancipati conferunt bona propria, tamen ea non imputantur in legitimam. Ergo quod confertur, non continuo imputatur in legitimam, nisi constitutio aliqua hoc dixerit. At contra regula est certissima, ea, quæ computantur in legitimam, omnia etiam venire in collationem. Et ut ea breviter percenseam, quibus caveto, ne ulla alia adjicias inconsulto. Quæ imputantur in legitimam hæc sunt: Donatio simplex, si ea lex dicta sit donationi, ut imputaretur in legitimam, ut id ante probavi, alioquin donatio simplex non imputatur in legitimam. Cur? quia vivo parente,

tente, qui fecit eam donationem, ea donatio abscessit A bonis ejus, & liberis ejus debetur portio legitima tantum ex bonis, quæ morientis fuerunt, *l.cum quæritur*, *sup. de inoff. testam.* Non ergo ex bonis, quæ donata liberis jure, vel extraneo. Qua ratione etiam olim dos, & donatio propter nuptias non imputabatur in legitimam, quia statim atque profecta est, separatur à bonis patris, & legitima tantum debetur liberis ex bonis, quæ manserunt patris, usque in diem mortis. Qua ratione utitur *lex* 1. *C. Gregor. de inoff. testam.* Sed hoc correctum est. Nam hodie dos, & donatio propter nuptias imputatur in legitimam. Cur? Nam est reddenda ratio correctionis, quia hoc fit justa præsumptione: Legislatoris enim est inducere præsumptionem, quasi scilicet præsumatur semper pater dare dotem, vel donationem propter nuptias hac contemplatione, ut id cedat in le- B gitimam, & quasi mortis causa, *l.3. §.ult. de bon. lib.* Hic est color novi juris, quo placet dotem, vel donationem propter nuptias imputari in legitimam: & constat etiam illud, imputari hereditatem in legitimam, id est, ea, quæ capiuntur jure hereditario in bonis defuncti, aut ea, quæ capiuntur legati jure, aut fideicommissi, aut mortis causa donationis. Ac præterea, ut docet *lex penult.* & *l. omnimodo*, *sup. de inoffic. testam.* etiam imputari casum militiæ paterna pecunia filio comparatæ. Nomine militiæ significatur officium Palatinum, quod quis exercet in Palatio principis, veluti officium adjutoris quæstoris. Et hæc officia militiæ poterant vendi jure fisci, & jure licito. Officium adjutoris quæstoris, quod militiæ nomine continetur (in idiotismo *office de chauffecire*) distrahi potest, & transmittitur in heredem quemcunque. C Sic etiam hæ militiæ distrahi poterant, & transmitti in heredem. Ac præterea moriente milite casus militiæ debebatur heredibus ejus (in idiotismo dicitur *le cas vacant*) ex casu mortis militis obveniebat aliquid lucri heredibus ex communi placito scholæ, universique officii: obveniebat cum commodis, & lucris, quod appellatur casus militiæ; Gallice *le vacant*. Nulla est militia, quæ dicta sit ex casu. Et obscurus est labor Lælii Taurelli, qui scripsit librum de militiis ex casu, in quo multo sudore quærit, quæ sint militiæ ex casu, cum nullo loco hæc appellatio militiis ullis tribuatur, sed dicitur casus militiæ: sed deceptus est, quod in Novella 53. legatur *τὰς ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας*; non *τὰς ἐκ τοῦ κάσου καλουμένας στρατείας*, id est, *militias, quæ vocantur casus*: non *militias, quæ vocantur ex casu*, si inquam, ea militia D sit comparata pecunia parentis, lucrum ejus, quod ex ea redigi potest, casusque militiæ, quod aliud lucrum est, imputatur filio, cui ea militia comparata est, in portionem legitimam, excepta tantum militia silentiaria, sive silentiariorum in *d.l.omnimodo*, *§.ult.* quæ non venit in collationem, sed deputatur castrensi peculio. Silentiarii hi sunt, qui excubias agunt noctu in palatio principis, qui indicunt silentia sacro somno, ut ait Claudianus. Excipitur tantum eorum militia. Et ita percensui omnia, quæ imputantur in legitimam, nihil præterea imputatur. Et quod imputatur secundum regulam *l.pen.* etiam confertur ab intestato. Et hoc cum agitur de bonis matris, avi, & proavi materni. Altera pars distinctionis hæc est: Aut agitur de bonis avi, aut proavi paterni, & hoc casu etiam separandus est filius emancipa- E tus à suo. Nam filiis emancipatis, quibus facta est donatio, omnimodo valet, & ut cætera propria conferunt suis, ita etiam conferunt donationem simplicem, *l.ut liberis, in fine*. Suis autem, quia eis facta donatio inutilis est: inutiliter pater donat filiofamil. quoniam quod ei donaverit, si dixeris ei adquiri, recurret confestim ad ipsum patrem jure potestatis, quod filiusfamiliæ nihil possit habere proprium, quod mox non fiat patris. Igitur donatio facta filiofamil. non confirmatur morte sola secundum jus vetus, quod obtinuit olim ante *l.donationes*, *sup.de donat. inter vir. & uxor. l.1. §.1. pro don.* Donatio igitur facta filiofamil. cum non valeat proprie, non confertur, nec retinetur etiam à filio ut præcipua, A sed venit in judicium familiæ erciscundæ, ut quælibet res paternæ, quia nunquam abscessit bonis paternis. Hæc est sententia *l.si donatione*, *hoc tit.* Quæ ex contrario etiam confirmatur *l.4. sup. famil. ercisc.* dum ait donata à patre filiofamil. ex causa castrensi, non venire in judicium familiæ erciscundæ. Nam ex eo colliges recte ex contrario, donata filiofamilias à patre ex alia causa, quam castrensi, venire in judicium familiæ erciscundæ, cum ea dicantur tantum non venire, quæ obvenerunt ex castrensi peculio. Sed objicitur, & hic est finis *d.l. si donatione*, *l. filiæ*, *sup. famil. erciscund.* in qua multum laboravi. Nam lex ait, patrem filiæ nomine quædam comparasse, quod ut absolvam statim, donare est, res filiæ nomine comparare, est filiæ donare *κατὰ πρόληψιν*, quod comprobat *l.cum hic status*, *§.1. de donat.* B *inter vir. & uxor.* Et *filiam* illo loco, ne quis calumnietur, oportet accipere pro filiafam. Nam, ut alias dixi, filiam cum dixerim sine ullo affixo, filiafamil. intelligitur. Quid si de filia emancipata? Utique etiam adjicemus eam qualitatem? Sic igitur res est, in specie *l.filiæ*, filiæfamilias nomine patrem res quasdam comparasse, quod est donasse juris præsumptione, & tamen lex ait filiamfamil. in judicium familiæ erciscundæ eas res retinere præcipuas. Ergo donata filiæfamilias non venire in judicium famil. erciscundæ, sed præcipua retinentur, & tamen *l.si donatione* ait venire. Recte Græci dicunt, & doctius meo judicio, quam Latini: Aut pater, qui donavit filiæfamil. perseveravit, aut non. Si in eadem voluntate non perseveravit, donata veniunt in judicium familiæ erciscundæ, & ita sumenda *lex si dona-* C *tione*: sed si in eadem voluntate perseveraverit, donata non veniunt in judicium famil. ercisc. quod confirmat *d.l.filiæ*, *l.2. C. Gregor. famil. ercisc.* confirmat & Paulus *lib.5. Sent. tit. de donation.* dum ait, ea, quæ pater filiofamil. donavit, si decesserit in eadem voluntate perseverans, morte patris convalescere. Ergo *l.filiæ* pertinet tantum ad donata filiæfamil. à patre, ut non veniant in judicium divisionis, si pater in eadem voluntate perseveraverit, & si filius, cui donavit, accipiat judicium familiæ erciscundæ. Hæc duo exiguntur, ut pater perseveret in eadem voluntate, & ut filius ultra donata à patre, velit venire in hereditatem patris, & in judicium familiæ erciscundæ: Nam placet, quod Thalelæus notat, filiumfamil. qui repudiat hereditatem patris, non posse percipere donata sibi à patre inter vivos, etiamsi pater D in eadem voluntate perseverans decesserit. Quod optima ratione probari potest: Nam filiusfamil. qui abstinet se bonis paternis, donata sibi à patre constanter retinere non potest jure præcipui, quia præcipuum non est id, ultra quod nihil aliud capitur. Et *l.filiæ* donatorum tantum retentionem dari, ait, jure præcipui, quod jus nullum est, si non admittat bona paterna, jus hereditatis paternæ. Non potest etiam ea retinere jure perfectæ donationis morte patris secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justinianum, quod donatio facta filiofamilias, non confirmetur morte patris, sed perseverantia, & voluntate manifesta. Summa igitur differentia hæc sit inter emancipatum, & suum: quod donatio collata in filiumfamil. si in ea perseverans pater decesserit, confirmetur, non ipso jure, sed officio judicis familiæ erciscundæ, & rescindatur E si sit inofficiosa, similiter non ipso jure, sed officio judicis familiæ erciscundæ, *l.2. sup.de inoffic. don.* Donatio autem collata in filium emancipatum nulla indiget confirmatione, & rescinditur si sit inofficiosa, non officio judicis, sed per querelam inofficiosæ donationis.

AD TITULUM XXI.

DE TESTAMENTO MILITIS.

POSTQUAM egit de bonorum possessione, quarum beneficio jure prætorio veluti heredes in bona demortuorum succedunt, transit ad he-

redi-

reditates., quæ jure civili deferuntur ex testamento, vel ab intestato, & servat ordinem legis 12. tab. ut ait *l. 1. si tab. testam. nullæ ext.* Quæ quidem l. 12. tab. prius de judiciis testantium, & sic deinde de successionibus ab intestato loquitur. Quem ordinem etiam in suis edictis secuti sunt prætores, & proconsules. Cum autem alii testantium testentur jure singulari, & proprio, ut milites: alii jure communi, ut cæteri cives Romani, ante omnia vult se expedire jure singulari, dato titulo de testamento militis. Sequentes enim tituli omnes sunt de jure communi civium Roman. quod servant in testamentis faciendis. Et nuda quælibet voluntas militis de divisione bonorum suorum pro justo, & legitimo testamento est; decretum rei familiaris à milite quoquo modo factum contemplatione mortis, justum, & legitimum est testamentum ex constitutionibus Principum, quæ dant veniam imperitiæ militis, *l. impub. D. de adm. tut.* Et generaliter militibus permittitur ignorare jura publica, non tantum in constituendis rebus suis, vel in damnis amittendarum rerum suarum, sed etiam in lucris, in compendiis, *l. penult. §. si filiusfamil. de jur. & facti ignor. l. 1. sup. eod. tit. l. ult. inf. de jur. delib.* Nam etsi quidam ex militibus esse possint periti juris; tamen omnes milites, sine discrimine arma potius, quam jura scire constitutiones existimant, aut certe eos oblitos esse juris, & legum, ut rectè dixerit Julius Frontinus *lib. de limit. Dum*, inquit, *armorum magis exercear curis, totum hoc negotium* (literarum scilicet, sive negotiorum civilium) *veluti oblitus intermiseram, nec quidquam aliud, quam belli gloriam cogitabam.* Et Cornelius Tacitus in Agricola. *Credunt*, inquit, *plerique militaribus ingeniis subtilitatem deesse: quia castrensis jurisdictio secura, & obtusior, ac plura manu agens, fori calliditatem non exerceat.* Et hæc incalliditas fori, vel ignorantia rei forensis, est, quæ dicitur simplicitas militum in *l. 3. hoc tit.* l. 1. *D. eod.* Ergo si in testamento faciendo miles non observaverit solemnitates, & diligentiam ll. quam utique pagani necessario observare debent, si velint rata esse suprema sua judicia, non ideo minus rata est voluntas militis, nec ei imputatur, quod JC. non adhibuerit: nam & sine JC. quoquo modo miles testamentum facit: ut in antiquo titulo monumenti voluntatis suæ quidam hæc verba præscribit, *dolus malus, & Jurisconsultus abesto.* In hoc monumento jus aditus libertis, libertabusque pateat, sextertium mille dato ad sacrificia faciunda quotiescumque opus erit. Est vetus inscriptio Neapolitana, & ad eundem modum *l. penult. §. Lucius, de leg. 2.* Quidam contestatur sine JC. testamentum fecisse, & nimia diligentia legum insuperhabita, vel neglecta, his verbis eleganter, quod vellem adolescentes addiscere memoriter: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Et ea quidem voluntas si non sit militis, quod contempserit diligentiam legum, & solemnitatem, non est testamentum, sed codicilli, id est, ad bona defuncti vocantur ab intestato legitimi heredes, qui tamen deducta Falcidia ex causa fideicommissi, quasi jure codicillorum compellentur hereditatem restituere heredi scripto. Ea autem voluntas militis si esset, testamentum esset, quod valeret jure directo, quamdiu in militia permaneret, atque etiam post missionem honestam intra annum, *l. 5. hoc tit.* Nam post annum desinit valere testamentum jure militari, & mutari igitur post annum oportet, jureque communi civium Romanorum fieri. Ergo si forte in testamento militis non fiunt adhibita signa, vel subscriptiones testium, non ideo minus valet testamentum, quod ob eam rem, si pagani esset, imperfectum diceretur. Et cum sit militis, nihilominus dicetur perfectum esse testamentum, & legitimum. Item militis testamentum scriptum notis, non literis, valet, ac si perfectum, & legitimum esset, *l. Lucius, de milit. testam.* Cum tamen pagani testamentum scriptum notis, nec civili jure, nec prætorio valeat. Nec enim prætor dat bonorum possessionem secundum notariam pagani, & tamen dat bonorum possessionem secundum notariam militis. Idemque erit, ut ait *l. milites, hoc tit.* si miles testamentum scripserit forte sanguine proprio in clypeo, vel in vagina gladii, vel etiam si in ipso articulo moriendi, gladio suo in pulvere significaverit quid post mortem suam fieri vellet, *d. l. milites.* Et ita eleganter Egesippus *lib. 5. Vere*, inquit, *bellicum testamentum non atramento scriptum, sed sanguine, nec in charta, sed in mucrone.* Ad hæc etiam observemus militem posse si velit in aliis bonis suis testari, & in aliis non testari, veluti testari de castrensibus, non de paganis, vel contra, atque ita posse eum decedere partim testatum, partim intestatum, *l. 1. & 2. hoc tit.* Sicut etiam potest miles alio tempore esse testatus, alio intestatus, veluti herede scripto ex die, vel ad diem, *l. 8. hoc tit.* Longe secus est in pagano: Nam quem paganus ex parte tantum heredem facit, non adjectis coheredibus, is nihilominus obtinebit assem, *l. 1. §. si ex fundo, de hered. instit.* Causa scilicet testati trahente ad se causam intestati. Sicut ex diverso nonnunquam evenit, ut causa intestati trahat ad se causam testati, ut in specie *l. penult. de injust. rup. & irrit.* Quem etiam paganus heredem scripsit ex die, vel ad diem circumscriptu die, vel sublata, & circumscripta illa mentione diei, quasi mendo testatoris, qui heres scriptus est à die, vel ad diem heres fit statim, heresque permanet, *l. hereditas, de hered. instit.* Quæsierim libenter, cur heres à pagano possit scribi sub conditione, non ex die, vel in diem? Et placebit satis, si quis respondeat hoc modo: eum, qui heredem scribit sub conditione, interim pendente conditione, neque testatum, neque intestatum esse, quia conditio rem omnem suspendit, eum autem, qui scribit ex die, ante diem esse intestatum plane, & post diem testatum, ac similiter eum, qui scribit in diem, ante diem esse testatum, post diem intestatum. Denique alio tempore testatum, alio intestatum, *l. potest, de hered. instit. l. miles ita, de milit. testam.* Quam inconstantiam jus nostrum non patitur in paganis, in militibus admittit privilegium militiæ. Et, ut addatur alia differentia inter paganum, & militem: Patris pagani silentium non habetur pro exheredatione, id est, si pater filium suum, neque nominatim exheredet, neque heredem instituat, non habetur pro exheredato, quia exheredandus est nominatim, non tacite. Silentium matris, aut avi materni pro exheredatione est, ii silentio solo exheredant, pater silentio solo non exheredat. Ideoque filius testamento patris, neque heres institutus, neque exheredatus, non habetur pro exheredato, sed pro præterito, & ipso jure nullum, atque injustum testamentum patris facit ob causam præteritionis, quod valeret ipso jure si exheredatus videretur, & ad rescindendum, opus esset venire querela inofficiosi testamenti, & hoc genere actionis lege agere in hereditatem paternam. In milite ita distinguimus, ex *l. 9. & 10. hoc tit.* Miles aut scit se habere filium, & hunc neque instituit, neque exheredat, legatum forte ei adscribit, ex quo probatur eum non ignorasse filium se habere, cum ei legatum adscripserit: hoc casu silentium militis pro exheredatione habetur, pater miles & silentio filium exheredat, uti vult, vel nominatim. Sed si forte ignoret miles sibi esse filium, ut si quem habeat filium, falso rumore perlato crediderit esse mortuum, eumque neque instituerit, neque exheredaverit, tunc eadem est causa militis, & pagani, id est, filium militis pro præterito habetur, & testamentum militis ipso jure nullum est, quia scilicet non habuit animum exheredandi eum, quem existimavit non esse in rebus humanis. Et inde plane hodie sine controversia, & difficultate dirimi potest quæstio illa, quam apud centumviros fuisse tractatam, M. Tul. Cic. refert 1. *de Oratore* De morte filiifamil. militis ab exercitu venit falsus nuntius, & pater ejus re credita testamentum mutavit, in quo cum filium heredem scripserat, & quem ei visum

fuit

suit heredem fecit, ac deinde mortuus est pater. Post mortem patris filius revenit domum, quæritur an tanquam exheredatus possit jure agere in hereditatem paternam? Res est explicatu facillima hodie, ut possit lege agere in hereditatem paternam, ut præteritus, quod ipso jure nullum sit testamentum, quod pater fecit, non exheredatus: quia exheredatus non videtur, quem omisit pater, cum ignoraret eum filium sibi superesse, quem crederet mortuum, *l. 9. & 10. hoc tit.* illa species est de filiosamilias milite, & patre, eodemque testatore pagano, qui in civitate manserat. Sed id etiam obtinet in patre milite, eodemque testatore, eum falso nuntio perlato filium crediderit esse mortuum, & secundum eam speciem, quam ille refert, filiusfamilias miles potuit exheredari à patre, quod tamen aliquando edicto proposito vetuit Augustus, quod est novum valde, ne quis filiumfamil. militem dantem operam Reipubl. exheredaret. Sed postea sublatum fuit edictum Augusti, *l. filiusfamil. de lib. & postumis*. Pergamus: Etiam invenio paganum non jure libertatem dare, aut non jure à pagano libertatem datam videri suo servo, quod legaverit quasi liberto, puta hoc modo: Sticho liberto meo centum do, lego. Neque valet libertas, quia non est relicta verbis directis, & solemnibus, neque legatum, quia servo proprio sine libertate legatur inutiliter. At si pareat militis animum fuisse dandæ libertatis directæ etiam illis verbis, Sticho liberto meo centum do, lego, competet militis servo directa libertas, quæ est sententia *l. 7. hoc tit.* Et ita etiam testamento militis data libertas ante heredis institutionem valebat, ut scribit Ulpian. *lib. regul. tit. 1.* Neque tamen valebat data à pagano ante heredis institutionem, ante Justinianum, *§. ante hered. Instit. de leg.* Et ut magis intelligatur quantum possit ultima voluntas militis qualis qualis, observemus ex *l. 12. hoc tit.* legata à milite relicta, vel fideicommissa deducto ære alieno deberi: Nam ex testamento militis legata, aut fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno. Legata, vel fideicommissa delibant puram substantiam defuncti, non onustam ære alieno. Legata inquam, vel fideicommissa relicta in testamento militis, solvuntur integra, & illibata sine deminutione Falcidiæ ex voluntate testatoris. L. Falcidia est contra voluntatem pagani, non contra voluntatem militis, *l. 3. ad leg. Falcid.* Igitur si miles voluit rem solidam præstari, etiamsi ei interveniat ratio Falcidiæ, solida præstabitur, nec imminuta. Denique lex Falcidia non pertinet ad testamentum militis, *l. 12.* Neque tamen testamenta militum sunt soluta omnibus legibus. Omnia licent militibus in suis supremis voluntatibus. Nam & L. Ælia Sentia pertinet ad testamentum militum, quæ vetat minorem viginti annis justam libertatem servo tribuere in testamento, id est, civitate donare. Hæc lex non est remissa militibus, *l. 4. hoc tit. l. si à milite, §. 1. de milit. testamento*. Non est etiam remissa lex Fusia, vel quæ alia lex, quæ impediat libertates. Non est etiam illud militi remissum, ut in ejus testamento scriptura captatoria valeat, *l. 11. hoc tit.* ut si miles sic heredem scripserit: Qua ex parte Lucius Titius me heredem faciet, ex ea Lucius Titius mihi heres esto. Nulla est illa institutio, quia est hamata, quæ expiscatur hereditatem alienam potius, quam offert suam. Offert suam hereditatem in hamo. Et ita eleganter ait lex 11. nec captatorias institutiones in testamento militis admitti. Nec captatoria igitur legata, vel captatorias quascunque scripturas, quæ indignissimæ sint ingenuo, & libero homine. Illud etiam multum est, quod tribuit *lex 6. hoc tit.* à quo longissime absunt pagani, ut miles possit extraneo heredi scripto, vel filio puberi directo substituere in secundum casum, hoc modo: *Ille mihi heres esto, & si mihi heres exstiterit*, (hic est secundus casus substitutionis, nempe casus adquisitæ hereditatis; primus casus substitutionis est casus non adquisitæ hereditatis, id est, *si heres non exstiterit*) Ergo recte substituet hoc modo: Ille mihi heres esto, & si mihi heres erit, & postea vita decesserit, Cajus Sejus mihi heres esto, valebit substitutio ita facta à milite jure directo, quæ in pagano non valet. Nam nemo paganus dat heredem ei, qui sibi potest facere heredem. Non potest igitur nisi pupillo. Pupillus enim non potest sibi facere heredem. Igitur pupillo pater facit heredem. Quæ substitutio pupillaris dicitur, sive testamentum pupillare. Puberi autem filio, sive extraneo nemo facit heredem jure directo, sed unusquisque sibi. Excipitur miles tantum, qui ei, quem facit heredem, testamentum facit in secundum casum, ut dixi, si heres ei exstiterit, & vita decesserit. Et illud erat valde novum ante Justinianum, id est, ante *l. ult. hoc tit.* ut posset impubes, & pupillus tribunus militum testamentum facere. Nam & sæpissime nobilissimi pueri ad tribunatum militum promovebantur, ut fit etiam hodie, ut sit dux, vel Imperat. exercitus Princeps puer, & admodum impubes: ab eximia, & excellenti virtute, ut M. Tull. ait in Philip. non exspectari progressum ætatis. Et Plin. in Epist. ab optima indole non exigi numerum annorum. Et consequenter Papin. in *l. penult. de decurionibus*, ad decurionis honorem non pervenire minores 25. annorum natu, nisi dignitas oris, ex qua sæpe deprehenditur bona indoles, certam spem faciat honoris, ut Princeps ei adolescenti permotus dignitate oris indulgeat honorem decurionatus, non expleta justa ætate. Quod potest aptari hodie ad pleraque negotia, dum nimis exacte à præclaris adolescentibus exigitur numerus annorum, dum summo jure, cum excellentia, & eximia virtute agitur, & stirpe præclara. Invenio tamen aliquando constituisse D. Adrian. ne quis impubes fieret tribunus militum. Valerian. apud Vopiscum in Probo: *Miraris*, inquit, *quod ego imberbem tribunum fecerim contra constitutum D. Adriani*. Et de Adriano Spartian. *Nullum*, inquit, *Adrian. tribunum, nisi plena barba fecit, aut ejus ætatis, quæ prudentia tribunatus robur impleret*. At si quando creatus sit tribunus impubes ei ante Justinianum jus erat faciendi testamenti. Quapropter huic pupillo pater non poterat facere pupillarem substitutionem. Illud non est omittendum, male vulgo quosdam confundere milites cum nobilibus. Nam & plebeii quidam sunt milites, & nobiles plerique, neque sunt milites, neque fuere unquam. Milites sunt, qui in numeros relati sunt, qui stipendia merent, & in expeditione degunt. Nobiles sunt, quorum majores feudum à principe, seu beneficium acceperunt cum onere militiæ. Nobilitati quidem adnexum est onus militiæ, sed non sunt milites, nisi quamdiu in expeditione sunt occupati, & testamenta eorum ad privilegium militum non pertinent. Etiam vehementer errant, qui arbitrantur id tantum testamentum valere jure militari, quod quis fecerit in procinctu sine libra, atque tabulis, in acie, in hostico, ut loquuntur: Nam etiam, quod quis fecit in expeditione, in castris, in fossato, in hostico, citra aciem, citra belli discrimen, atque conflictum, vel quod quis fecit in hybernis, vel stativis, in præsidiis, placet valere jure militari. Alioquin nihil distaret paganus à milite. Nam & paganus in procinctu, si forte fuerit casu quodam in acie, in hostico, quoquomodo testam. fecerit, ejus testamentum valet, etiamsi in pulvere expresserit ultimam suam voluntatem, in extrema mortis trepidatione, *l. ult. de milit. test.* Eadem ratione, quod tunc temporis pene intermortua est memoria legum, & memoria cæterarum disciplinarum, *ut ait Xenoph. in Cyri adolescentia*: & tam repente etiam à pagano in procinctu, in acie, in hostico juris utilitas à peritis depromi non potest. Igitur quoquomodo fecerit testamentum, valet, & ideo ratum erit, perinde ac si à milite factum esset, *d. l. ult.* Sed dicamus militem (quod jus non habet paganus) posse etiam in expeditione, in castris, in hybernis, in præsidiis, in stativis testament. jure militari facere. Nec moveamur eo, quod scriptum est in *Instit. de milit. testam.* militem in sedibus suis debere jure communi testari, testament. quod fecerit in sedibus suis non valere jure militari.

Nam

Nam male interpretantur illo locu sedes, stativa, & malim ædes, ut recte in *l. ult. sup. de testam. mil. in sedibus suis*, & Basilica habent *οἴκοις ἰδίοις*, *in propriis ædibus*, aut certe idem est in sedibus, & in ædibus, ut *l. 2. Cod. Theodos. de domest.* Et quod in eo loco Institotionum Theophilus sedes interpretatur *σέδετα*, sive dicas, ut Suidas, sedeta esse fossata, id est, castra, sive dicas esse stativa, ut *l. 16. sup. de Episcop. audient.* verum est in stativis militem posse jure militari testari, non etiam in ædibus suis, cum non est occupatus circa res bellicas.



AD TITULUM XXII.

QUI TESTAMENTUM FACERE POSSUNT, VEL NON.

EXPLICATO jure singulari, quod in testamento militis observatur, transit ad ordinem, jusque commune, id est, ad regulas juris civilis, secundum quas pagani testari debent. Et quia in omni tractatu semper prior est quæstio, vel inspectio de personis, quam de solemnitate juris, ut in *l. quidam referunt, de jure codicill. l. 4. Qui testament. fac. poss.* Ideo hoc tit. in primis declarat, qui habeant testamenti factionem. Pendet hæc res omnis ex l. 12. tabol. in quibus ita scriptum est. *Paterf. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ, ita jus esto.* Sine qua lege non potuisset civis Romanus testamentum facere: legis est dare, vel adimere testamenti factionem. Quoniam testamentum est veluti lex quædam, quæ posteritati dicitur, quam dicere non est privati ullius, nisi dicendi lex fecerit potestatem. Hoc est, quod dicitur testamenti factionem, id est, jus, potestatemque testandi esse juris publici, non juris privati. Neque enim ex pactione privatorum habiturus est is testamenti factionem, cui lex ademit, neque etiam ex patris voluntate contra præsciptum *l. 12. tab.* & sic ex voluntate privati hominis non poterit filiusfamil. facere testamentum, *l. 6. qui testam. fac. poss.* Et similiter ex voluntate patroni libertus non est habiturus liberam testamenti factionem contra præcepta legum, quæ libertos obligant muneribus, donis, & testamentis. Quintilian. ait in declamat. 4. libertos debere patronis dona, munera, testamentum, quod scilicet non possint liberti patronos in suis testamentis præterire, & prætermittere, etiamsi patroni liberam testamenti factionem eis permiserint. Quoniam non est privati hominis dare liberam testamenti factionem, sed legis, aut Principis, qui viva lex est, *l. etiam, l. Paulus respond. §. patroni, de bon. liber.* Ergo lege opus fuit, quæ nominatim daret civibus Rom. testam. factionem, tam activam, quam passivam. Nam ut dictionis testimonii, ita testamenti factionis duplex est sigoificatio, activa, & passiva. Ait ergo *l. 12. tab. paterf. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ*, ut est scriptum in Floreut. *l. sæpe, de verb. signif.* ut in loco Virg. *O mihi sola mei super Astyanacti imago*. Sic super pecuniæ, tutelæve suæ, sive quod brevius est, *suæ rei*, *l. verbis, de ver. sign.* Ergo secundum verba legis non potest quis testam. facere de aliena re, vel pecunia. Non potest etiam alieno filio tutorem dare, sed moribus tantum hoc receptum est, ut pater possit facere testam. de re filii sui impuberis, quem habet, vel habiturus est post mortem suam, si eum habeat in potestate, quæ dicitur substitutio pupillaris. Excepto igitur hoc casu, nemo potest testari de pecunia aliena, sed de sua, *l. conficiuntur, §. si post, de jur. codicill.* Et respicit ad verba *l. 12. tab.* dum ait, de pecunia sua esse facultatem testandi, *l. testandi, tit. seq. l. cum pater, §. mando, D. de leg. 2.* Inde vero oritur quæstio l. 1. quod non animadvertitur, & erat facillimum animadvertere, an testam. factionem habeat is, qui quidquid habet, id habet commune cum fratre, vel sorore, vel extraneo? Nihil refert, quia scilicet res, pecuniave communis, proprie pecunia sua non est, *l. illud dubit. de rit. nup.* Sed ut ostendit *l. 1.* placet in *l. 12. tab.* suam pecuniam appellari etiam eam, quæ communis sit cum alio, ut scilicet super ea possit testam. facere pro sua parte. Igitur ut in multis partibus juris sæpe quæritur, an quod commune est, tuum, vel meum sit, quemadmodum indicat *l. 1.* etiam in *l. 12.* tab. circa illa verba, *pecuniæ suæ*, in quæstionem deductum est, an pecunia communis esset sua, quod definit l. 1. Præterea observandum est, l. 12. tab. loqui de patref. ut refertur à Cornificio, & Cicerone, qui præponunt illud verbum *paterfam.* Ex quo intelligitur filiumf. non habere testam. factionem, *l. 3. hoc tit.* Et sane filiusf. non habet testam. factionem super bonis profectitiis, quod est certissimum, quoniam ea bona nullo jure pertinent ad filiumf. sed pleno jure sunt patris, in cujus potestate est. Verum constat etiam filiumf. non posse testam. facere super bonis adventitiis, tametsi horum proprietas nuda hodie pertineat ad filiumfam. & quibusdam casibus etiam proprietas plena, non deducto usufructu. Ergo indistincte nec super bonis adventitiis suis propriis filiusfam. testam. facere potest, sed mortuo eo revertuntur ad patrem, si vivat jure peculii, id est, tanquam peculium, non tanquam hereditas. Atque ita fit, ut quis non testetur de re propria, de pecunia sua, quod non satis sit suam esse pecuniam, nisi etiam pateraf. sit qui testam. facit secund. verba *l. 12. tab.* Et hoc ostenditur in *l. Imp. ad S. C. Trebel. l. ult. §. filiis, inf. de bonis, quæ lib. l. pen. h. tit.* Et ut ante dixi de iis bonis filiusfam. ne auctore quidem patre testari potest, qui tamen potest donare auctore patre etiam mortis causa, *l. tam is, §. 1. de mort. caus. don. l. 9. §. pen. l. filiusf. de don.* Videlicet si pater ei permiserit donare rem peculiarem, non utique si ei permiserit liberam peculii administrationem. Neque enim intelligatur ei permisisse donationem, nisi forte Senator sit, quod Senatorum sit de suo largiri, & sæpe in vulgus suam pecuniam spargere, *d. l. filiusf.* Et similiter auctore patre quidlibet ex peculio profectitio, vel adventitio filiusf. Deo devovere potest, *l. 2. de pollicit.* Nec alia ratio differentiæ est inter testam. aut donationem, aut votum, quam quod de testam. lex scripta sit patrif. tantum, de donationibus cuilibet sit scripta, non soli patrifamil. Et quod testam. non possit fieri per alium *l. illa institutio, de her. inst.* Donare autem quis potest, & vovere per alium. Quid ni Filiofam. donante, vel vovente auctore patre, jussu, aut voluntate patris, ipse paterfam. qui eum habet in potestate, donare, aut vovere videtur, non filiusfam. Et tamen non possit filiofam. testam. faciente, pater videri ipse testam. facere. Quia nunquam fit test. per alium. At facile videri potest pater donante filiofam. suo permissu, ipse potius donare, quam filius, *d. l. 9. §. pen.* Sicut etiam filio manumittente servum peculiarem jussu, aut voluntate patris, forte patre cæco, muto, aut surdo, nequeunte exequi solemnia manumissionis, *l. 10. de manum. vin.* ipse pater videtur eum servum manumittere: Nam etsi non liceat manumittere per procuratorem, & dare justam libertatem, tamen licet manumittere per filium eum servum, quem habet in quasi patrimonio, id est, in peculio. Cæterum manumissus ab ipso patre videtur potius, quam à filio, *l. si quis hac lege, §. 1. Qui, & à quib. man. lib. l. 51. de rit. nup.* Summa igitur hæc sit: filiumfam. ne volente quidem patre super profectitio, aut adventitio peculio testam. facere posse. At potest tamen facere testamen. super peculio castrensi, vel quasi. Cur ita? Quia constitutiones Principum hoc fieri permiserunt, & leges. Legis est, aut constitutionis dare liberam testamenti factionem, & posset etiam dare de profectitio, & adventitio peculio testamenti factionem, sed eam non dedit. Et hoc quidem de filiof. notandum est, l. 12. tab. quæ loquitur de patref. non esse dubitandum, quin exigat, ut is pateraf. sit pubes: Nam cum testam. nihil aliud sit, quam ultimum judicium, quod de rerum suarum divisione defunctus facit, & nullum sit judicium impuberis, perspicuum est legem non dedisse impuberi testamenti factionem. Et

ita

ita in *§. Praeterea*, *inst. quibus non est permiss. fac test.* impuberes non posse condere ultimum judicium, sive facere testam. quod nullum animi judicium habeant. Ratio est ducta à nomine. Impubes nullum judicium animi habet. Ergo ultimum judicium condere non potest, ut similiter in *l. dum prætor*, *§. pen. de jud.* Impubes judex esse non potest, quia judicio caret. Est ratio ducta a nomine. Duplex est judicium ut Gal. docuit *lib. de hist. Philos.* Hoc animi judicium impubes non habet, ut possit discernere ea, quæ sunt, & quæ non sunt, & qua ratione, quove modo dignoscenda sunt, quod utrique necessarium est in testatoribus. Et addendum ex lege 4. *h. tit.* pubertatem, quam exigimus in testatore, hodie sine ulla controversia æstimari ex annis 14. in mare, in fœmina ex annis 12. quod sciunt omnes. Quæstio fuit olim centumviralis, pubertas annis, an habitu corporis æstimaretur. Fabius auctor est fuisse centumviralem quæstionem. Hodie definita est illa quæstio, ut pubertas æstimetur ex annis, non ex habitu corporis, non ex aspectu necessariæ partis, ut olim Aristophanes in Vespis, & Plato 11. *de legib.* Et ita Quintilianus 279. *declam.* cum quæreretur de ætate pueri: *Puerum*, inquit, *nudari, & in conspectu judicis constitui jussit pater*. Is fuit olim mos, quem abrogat *lex. 4. h. tit.* Et statim subiicitur *l. 5.* quæ vult, ut etiam spadones cæterorum exemplo testamenta faciant, ut igitur ab ea ætate, qua solent alii testamenta facere, faciant. Et quod observandum, notat *l. 5.* tria genera ultimorum judiciorum, testamentum, codicillos, & ultimum judicium; ultimum judicium vocatur epistola fideicommissaria, ut *l. 7.* quæ est supplementum codicillorum, in *l. cum, qui, §. pater*, *l. uxorem*, *§. 1. de leg. 3.* Sicut codicillus est supplementum testamenti, codicillus est justa sententia defuncti de rei familiaris suæ divisione, quæ obtinebat post mortem: epistola fideicommiss. est supplementum codicilli. Ut ergo voluntatem suam ultimam exponant spadones exemplo cæterorum omnium: ab ea ætate igitur, quam ante præscripsi: quærunt, quæ fuerit in spadonibus ratio dubitandi. Sumunt ex 3. *Sent.* Pauli, quod dicat, spadones facere testamentum plena pubertate, id est, anno 18. Inde quæri poterat, an in spadonibus exigerentur 18. anni. Sed Imperat. definit ut sufficiant 14. Numquam spadonibus fuit adempta testamenti factio, *l. 6. de lib. & post.* Sed in dubio fuit, à qua ætate possent facere testamentum. Sed videmur rationem posse nos dubitandi ducere ex eo, quod fuit olim institutum de Eunomianis hæreticis, qui plerumque solebant sibi exsecare virum, & iis modo Impp. dederunt, modo ademerunt testamenti factionem, *l. Eunomiani spadones, & l. 23. 27. & 31. C. Theod. de hæret.* Hæc lex videtur eis hæreticis permittere liberam testamenti factionem, & magis sequi eos Imp. qui dicebant non esse adimendam Eunomianis spadonibus testam. factionem. Et potest etiam meo judicio propius ad rem, quam intuetur constitutio *l. 5.* doci dubitatio ex eo, quod est constitutum de præpositis sacri cubiculi Principis, qui erant spadones, ut scitis. Et ex hac constit. & ex *l. 2.* quæ habet eandem subscriptionem, & inscriptionem *inf. de privil. eorum, qui in sacro palat. & l. 2. inf. de præpos. sacri cubic. lib. 10.* Cubicularii omnes Principis habent liberam testamenti factionem, licet à dominis oblati sint cubiculo Principis. Nam servus spado statim atque à domino suo offertur cubiculo principis, non liber tantum, sed & ingenuus fit, & adipiscitur liberam testamenti factionem, vel etiamsi sit filiusfam. non liberatur quidem potestate patris, sed de iis, quæ adquirit in palatio Principis, libere potest testari, ut de castrensi peculio ex iis constitutionibus. Et quoniam incidit sermo de spadonibus, addam aliquid, quod est proprium huic sedi (juris canonici auditorio) non esse contemnendum quod est in cap. 5. *de corpore vitiatis ordinandis, vel non*. Cum regulariter sacerdotes, aut eos, qui aspirant ad sacerdotium, oporteat omni ex parte esse integros, ut Joseph. ait *lib. 1. de bello Judaico*, dum scribit, Antigonum Lucano cuidam cum dentibus præcidisse aures, ut numquam posset pervenire ad sacerdotium, quia non integri non sunt idonei sacerdotio, quod lex Judaica vetus instituit, ut intelligeretur, nihil, nisi quod esset sincerum, & integrum, mentem non nisi sinceram, & integram Deo offerendam esse. Et certatim Canones volunt idem servari etiam hodie, ut nemo perveniat ad sacerdotium, nisi sit integer ex omni parte. Quod etiam invenio Romulum cavisse, aut Numam de suis sacerdotibus apud Dionys. Halicarnas. Cæterum, ut est in *d. c.* non excluditur, aut non ejicitur sacerdotio, qui propter eminentem elephantiasin, id est, lepram, Arnobio vitiliginem, sibi exsecuit viriliratem, propterea quod sane constat eo morbo nunquam corripi eum, qui sibi virum exsecuerit. Auctor est Aetius *l. 13. c. 125.* Cætera, quæ sunt in h. tit. essem insuavis, si tractarem, quoniam unusquisque ea potest percipere lectione. Nihil dicam de muto, surdo ita nato, itave facto, quorum testamenta *l. antepen.* vult non esse justa, si fiant per nuncupationem, & vult omnino ea fieri per scripturam. Et notandum tamen ad d. l. antepen. ex *l. 29. tit. seq.* Mutum nescientem literas, ut ait, mortuo esse similem, nec posse igitur facere testamentum. Etiam non est omittenda diligentia, quam vult Just. Imp. *l. hac consultiss. hoc tit.* adhiberi in testamento ejus, qui cæcus est, & oculis orbatus, ut scilicet faciat testamentum per nuncupationem, quod non possit facere per scripturam, adhibitis 7. testibus, quot solent adhiberi etiam in aliorum testam. vel si faciat codicillos, adhibitis 5. testibus, quod est supplendum *ad d. l. hac consultiss.* Et adhibito tabulario, qui scribat testam. & excipiat quæ cæcus lingua nuncupavit, vel etiam tabulario recitante testam. cæci, quod alter scripserit dictante cæco. Denique adhibetur tabularius, ut scribat testam. coram 7. testib. vel recitet quod recepit alius. Item ut testes subscribant, atque obsignent testam. vel si copia non sit tabularii, ut adhibeatur octavus testis in testam. vel sextus in codicillis, qui vicem suppleat tabularii, & scribat, vel recitet testament. cæci. Et præterea quorum magna pars servatur, vult ut cæcus palam edicat, quamobrem eos testes convocaverit, & tabularium, & palam nuncupet nomen heredis, & non tantum nomen heredis, sed etiam dignitatem, *la qualitè*, & notas demonstrationis veluti à colore, *rufum illum*, vel *simum illum*, aut *claudum*, ne ulla, inquit, sit ambiguitas in persona heredis. Et hæc omnia vult peragi uno loco, unoque tempore, quod vulgo dicitur, uno contextu.



AD TITULUM XXIII.

DE TESTAMENTIS, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA ORDINENTUR.

VENIO ad explicationem *tit. 23. de testam. & quemadmodum test. ordin.* De testam. id est, de variis generibus testam. quæ in hoc tit. proponuntur, deque testam. aperiendis, & publicandis, & quemadmodum testam. ordinentur, id est, de solemnitatibus, & regulis juris, quæ in testam. observantur diligenter, & accurare, ut rata sint ea testam. quæ scilicet quis facere instituit jure, modoque legitimo, jure solemni. Nam & hæc solemnia juris in hoc t. explicantur. Sunt autem hæ duæ inspectiones, ita conjunctæ invicem, atque connexæ, ut simul explicari possint, & debeant. Igitur dicendum nobis est de unoquoque genere testamenti, & quæ in unoquoque solemnia juris exigantur. Principale autem genus testam. est, quod Græci dixere *μυστικὸν*, id est, *arcanum*, cujus tenorem neque testes sciunt, & signatores testam. neque alius, quam testator ipse, qui testam. scripsit, vel is, cui testator scribendum testam. dictavit. Nam id nunquam fuit exactum à testatore, ut testam. suo proprio chirographo scriberet, quia potuere semper testatores per testamentarium scribere testam. Testamentarium dicimus

ſcriptorem alieni teſtam. qui & ennomio dicitur in gloſſis antiquorum. A Et de hoc quidem genere teſtam. eſt *l.hac conſultiſſ.hoc tit.* qua nulla eſt celebrior in hoc tit. nec majoris momenti. Itaque impellor, ut ab interpretatione potiſſimum ejus legis incipiam. Et ab eo igitur genere teſtam. quod facio primum, & præcipuum, quod dicitur myſticum. Qui vult ſecretam eſſe ſuam ultimam voluntatem, nec innoteſcere teſtibus, vel aliis, debet offerre teſtam. clauſum teſtibus, & pertuſum, ſive perforatum ad mediam marginis partem, ter lino per foramina trajecto, ut cautum SC. Neroniano Suet. ſcribit. Clauſum igitur, & pertuſum in ſumma marginis ad mediam partem, triplici lino per foramina trajecto, ut ſupra linum teſtes ſigna ſua imprimant, & ſubſcribant hoc modo, annotato nomine ſuo, & nomine teſtatoris: Cajus Sejus Lucii Titii teſtam. obſignavi. Imprimit quiſ- B que ſuum ſignum ſupra linum, deinde ita ſubſcribit: Cajus Sejus L. Tit. teſtam. obſignavi, *l.ad teſtium*, *§. ſi quis ex teſt. l.pen. Qui teſtam. fac. poſſ.* vel etiam ut conſtat ex *d.l.ad teſt. §. ult.* teſtator offert tabulas teſt. involutas linteo, quod illo loco Græci admodum ſingulariter vocant *παν'ον*, ut ſcilicet ſub linteo teſtes ſua ſigna imponant, & ſubſcribant, ut dixi ſupra. Et ita interioris ſcripturæ fidem ſervat exterior ſcriptura teſtium, ut eleganter ait Paul. *l.5. Sent. ad l. Corn. teſt.* Teſtes autem rogari oportet, ut ſciant in cujus rei cauſam veniant in conſpectu teſtatoris, id eſt, ad teſtimonium perhibendum. Et ubi venerint, ut ſignent teſtam. teſtatore tenente teſtam. clauſum, & ita dicente: L. Titius hoc meum teſtam. ſcripſi, vel L. Tit. hoc meum teſtam. Cajo Sejo ſcribendum dictavi. Rogo vos, Quirites, ut veſtris ſignis C obſignetis, nominaque veſtra ſubſcribatis. Rogandos eſſe teſtes nominatim ait *lex hac conſultiſſ. hoc tit.* & *l. heredes, §.pen. Qui teſt. facere poſſ.* & *l. ult. in fine, inf. de codicill.* Rogan os, inquam, in teſtam. non in codicillis, in quibus etiam fortuiti teſtes adhibentur, non ejus rei cauſa accerſiti ſpecialiter, aut vocati. Si adhibeantur fortuiti teſtes in teſtam. injuſtum eſt teſtam. quod in eo hæc ſolemnitas deſit, & oportet ſervari ad unguem omnia, quæ ll. ſervari præcipiunt in faciendo teſtam. Itemque teſtes non minus 7. adhiberi oportet, ne qua fraus fiat: Nam ſi vel unus teſtis deſuerit, ſi 6. tantum adhibiti fuerint, injuſtum eſt teſtam. Quinimo exiguntur oculati teſtes ſeptem, qui exigebantur in omnibus fere actibus legitimis, ut in divortiis, *l.nullum, de divort.* ne tot intervenientibus teſtibus mutaretur fides D teſtam. vel de ea dubitaret quiſquam. Teſtes, inquam, oculatos 7. intervenire oportet, eoſque puberes, & cives Romanos, ut ait *l. hac conſult.* 21. *hoc tit.* Quamobrem, qui adhibentur ſignandis teſtam. ut Feſtus ſcribit, appellati ſunt claſſici teſtes, quia cives Rom. olim omnes omnino in claſſe aliqua cenſebantur. Denique claſſici teſtes ſunt proprie teſtamentarii teſtes. Hos omnino adhiberi oportet puberes, & cives Rom. ut igitur teſtatorem oportet eſſe civem Rom. ita teſtes, & ſignatores cives Rom. Hoc negotium tantum peragitur inter cives Roman. & cum civibus Roman. quod & quiſque ad cives ſuæ patriæ referre poteſt. Et ut hoc loco interpretemur ſententiam *l.1. hoc tit.* invenio teſtes adhibitos teſtam. ea eo haberi pro idoneis, etiamſi ſervi fuerint, vel peregrini, modo teſtam. faciendi tempore E omnium conſenſu civium Rom. loco habiti ſint, & habeantur etiam hodie prolato teſtam. nemine faciente eis controverſiam ſtatus. Nec enim prolato teſtam. ſi nemo faciat teſtibus controverſiam ſtatus, admodum quærimus teſtes ne cives Rom. fuerint, nec ne. Præſumptio facit pro eo, qui eſt in poſſ. libertatis, & ubique non exſiſtente adverſario, vel etiam exſiſtente, cujus par ſit conditio, potior ſemper eſt conditio poſſeſſ. quæ eſt ſententia *l.1.* Et ita etiam prolato teſtam. ſi heredibus inſtituendis nemo faciat controverſiam ſtatus, non quærimus ſollicitius heredes ſcripti, cives Romani ſint, nec ne, quod omnino vult *lex milites, ſup. de teſtam. milit.* in illo loco: *nec uxorum, aut filiorum eorum meritum, aut libertas, dignitaſve quæratur.* Videlicet nullo exſiſtente adverſario, qui vel eos adferat eſſe ſervos, vel indignos hereditate defuncti. Ergo ſatis eſt ſi teſtibus teſtam. adhibitis nemo faciat controverſiam ſtatus. Si quis enim faceret controverſiam ſtatus, & vinceret præjudicio, corrueret teſtam. per cauſam non idoneorum teſtium. Pergamus porro: teſtes, qui adhibentur ad teſtam. ſignanda, & ſubſcribenda, venire vocati debent in conſpectum teſtatoris, & convenire ſimul, ſignare, & ſubſcribere ſimul, uno, eodemque tempore, nullo actu interveniente, ut ait *l.h.conſult.* .i. nullo actu ſuperfluo. Quæ verba (*nullo actu interveniente*) quæ ſunt in *l. hac conſult.* Juſt. ita interpretatur in *l.eum antiquitas*, *hoc tit.* ut non quilibet actus, qui intermiſcetur conturbet teſtam. factionem, puta ſi interim dum quis offert ſuum teſtam. teſtibus, exigitque eorum ſigna, & ſubſcriptiones, forte ægrotanti teſtatori offeratur medicamentum, vel ſi quid aliud interveniat, quod natura neceſſario requirat, vel etiam ſi quis ex teſtibus corripiatur comitiali morbo, non dirimit comitialis morbus teſtam. fact. ſed aliquantiſper is teſtis ſeducitur, moxque eo languore finito reducitur, ut vel ipſe ſcribat, & obſignet teſt. vel adſit cæteris, qui nondum ſignarunt. Fortuiti caſus, qui intermiſcentur, non vitiant, ſed alii actus, qui vel à teſtatore ipſo, vel teſtibus extra rem, de qua agitur accerſuntur paulatim intermiſſo eo negotio, cujus cauſa convenerunt. Eſt apertiſſima interpretatio Juſt. Igitur adhibita interpretatione, dicendum, verum eſſe quod ait *l.h. conſult.* teſtes ſimul convenire omnes, & ſubſcribere uno, eodemque tempore, non uno, eodemque die, ſed uno, eodemque tempore, una, eademque hora, non diverſa, *l.8. ſup. tit.prox. l.12. hoc tit. Ex Nov.2. Val. de teſtam.* valet teſtam. etiamſi teſtes id ſignaverint horis diverſis, non ſimul eadem hora, momentove. Sed eo jure non utimur. Nam omnes conſtit. *hoc tit.* volunt, ut uno, eodemque tempore teſtes ſignent, & nomina ſua ſubſcribant. Excipitur in *l.8. hoc tit.* unus caſus, qui eſt ſatis difficilis explicatu. Si contagione cujuſdam teſtis, vel forte teſtatoris, alii teſtes metuant ſibi malum, caſus major, inquit, & novus .i. vis divina, quæ poteſt contagionem adferre, ſi quis ad eam accedat, vel ad eos potius, qui ea corripiuntur, is metus contagionis hoc remittit ex ſolemnibus teſtam. ne uno, eodemque tempore coeant, ſed alii poſt alios veniant, ſubſcribant, atque ſubſignent: valde laborant in ponenda ſpecie certa. Et vulgo ponitur exemplum in comitiali morbo, in epilepſis, qua corripitur teſtator, vel teſtis quidam, qui tamen morbus non eſt habitus pro contagioſo. Et *l.8.* de contagionis metu eſt. Græci aliter accipiunt verba *l.8.* ut ſi peſte, vel alio morbo contagioſo laboret teſtator, teſtes non cogantur in ejus conſpectum venire, ſed ut ſeorſim à teſtatore teſtamentum obſignent. Quod quidem habet rationem, ſed nullo modo convenit verbis legis, quæ dicit, teſtes ipſos, ſi morbo contagioſo fuerint oppreſſi eo tempore, quo dant operam in obſignando teſtam. eos non ſociati, non jungi aliis, ut ait. Et videtur ergo hæc potius ſententia *l.8.* ut ſi dum huic rei impenditur opera, forte contingat eo tempore, quo graſſabatur peſtis, in præſentia cæterorum, aliquem ex teſtibus eo morbo corripi, ita ut mox cæteri teſtes deterreantur, ut is teſtis ſejungatur mox, & ſegregetur à cæteris, & nihilominus, ut ratum ſit teſtam. licet ille teſtis ſeorſim ſignaverit propter caſum majoris neceſſitatis, & horrorem cæterorum teſtium. Etiam excipere nos oportet *l. 9. hoc tit.* quod ex ſolemnibus teſtam. ſpeciale privilegium patriæ teſtatoris, aut ſane mores remittunt, veluti, ut eſt ſpecies hujus legis, ſi ſpeciale privilegium patriæ teſtatoris, vel etiamſi mos ſit, ut non ſit neceſſe omnes teſtes venire in conſpectum teſtatoris, ſed ut poſſint ſinguli ſeorſim à teſtatore ſignare teſtam. Ex quo loco intelligitur manifeſte contra diſtinctiones, quas introduxere interpretes noſtri alienas non minus, quam alienus eſt locus, in quo ea de re tractavere, id eſt, in l.1. *ſup. de ſum. Trinit. & fide cathol.*

In-

Intelligimus inquam, in faciendo testam. privilegium, & A morem patriæ testatoris spectari oportere, non situm bonorum. Nam sola possessio bonorum non creat mihi patriam. Si possideo prædium in hac urbe, hæc urbs non est ideo mea, nisi in ea posui domicilium, quod ostendit *l. libertus*, *§. solam poss. ad municip.* Solam poss. nec civem facere, nec incolam. Ergo in servandis solemnibus testam. non spectabo situm bonorum, ut pro vario situ bonorum etiam varia solemnia observentur, variive mores in exequenda defuncti voluntate: Sed spectabo tantum morem, & privilegium patriæ testatoris. Ambiguum est nomen patriæ. Nam alia est patria originis, alia domicilii, quam patriam spectabo? Et quamvis magis proprie patria nobis sit ea, unde orti sumus, quasi deducto nomine à patre, ut indicat *l. 1. sup. qui petant. tut.* B tamen æquius est in testamentis faciendis spectari eam patriam, in qua domicilio posito, facta constitutione rerum nostrarum diem obire decernimus, & hanc legem Isocrates testis est fuisse Æginetarum in Æginetico: ut scilicet lex ejus patriæ servetur, in qua quis domicilium fixit, in quam transmigravit, relicta patria originis. Et jam invenio in numero testium, qui sunt adhibendi ad signanda testamenta, plurimum posse mores cujusque provinciæ. Tholosæ sufficiunt duo testes, & tabellio. Græci scribunt ad *l. 2. unde liberi*, hunc morem fuisse in Oriente, ut sufficiant quinque testes, maxime ruri. Invenies etiam in *l. ult. h. tit.* nominatim esse scriptum antiquam rusticanorum consuetudinem vicem legis obtinere, qui tamen adhibent certum modum. Sed ut cætera persequamur, quæ sunt in *l. hac consultiss.* quam dixi esse veluti arcem h. tit. ea exigit, ut C testator in reliqua parte testam. in ima, vel exteriori parte testam. quod clausum, aut linteo involutum obtulit testibus præsentibus idem manu propria subscribat, hoc fere modo: *L. Titius huic testam. meo subscripsi.* Hoc etiam esse ex solemnibus testam. lex ait, & ex solemnibus juris antiqui, ut opinor, quandoquidem invenio in *l. 6. §. 5. de jure codic.* ad differentiam testamentorum posse quem plures codicillos facere, cum tamen non possit quis plura testam. facere, quæ omnia vires obtineant. Et subjicit etiam codicillos valere neque subscriptos, neque signatos manu testatoris. Cur hoc subjicit? Nisi ad differentiam testam. in quo necessaria est subscriptio testatoris, vel etiam ut constitutio addit, si sit illiteratus testator, subscriptio octavi testis requiritur, qui subscribat hoc modo: *L. Titius pro* D *Cajo Sejo testatore nomen meum, testatorisque huic testament. subscripsi.* Hæc vero Just. ita declarat *d. l. cum antiquitas*, *§. ult.* addita exceptione, ut non sit necesse testam. subscribi manu testatoris, vel manu octavi testis subscriptoris, si testator totum testam. manu sua perscripserit, quod dicitur test. holographum apud Isidor. & in *Nov. 2. Valent. de testam.* in qua valde novum est, quod scribit de testam. holographo, ut valeat sine testibus, etiamsi nemo unus adhibitus sit, satis esse, quod totum test. defunctus sua manu perscripsit, nec quin is perscripserit quispiam in dubium vocet. Quo tamen jure non utimur: hoc jus non utique probant constitutiones hoc tit. Nam in holographo testam. requiruntur 7. testium signa, & subscriptiones, subscriptio testatoris remittitur tantum, vel testis octavi subscriptio pro eo. Hæc vero solemnia my- E stici testam. quæ recensui, cum Imp. exposuisset in *l. hac consultissima*, rem ita concludit: *Non subscriptum autem à testibus, ac non signatum testam. pro infecto haberi convenit.* In quo procuIdubio est male omnes legisse, quod confirmabunt quilibet veteres libri, si eos consolueris. Male, inquam, eos legisse, *pro infecto*, cum sit legendum *pro imperfecto*. Et ita etiam Græci *l. 35. Basilicon* ὡ μὲν γὰρ ἀτελὴς ἐστιν, &c. id est: *Imperfectum est testam.* quod ita completum non fuerit .i. quod non obsignaverint 7. testes, quique non subscripserunt. Denique proprie imperfectum testam. est non quod quocunque vitio laborat, sed quod neque subscriptum, neque obsignatum est à testibus: hoc peculiari nomine vitium imperfecti appellatione denotant, & ita etiam in *l. si quis legatum, ad l. Cornel. de fals.* invenies. imperfectum testam. appellari evidenter, quod neque subscriptum, neque subsignatum est à testibus: & ita imperfectum testamentum accipimus in *l. ex imperfecto, h. tit.* Ergo cum Imperator in hac *l.* ita rem finisset, *non subscriptum, ac signatum à testibus, pro imperfecto haberi placet*, rectissime subjicit: *Ex imperfecto autem testam. voluntatem non tenere defuncti, nisi, &c.* Vult igitur, ut imperfectum testam. id est, neque subscriptum, neque signatum à testibus, non valeat. Non loquitur de aliis vitiis testamentorum, sed de hoc solo, quo desunt signa, & subscriptiones testium, ut inquam, non valeat nisi factum sit à parentibus inter liberos. Nam etiamsi neque sit signatum, neque subscriptum à testibus, valebit tamen inter liberos, ut ferant scilicet portiones eis adscriptas in eo testamento. Et si forte habeant coheredes extraneos, ut ii nihil ferant, & eorum pars adcrescat liberis, quorum respectu solo testamentum perfectum, & ratum est. Ergo quantum ad extraneos imperfectum est, quantum ad liberos pro perfecto est. Hæc est verissima sententia hujus loci. Sed serva, quam abutantur passim hoc loco. Nam quod hic de uno testamenti vitio constituitur, ut ob id non minus valeat testamentum inter liberos, si desunt signa, & subscriptiones testium, id porrigunt ad omne vitium testamenti, etiamsi defuerit numerus testium in testamento inter liberos, testamentum valere existimant, quod numquam approbavi. Non licet nobis interpretationibus nostris, stultis maxime, quæ cauta sunt de solemnibus, extendere, & ampliare, sicut in *d. l. 9. hoc tit.* propter metum contagionis non convenient quidem testes in unum, sed alii post alios venient, & signabunt. Hæc solemnitas tantum conveniendi in unum remittitur evitandæ contagionis gratia, non etiam, ut ait *l. 9.* remittitur testium numerus. Qua etiam hodie longe abutuntur, dum volunt, grassante peste non exigi 7. testes, cum manifesto lex exigat, ut congruat numerus testium, & hoc tantum remittat, ne in unum coeant testamenti signandi causa. Et ita etiam si desit numerus testium in testamento inter liberos, dicamus non valere testamentum, quoniam signa tantum, & subscriptiones sunt remissa inter liberos: Numerus vero testium non est remissus. Non etiam dices testamentum notis scriptum valere inter liberos, quod aliquando obtinuit, *l. ult. sup. fa. erc.* Hodie non obtinet ex *Nov.* 107. nec pugnat *§. ex imperf.* dum ait ex testamento imperfecto liberos obtinere hereditatem sibi eo testamento delatam: Quoniam imperfectum testamentum vocat id tantum, quod neque signatum est, neque subscriptum à testibus, non etiam quod alio vitio laborat. Præter ea, quæ heri diximus juri necessaria ex *Nov. Theod.* id est, ex *l. hac consultissima*, in testamento scripto, & secreto, quod mysticum dicitur, vult etiam Justin. in *l. jubemus*, *& l. pen. hoc tit.* si testator nolit testibus prodere suam voluntatem, ut in interiore pagina testamenti per se manu sua scribat nomina heredum, non per alium; alioquin ut testibus pronuntiet suam voluntatem, ut testibus enuntiet nomina heredum suorum, quæ post inserant subscriptionibus suis, hoc fere modo; *L. Titius obsignavi C. Seii testamentum, quo heredes fecit sibi M. Tul. & Pompejum Atticum.* Itaque ex constitutione Justiniani omnino aut manu, aut lingua testatoris exprimenda sunt nomina heredum, & derogatur aliquatenus Novellæ Theodosii, nempe in hoc, ut is, qui nescit literas, non possit mysticum condedere testam. ex *d. l. jubemus*, *& d. l. pen.* Sed postea mutavit sententiam Justinianus, & censuit illiterato licere etiam per alium scribere nomina heredum, nec ea prodere testibus, *Novel.* 119. Et notandum tamen, quod est in *d. l. jubemus*, si pars heredum testatoris scripta, vel lingua testatoris nuncupata sit, eorum tantum heredum institutionem valere, qui manu testatoris scripti, vel lingua nuncupati fuerint: Cæterorum non valere. Cui sententiæ Accursius opponit *l. si is, qui test. fac. poss.* Cujus

mens hæc est: quidam cum vellet plures heredes pronuntiare, & nuncupare quorundam nomina, decumbens ex morbo nuncupavit, & priusquam cæteros nuncuparet, obmutuit, inquit, amissis verbis, & occupante eum morte, ut apud Poetam. *Ille, qui incipit effari, mediaque in voce resistit*. Quæritur an nuncupati sunt heredes futuri? Lex ait, heredem neminem fore, quia magis cœpit testam. facere, quam fecit. Quæ ratio satis demonstrat statim, quam distet ea species à specie *l. jubemus*. Nam in illa specie *l. si is, qui*, cœpit potius testamentum facere, quam fecit: In specie *l. jubemus*, perfecit testamentum, nimirum institutis iis omnibus, quos sibi heredes esse voluit. Sed quia in subscriptione testam. non omnium nomina nuncupavit, ideo hereditas tantum defertur iis, qui sunt nuncupati. Ex testamento igitur perfecto: at illa in specie, infectum est testamentum, vel inchoatum dumtaxat: In specie *legis jubemus*, factum est testamentum, sed quod subscriptio testatoris, vel nuncupatio defuerit, non nuncupavit omnes heredes, quos voluit, ideo veniunt ad hereditatem subscripti tantum, non nuncupati. Et hoc de testamento scripto, & secreto erat addendum his, quæ diximus heri ex *d. l. jubemus*, *& d. l. pen.* Nunc transeamus ad aliud genus testamenti, nempe id, de quo agitur in eadem lege *hac consultissima*, quod fit sine scripto per nuncupationem uno, eodemque tempore, audientibus testibus septem, puberibus, civibus Romanis, & testatore solemnibus verbis prædicente, se cogere testes, & convocare testamenti sui nuncupandi gratia. Sed hanc solemnem prædictionem tollit Justinianus in *l. in testament. hoc tit.* Satis igitur est rogari 7. testes, ut adsint audituri nuncupationem testamenti, & palam eis non narrari, vel promitti futurum suæ voluntatis arbitrium, sed confici abs se coram eis, & nuncupari testamentum secundum *l. 12. tab.* quod quis ita lingua nuncupasset animo testamenti faciendi, id jus ratumque sit. Et hoc quidem genus testamenti, quod fit sine scriptura per nuncupationem jus civile novit, non jus prætorium, *l. 2. sup. de bon. poss. sec. tab.* Ideoque non datur bon. poss. secundum nuncupationem, sed utilis tantum, & obliqua. Directa bon. poss. datur tantum secundum tabul. id est, secundum scripturam testamenti, sive secundum testamentum. Hoc ergo secundum testamenti genus est ex jure civili mero, primum autem testamenti genus, quod mysticum dicitur, & arcanum fit civili, ac prætorio, atque constitutionum jure permixto: jure civili, quantum ad testes, ut præsentes adsint uno, eodemque tempore, & loco: jure prætorio, quantum ad signa, & numerum 7. testium: jure constitutionum, quantum ad subscriptiones testium: Et hæc duo potissimum genera testamentorum hodie sunt in usu. Nam abolita sunt antiqua testamentorum genera, veluti quod appellabatur calatis comitiis, & quod appellabatur endo procinctu. Abolitum est etiam testamentum, quod fiebat per æs, & libram, id est, quod per imaginariam emancipationem familiæ, sive bonorum, & nuncupationem testamenti, testatore dicente hæc verba. *Hæc uti in his tab. cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote*. Constitutio Constantini tollit hanc formulam testamenti, ut omne testam. deinceps fiat, aut fieri possit, sine ære, sine libra, sine tabulis, & ut in testam. necessario etiam non desiderentur verba directa, & solemnia, *l. quoniam, h. tit. l. in legatis, inf. de legat.* Igitur ex constitutione Constantini recte fit testam. verbis precariis, quod olim fiebat tantum verbis directis, id est, imperativis, veluti, *heres esto, damnas esto, dato, facito*, sic loquente testatore ut ll. loquuntur, quæ non precantur, sed imperant: verba imperativa ea sunt, quæ directa dicuntur. M. Tull. 2. de divinat. *Quid opus est*, inquit, *circuitu, & amfractu, ut sit utendum somniorum interpretibus potius, quam directo? Deus si quidem nobis consulebat, hoc facito, hoc ne feceris, diceret*. Sic loqui igitur est directo loqui. Et ita eleganter Porphyrio in illum locum Horatii: *Transnanto Tyberim*, & paulo post, *habento*: *Utitur*, inquit, *verbis directis, quia scribit ad Trebatium* JC. Olim non erat justum testamentum, quo quis heredem scripsisset his verbis: Titium heredem meum esse volo, quia verbum volo est precarium, non directum. Et ita in *l. illud, §. 1. de jure codicill.* cum quidam ita scripsisset, *Titium heredem meum esse volo*, ita censet Jurisconsultus esse distinguendum: aut voluit his verbis facere codicillos, & tunc Titius ab herede legitimo hereditatem petet, veluti ex causa fideicommissi, quoniam *volo* est verbum precarium, & fideicommissarium: aut voluit facere testamentum, & arbitratus est ea verba esse legitima, & directa, & tunc ea scriptura neque valebit jure testamenti, neque jure codicillorum, quia non adjecit clausulam codicillarem: itaque inutilis, & inanis est scriptura, nec Titio erit petitio hereditatis ex causa fideicommissi adversus heredem legitimum defuncti, *d. l. illud, §. 1.* at, ut nominatim ait *d. l. quoniam*, etiam verbo *volo* recte fit testam. Denique quibuscunque verbis, vel ut referens eam ipsam Constantini legem Eusebius loquitur 4. *de vita Constantini*, ψιλοῖς ῥήμασι, id est, nudis verbis, id est, quibuscunque verbis directis, vel precariis. Certe olim etiam nihil nocebat error tabellionis, vel testamentarii, aut ennomionis, si omisisset per errorem verba directa, ut si omisisset verbum esto, vel etiam heres esto, & tantum scripsisset nudum nomen L. Titii, quod tunc præsumatur plus nuncupatum minus exceptum, minusve scriptum, *l. 7. h. tit. l. 1. D. de her. inst.* Et multo magis in fideicommissis verbum *volo* omissum nihil nocet, ut si testator dixerit Lucio Titio fundum Sabinum dari, nec adjecerit verbum *volo*, *l. verbum, inf. de fideicommiss.* Et similiter in sententiis arbitrorum, si quem litigatorum arbiter jusserit dare centum, & ille acquiescens sententiæ arbitri subscripserit dare, nec adjecerit promitto, nihilominus ex sua subscriptione obligatur, *l. 4. §. si quis autem, sup. de recept. arbit.* In quo nondum vere restituta, quæ sunt verba Græca, sic moneo obiter esse restituenda: *Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit ἐμμένειν*, vel *στοιχεῖν*, vel *πληρώσειν*, vel *πάντα ποιεῖν*, vel δώσειν, *nec adjecit ὁμολογῶ*, id est, promitto, & ita ut retuli ex *l. 2. & l. errore, hoc tit.* omissa hæc verba directa, *Heres esto*, nihil nocent. Et generaliter etiam secundum eam Constantini legem, hodie etiam Græcis verbis recte fit testamentum, ut in *l. hac consultiss. & l. ult. sup. de testament. tut. l. directas, inf. de testam. manumiss.* Cum tamen olim non fieret testamentum, nisi verbis Latinis, quia verba Latina directa dicuntur, civilia verba, in *l. verbis civilibus, de vulg. & pupil. substit. &* Ulpian. *lib. reg. tit. de fideicom.* Cum autem verba Latina sint directa, non Græca, ideo olim inutiliter instituebatur heres verbis Græcis, inutiliter dabatur tutor verbis Græcis, inutiliter dabatur libertas, & legatum verbis Græcis, & quæcumque in Pandectis videntur esse relicta verbis Græcis, fideicommissa sunt, non legata, quod fideicommissa quibuscunque verbis relinquantur. Sed ut absolvamus ea omnia, quæ continentur in *l. hac consultissima*, additur in *§. si quis autem*, prius testamentum jure perfectum, non rumpi posteriore testamento imperfecto, id est, neque signato, neque subscripto à testibus. Quæ regula est certissima, sed addit exceptionem, nisi in priore testamento scriptus sit extraneus, in posteriore autem is, qui ab intestato rem omnimodo ablaturus erat. Veluti filius, aut frater consanguineus defuncti, qui & non facto testamento veniret ad legitimam hereditatem. Hoc enim casu, licet imperfectum sit posterius, tamen corrumpit prius, non quidem ipso jure, sed ope exceptionis, cum & posterius testamentum, ut ait *§. si quis autem*, non valeat ut testamentum, sed ut voluntas intestati, qui scilicet voluit corrumpi prius testamentum, & mori intestatus, delata hereditate ex posteriore scriptura ei, qui omnino ab intestato hereditatem ablaturus erat. Denique posterius testamentum, quod est imperfectum, in quo est institutus is, qui veniret ab

inte-

intestato, non valet ut testam. sed ut intestati voluntas A novissima, in qua etiam sufficit numerus quinque testium juratorum, id est, qui post mortem testatoris jurent apud judicem, non tabellionem, ut Accurs. notavit recte, qui testificentur, & affirment eam esse voluntatem defuncti, *l. ult. in fin. hoc tit.* Et ita etiam si sit unicum testamentum imperfectum, tamen in quo liberi testatoris heredes instituti sunt, verum est id non valere ut testamentum, sed ut ultimam intestati voluntatem: ultima voluntas est testati, & intestati. Non dubium igitur est, id non valere ut testamentum, sed ut ultimam voluntatem intestati, in qua etiam sufficiat numerus quinque testium. Et ita rectissime Accurs. interpretatur *§. ex imperf. ex l. ult. sup. fam. erc.* dum respondet ad *legem qui à patre, de confirm. tut.* quæ vult cum tutorem jure filiis à patre datum non esse, qui datus sit in B minus solemni testamento, & indigere confirmatione prætoris, aut præsidis. Nam & ita liberis institutis in imperfecto testamento non competit hereditas veluti ex testamento, sed quasi ex novissima voluntate intestati. Et cum sententia hujus *§. si quis autem* congruit etiam omnino *l. 2. de inju. rup. irr.* Et ei locus est non tantum si imperfectum sit testamentum ob signa, vel subscriptiones omissas, sed etiam si nullum sit ob præteritionem filii, vel postumi, modo filius, vel postumus præteritus vivo patre decesserit, & posteriore testam. sit heres scriptus is, qui omnimodo rem ab intestato ablaturus erat. Nam & ab intestato, & ex testam. ipse venire poterit, petita bonor. poss. secundum tab. Idemque erit si filius priori testam. exheredatus sit, posteriori præteritus. Nam distinguimus hoc modo: Aut posteriore C testam. filio præterito scriptus est extraneus, & nullum est test. posterius ob præteritionem filii, nec tamen veniet filius ad hereditatem, quia prius testamentum consistit, in quo est exheredatus: in quo exheredatio cum excludit ab hereditate paterna. Sed si in posteriore testam. filio præterito, scriptus sit is, qui remoto filio, id est, non existente filio, omnimodo veniret ab intestato, hic sustinet posterius testam. efficitque ne effectum habeat exheredatio filii, & ut rescindere possit posterius testam. petita bon. poss. contra tab. quandoquidem sustinetur persona heredis instituti, qui remoto filio ad hereditatem defuncti veniret ab intestato, quæ omnia proponuntur in *l. postumus, de ini. rupt. irr.* & in *l. si duobus, §. si prius, de bon. poss. cont. tab.* Et ita videmus illis casibus etiam imperfectum testamentum, imperfectam D voluntatem, & nudam, corrumpere prius. Est etiam alius casus, quo nuda voluntas, id est, non solemnis, sive imperfecta corrumpit prius testamentum, videlicet, si decennium effluxerit ab eo die, quo factum est testamentum, ex *l. sancimus, h. tit.* Cujus juris ratio hæc est, quia olim omne testamentum antiquabatur tempore decennii, & fiebat irritum, nisi renovaretur post decennium, *l. 6. Cod. Theod. de testam.* Hodie ex *d. l. sancimus*, decennio non antiquatur testamentum, sed decennio, & nuda voluntate, id est, decennio ita antiquatur, si etiam post decennium testator declaraverit coram tribus testibus, se non permanere in eadem voluntate. Etiam notissimum est illud testamentum corrumpi nuda, imo tacita voluntate defuncti, cujus linum defunctus, antequam moreretur incidit, quo scilicet E constrictum erat testamentum, vel etiam signa testium testator ipse consulta opera removerit. Hoc enim facto declarat se mori velle intestatum, *l. ult. h. tit. l. in fraudem, §. 5. D. de milit. testam. l. pen. & ult. de his, quæ in testam. del.* Exposita est *lex hæc consultissima.* Unicum tantum addemus, esse tertium quoddam genus testamenti, quod nondum exposuimus, quod scilicet fit in consistorio apud consilium principis, oblatis precibus sedente principe cum nobilibus, & proceribus, ut id testamentum omnimodo valeat, nec sint in eo necessarii testes, vel signatores, quod fit teste principe, teste consilio principis, oblatis precibus, in iisque relata ultima voluntate supplicantis de divisione rerum suarum, quam servari velit post mortem suam. Nam etiamsi secundum eas preces, vel secundum eam formam testamenti non sit prætor daturus bonorum possessionem secundum tabulas, cum in eo desunt 7. testium signa, tamen jure civili ex *l. omnium, hoc tit.* licebit adire hereditatem heredi scripto, vel se pro herede gerendo adquirere hereditatem. Hoc igitur testamentum est etiam juris civilis, non prætorii, quod fit oblatis precibus Imper. nullis aliis adhibitis testibus: Nam *l. omnium* satis habet, si probetur testibus idoneis, oblatas ad eum modum, finemque preces principis consilio fuisse. Duobus igitur, vel tribus, qui affirment rem ita fuisse gestam, oblatis precibus, & prolato testamento apud consilium principis, nec adhibitis exteris testibus, & signatoribus. Et ita etiam in *l. 2. sup. de bon. poss. secund. tab.* dum dicitur, de testamento nuncupativo, probari debere id testamentum fuisse nuncupatum propalam coram testibus, dicemus probare id satis esse testibus duobus, vel tribus, secundum Martini, & Gulielmi sententiam, quam ibi retulit Accurs. Ergo testamentum insinuatum fuisse apud consilium principis, teste principe ipso, vel teste jure omni, *quod est conditum*, inquit, princeps, *in scriniis nostris*, puta memoriæ: Quæ quidem scrinia erant disposita in ipso consistorio principis. Ita, inquam, factum fuisse, & insinuatum, & oblatis precibus probari testibus duobus, vel tribus. Ac similiter fuisse testamentum nuncupatum propalam, & coram testibus. Itaque probabitur testamentum duobus testibus, vel tribus. Et ita res est explicanda: Diximus, puberi civi Romano licere testamentum facere, & civili, & prætorio, & constitutionum jure permixto, id est, adhibitis septem testibus civibus Romanis, uno, eodemque tempore, & loco, qui testamento sua signa imprimant, atque subscribant, & ita licere facere ex scripto testamentum, licere etiam ex non scripto facere per nuncupationem jure civili totidem testibus adhibitis. Licere & ex constitutionibus testamentum facere precibus oblatis principi, adhibito solo testimonio principis, & consilii, & subscriptione testatoris. Addamus nunc licere etiam testamentum facere municipalibus gestis, vel actis, vel apud acta cujuscumque magistratus habentis jus actorum conficiendorum, jus excipiendarum insinuationum, eo scilicet, qui testamentum facere vult, desiderante, magistratus actuarium publicum excipere ejus ultimam voluntatem, eamque in archiis servare publicis. Quæ forma testandi explicatur in *l. omnium, hoc tit.* & in *Nov. 5. Valentiniani, de testam.* Est igitur hoc quartum genus testamenti, ultimum, quod proponitur hoc tit. Addamus etiam, aliter posse testatorem, qui jam jure perfecit testamentum, id perinde publicare apud acta municipalia, vel apud acta magistratuum, qui jus habent actorum conficiendorum, in hunc scilicet, vel illum finem, ut si quando testamentum authenticum, id est, originale, quod ipse fecit solemniter, interciderit casu aliquo, sit unde peti posset fides ejus. Petitur enim ex actis publicis, in quæ testator ipse curavit suum redigi, referrique testamentum. Amisso igitur authentico documento, fides ejus petetur ex actis publicis, ubi testamentum insinuatum est. Et ob id utile est etiam, quod quis jure perfecit testamentum, publicare apud acta. Sed priusquam fidem testamenti petas ex actis publicis, probare debes casum, & amissionem testamenti authentici, ut ait *l. 2. hoc tit.* Puta testamentum intercidisse vi ignis, vel alio simili casu, vel furto subtractum esse, ut in *l. 11. hoc tit.* & ita in *Novell. 127.* dicitur, donationem propter nuptias insinuari apud acta, quod est publicari, sive in publicum proferri, ut amisso forte ejus donationis instrumento principali, quod Græci vocant uno verbo ἐμφανιστικῶς, fides ejus donationis peti possit ex publicis monumentis. Hæc est ratio Novellæ. Publicantur & cætera omnia, quæ insinuationem desiderant, secundum jus, quod interpretamur, cuique studemus omnes, in urbe Roma vetere, vel nova, apud magistrum census, quem posteriores appellavere γενικὸν, id est, *generalem*, apud quem

fierent

fierent census professiones; & insinuationes omnium negotiorum, in quibus requiritur insinuatio, vel publicatio, necessario, vel utiliter. Posteriores, inquam, dixere *γνωκὰ*, ut docet Suidas in Arthemio, & Leo in *Novel.* 44. Ergo in urbe quidem publicatio, & insinuatio fit apud magistrum census, vel apud apparitores, sive officia censualia jussu magistri census, qui huic parti juris præest. In provinciis autem fiunt insinuationes, & publicationes apud defensores civitatis, vel apud magistratus municipales, apud duumviros, qui in provinciis instar sunt consulum. Defensores civitatum instar sunt tribunorum plebis, qui sunt in urbe. Et ita apud eos publicati testamenta, & donationes, ostenditur in *l. 8. qui test. fac. poss. & l. consulta, hoc tit. l. in hac, l. 2. inf. de don. l. repetitis, sup. de Episcop. & cler.* 17. quæ est constitutio Græca, *sup. de SS. Ecclesiis, & Nov.* 48. *&* 49. Et hoc est, quod ait *d. l. 18. hoc tit.* testamenta omnia, cæteraque, quæ apud officium censuale publicari solent, id est, apud acta magistri census, ut in *l. cum pro quo, de in jus voc. l. si fidejussor, §. ult. qui satid. cog.* Apud officium, id est, apud acta. Et adjicit *l. testam.* 18. ut in eodem loco testamenta referentur, id est, aperiantur, resignentur, & publicentur, ut in *d. l. consulta.* Et addit, ne usquam permittatur fieri ulla translatio .i.e. ut omnimodo apud magistrum census fiat publicatio testamenti, & à magistro census, ne permittatur usquam transferri ea publicatio testam. vel donationis, vel cujusquam negotii, sive sit necessaria, sive utilis videatur, & aliquando nonnihil profutura. Ut igitur non transferatur hoc jus à magistro census ad alios magistratus, vel etiam, ut est nominatim scriptum in *l. consulta*, ad defensores ecclesiarum, apud quos quidam malebant insinuare ultimas suas voluntates, & ultima judicia. Ne ergo hoc jus transferatur temere ad defensores ecclesiarum, vel ad primicerium notariorum, qui erat in ecclesia, per quem Damasus scribit in lib. Pontific. Julium constituisse, in ecclesia, ut fieret confectio omnium actorum, & ait morem esse retinendum fidelissimæ vetustatis, nec quod est proprium magistri census, esse transferendum ad clericos, puta, defensores ecclesiæ, & primicerios notariorum. Et possunt quidem de iis negotiis, quæ ad ecclesiam pertinent acta conficere, non etiam de negotiis privatorum. Imo, ut ait *l. consulta*, est opprobrium clericis, si velint se miscere forensib. disceptationibus, aut si velint esse periti forensium disceptationum. Restat tantum, ut finem imponamus *l. 3. h. t.* in qua ita scriptum est: *Ex imperfecto testam. &c.* Qua de re pauci sunt, qui liquido tradant, quod observandum est. Primum lex ait, *ex imperfecto testam.* i. in quo desunt signa, & subscriptiones 7. testium, ut ego interpretatos sum ex *l. hac consultissima, h. t.* Principem non vindicare hereditatem, filium defuncti vindicare, aut nepotem, vel neptem. Imperatorem non item, qui defuncto extraneus est. Et addit rationem, *quia licet lex Imperii solemnibus Juris Imperatorem solverit, nihil tamen est tam proprium Imperii, quam legibus vivere.* Et legem Imeprii vocat eam, quæ primum Augusto detulit Imperium, ut refert Dio Cassius lib. 53. Quod Augustum privilegium dicitur, *l. un. §. ult. inf. de caduc. toll.* Quod Dionys. scribit se transferre ex Latino sermone, λελυνται τῶν νόμων, id est *solvuntur legibus*. Et inde Dio Chrysost. in orat. quadam tradit, principem esse, τῶν νόμων ἐπάνω. Et similiter Justin. in *Novellis*, leges submitti principi, quod scilicet in potestate sit solius principis, ex usu Reipub. leges ferre, vel abrogare, vel derogare, & eas ipsum quandoque sequi non posse. Quapropter aliquando major videtur potestas esse principis, quam populi fuerit. Populus enim suis legib. tenebatur, Princeps suis legib. non tenetur. Et hac causa in *l. Barbarius, de offic. præt.* ait, multo magis in Imperatore, quam in populo esse recipiendum, ut servum prætorem facere possit. Ea est lex Imperii, lex Augusta, quæ Augustum solvit legibus, maxime si non juraverit in leges initio imperii. Non solebant.n. jurare in leges, cum Plin. scribat in Panegyrico: *Jurare magistratus quidem in leges, sed ejus jurisjur. verba ignota esse principibus, nisi cum alios cogunt jurare in leges.* Hodie quia principes statim initio Imperii jurant in leges, tantum abest, ut legib. soluti sint, quinimo maxime legib. obstringantur ex suo jurejurando. Et ut soluti sunt principes legib. tamen, ut inquit *l. 3. nihil tam proprium est Imperii, quam legibus vivere.* Et ita rectissime *l. ex imperfecto, quia decet tantam majestatem eas servare ll. quib. ipse solutus videtur.* Et ita Paul. *lib. 4. sent. eum, qui leges facit, pari majestate legib. obtemperare debere.* Et eleganter Imp. Severus, & Anton. in *§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm. licet*, inquiunt, *soluti simus legib. legib. tamen vivimus.* Et elegantius *l. 4. sup. de leg. præclaram esse, & dignam vocem principis profiteri se legibus alligatum esse, & de auctoritate legum pendere auctoritatem principis, & revera majus esse Imperio ll. submittere Imperium.* Ideo eleganter ait *l. ex imperfecto*, de *l. 3. ex imperfecto testam. Imperat. legata, aut fideicomm. vindicare inverecundum esse*, id est, dedecori. Inverecundus .n. est, qui quod non debet, facit audacter, securus reprehensionis, pudorisque sui. Inverecundus Imperator, qui non veretur Senatus reprehensionem, cujus ipse pars est, ut ait *l. quisquis in prin. inf. ad l. Jul. majest. & l. jus senatorium, inf. de dign. lib.* 12. qui non reveretur auctoritatem Senatus, qui non reveretur curiam suam, *l. 5. inf. de dign.* Denique licet tantæ majestati non leges dare tantum, sed etiam accipere, eique submittere fasces Imperii sui. Et secundum hæc præcepta in *h. l. 3. & in d. l. ex imperfecto*, Imper. profitentur se non vindicaturos hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum ex imperfecto testam. Et simili modo invenio etiam, eo quod quis dixerit se Imper. heredem fecisse, vel heredem facturum esse, id est, ex nuda pollicitatione, vel jactatione inverecundum esse principem vindicare hereditatem, *l. ult. qui test. fac. poss.* Constat etiam principem, si heres sit institutus, filio exheredato, pati querelam inofficiosi testamenti, *l. Papin. §. si Imp. de inoff. testam.* Patitur etiam princeps legem Falcidiam, si legatum, aut fideicommissum, aut mortis causa donationem acceperit. Servat l. Voconiam, vel ut Augustus apud Dionem, ab ea migrat impetrata venia à Senatu. Quo exemplo docentur Principes, ne quid faciant contra ll. sine venia Senatus. Volunt etiam optimi principes prius testam. in quo ipsi sunt scripti heredes, rumpi posteriori testam. id est, ut possit mutare, quis etiam testamentum, in quo sibi principem heredem fecit in *l. 6. sup. tit. prox.* Plus dicam, etiam principes aliquando minus sibi adrogare, & concedere, quam privatis, puta, ut capiant quidem ex alienis testam. jure perfectis, non etiam ex codicillis factis ab intestato, non ex epistola fideicommissaria. Ex iis scripturis, quæ deferuntur, non capiunt, quæ sunt minus solemnes, *l. 2. C. Th. de testam.* Eamque constitutionem mirum in modum Symmachus in epistola quadam ad præfectum prætorii commendat, ut liceat capere privato, quod nolit capere princeps, nonnisi ex justo, & solemni testamento. Sed postea alii principes abrogarunt hanc *l. 2.* ut constat ex *l. 7. sup. tit. prox.* Præterea licet regulariter prius testamentum scriptum rumpatur non scripto, id est, facto per nuncupationem, si utrumque sit jure perfectum, tamen nolunt principes testam. prius ex scripto jure perfectum, rumpi posteriore non scripto, in quo ipsi heredes sunt nuncupati. Quia ita nuncupatum fuisse testam. non potest probari, nisi testibus, qui ut audirent nuncupationem testam. rogati sunt. Atque hoc testes facile est suspicari, in gratiam principis ementiri illam nuncupationem testamen. qua dicunt defunctum heredem nuncupasse principem. Hoc igitur casu vult princeps in *l. nolumus, hoc tit.* ut consistat prius testamentum, quod factum est jure, & solemniter ex scripto, nec rumpatur posteriore, in quo ipse sit nuncupatus heres, solis testibus hoc facile concedentibus, & blandientibus fortasse principi. Quinimo hoc vult *l.* ut etiamsi prius testamentum ex scripto jure perfectum, postea sit rescissum à filio exheredato in eo testamento

per

per querelam inofficiosi testamenti, si sit rescissa exheredatio, rescissumque testamentum totum, ac proinde exheredatus filius veniat ab intestato ad successionem patris, ut nec eo casu impediatur, quod extet posterius testamentum non scriptum, in quo princeps heres nuncupatus sit. Invenio etiam, quod etiamsi regulariter quilibet possit vindicare hereditatem sibi delatam ab ignoto, *l. extraneum, tit. seq.* tamen legimus apud Cornel. Tacitum, *libr.* 5. Tiberium Imper. semper respuisse hereditates sibi delatas ab ignotis hominibus. Idem de Adriano Imper. legimus apud Spartianum. Et elegans est ad hæc, quod etiam de se scribit Imper. *l. 2. C. Th. de advocat. fisci*, plus sibi curæ esse causam privatorum, quam cautam, tutelamve sui fisci. Et quod est proditum in *l. non puto, de jure fisci, eum non delinquere*, id est, non dicere ineleganter, *qui in dubiis quæstionibus* B *facile respondet contra fiscum*. Ad quam sententiam danda sunt exempla ex *l. ult. in fi. de his, quibus ut indignis, l. Divus, §. 1. de jure codicill. l. intercidit, de condit. & demonst. l. 2. de aur. & arg. leg. l. Paul. §. 1. de leg. 3.* In quibus omnib. locis in ambiguis semper datur responsum contra principem, contra fiscum, contra ærarium. Quæ regula potest accommodari multis negotiis, ut si lis est ambigua, potius descendamus in eam sententiam, quæ onerat fiscum. Contra tamen invenio quibusdam ll. ita esse solutos principes, ut secundum eas omnino non vivant. Invenio solutum esse principem ll. caducariis, Julia nempe, & Papia, *l. quod principi, de leg. 2.* Si tibi relictum sit legatum, & hominem exueris, id est, mortuus fueris, antequam dies legati cederet, caducum fit legatum. Sed si legatum relictum sit principi, & is obierit, C quod omnes obire oportet, antequam dies legati cederet, legatum non fit caducum, sed cedit heredi principis. Et hoc est quod ait *l. princeps, de ll.* Princeps legibus solutus est. Nam diligenter attende ad inscriptionem legis, quæ est Ulpiani *ex lib. 13. ad leg. Julian, & Papiam*, quæ sunt leges Caducariæ. Princeps ergo est legibus solutus, id est, l. Julia, & Papia, de quibus tractat, non omnibus legibus. Augusta autem, ut subiicit, non est soluta legibus caducariis, quamquam princeps ei tribuat eadem privilegia, quæ ipse habet, non intelligit privilegium illud, ut etiam Augusta soluta sit ll. caducariis, sed ut princeps, vel fiscus habet ex suis contractibus tacitam hypothecam semper, & Augusta habeat. Itemque, ut Augustus habet privilegium in actionibus personalibus: Idem etiam Augusta habeat: ut si- D militer habeat vacationem, & immunitatem, ut habeat privilegium in donatione, ut valeat donatio facta ab Augusta sine insinuatione, perinde ac si facta esset à principe; ut facta ab hoc, vel illa donatio filiofamil. imputetur, quasi castrense peculium; ut donatio inter Augustum, & Augustam valeat, quæ non valet inter maritos, id est, privatos, *l. illud, sup. de SS. Eccl. l. pen. sup. de donat. inter vir. & uxor. l. cum multa, inf. de bonis, quæ liber. l. sancimus, §. 1. inf. de donat.* Et sicut res alienæ, quæ forte imprudenter à principe venditæ, & donatæ sunt alteri, non possunt ab eo, qui emit à principe revocari, aut vindicari, vel à donatario, sed est tantum domino rerum actio in ipsum principem, seu fiscum intra quadriennium: Ita idem sequimur, si quid imprudens Augusta ex rebus alienis donaverit, aut vendiderit, ne revo- E cetur donatio, sed liceat agere in Augustam intra quadriennium, *l. ult. §. ult. inf. de bon. quæ lib.* Hæc privilegia princeps communicat Augustæ. Nunquam autem Augusta invenietur soluta legibus, ne odiosis quidem legibus, quales sunt l. Julia, & Papia. Has æquum est, non servare principem, ut, vel mortuus fruatur privilegio Augusto, quo vivus non est usus. Etiam invenio in manumissionibus vindicta, si quem princeps manumittat vindicta, non servari solemnia juris, *l. apud eum, de manumis.* Quia scilicet concurrit favor libertatis. Hoc igitur non tam Principi datur, quam libertati maxime datæ à Principe, ut non desideret solemnia juris: quæ data à privato utique nulla esset sine solemnibus. Invenio

A etiam nunquam ea lege, quæ lata est Duillio Coss. fuisse obligatum Principem, qua cavetur, ne quis in urbe sepeliatur. Invenies apud Servium Honoratum 11. Æneid. virgines Vestales, & Principes sepeliri in urbe, nec ea lege teneri, quæ vetat quemquam in urbe sepeliri. Invenio legib. igitur non teneri Principem, non obligari solemnibus juris his casibus, quos exposui. Nec temere dicam unquam generaliter esse verum, quod ait *l. Princeps*, cum id tantum sit accipiendum specialiter de lege Julia, & Papia, non de legibus omnibus. Et tum maxime id affirmabo cum erit Princeps, qui juravit in legem: & quod contra legimus in plerisque auctoribus Principem esse supra legem, hoc eo pertinet, ut intelligatur Principem habere potestatem ferendi, & abrogandi ll. non temere quidem, sed ex justa causa, & è Republ. Ac consequenter posse Principem confirmare, quæ non jure facta sunt, ut legimus adoptionem non jure factam, à Principe confirmari, in *l. 33. de adopt.* Et matrimonium injustum, statumque liberorum non jure quæsitorum à Principe confirmari, *l. qui in provincia, de ritu nupt.* Legimus eos pœnæ veniam facere, & abolere crimen indulgentia, & benignitate sua. Eos ex causa etiam veniam legum facere. Et hoc solum est, quod dicitur principem esse supra leges, nec placet, quod de Achille ait Horatius.

Jura negat sibi data, nihil non arrogat armis.

AD TITULUM XXIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS, &c.

QUIA heredis institutio est caput, & fundamentum totius testamenti, ut ait *§. ante heredis, Instit. de legatis*. Ideo prælato titulo generali de testamentis, de partibus eorum dicturus sigillatim, ab heredis institutione initium facit, à qua etiam plerumque testatores ipsi incipere solent, ut ait *l. 1. in prin. ff. eod.* Certe ex heredis institutione, vel substitutione cognoscimus testamentum, non codicillos defunctum facere voluisse, *l. 14. sup. tit. prox. l. illud, §. 1. de jure codicill.* quia non alio genere, quam testamento heres institui, vel substitui directo potest. Idcirco recte ait de heredibus instituendis, quia omnino heredes instituendi sunt, si quis testamentum facere velit, & vel sola heredis institutio testamentum est, ut si quis scripserit, vel pronunciaverit in hunc modum: Lucius Titius heres esto, nec quicquam aliud adiecerit, testamentum est. Sequitur in hac Rubrica, *& quæ personæ heredes institui non possint*: quoniam in eo potissimum vertitur hic titulus, ut intelligere possimus, qui heredes institui non possint. Et constat incertas personas heredes institui non posse, certum heredem nominatim scribi, vel nuncupari oportere, non personam incertam. Igitur heres inutiliter scribitur hoc modo: Qui prior post mortem meam ad monumentum meum venerit, ille heres esto: quia confert testator judicium suum in personam incertam: vel qui anno sequenti consul designabitur, ille heres esto: Nam ejus quoque persona incerta est. Qua de re est certissima constitutio Justiniani in *tit. de incert. pers. inf.* Quia vero jure civili incerta persona heres institui non potest, hinc fit, ut collegium, quoniam est incertum corpus, institui non possit, veluti collegium, & synagoga Judæorum, *l. 1. sup. de Judæis.* Et eadem ratione olim non potuit institui collegium Christianorum, & quod certatim omnes, ultima judicia sua, nascente ecclesia domini nostri, conferrent collegia Christianorum, ne nimirum locupletarentur, vel quod pleraque ex eis captarent nimium hereditates alienas pietatis obtentu. Sic igitur his rationibus olim collegium Christianorum non potuit capere hereditatem, vel legata ex testamentis alienis, quod ostendit Ambros. in Epist. 31. ad Valent. Imp. & Hieron. in epistol. ad Nepotianum de vita clericorum, & Origenes lib. 1. contra Celsum. Sed postea facta sunt capacia collegia Christianorum

norum

norum ex *l.1. sup. de SS. Eccles.* qua constituitur, ut A quisque habeat licentiam relinquere collegio Christianorum partem bonorum suorum, *ut optaverit*, *&* *ut*, inquit, *non sint cassa judicia collata in collegium Christianorum: nihil esse, quod magis debeatur hominibus, quam ut ultimæ voluntatis, postquam aliud jam velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* Et ad eundem fere modum Quintil. *declamat.* 308. *Non aliud*, inquit, *videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem*. Ergo collegio Christianorum permissum est, ut possit capere hereditatem ex alienis testamentis, quod fuit antea prohibitum, cum specialiter, tum etiam generaliter. Nam regula juris est, collegia esse corpora incerta, & institui inutiliter. Et ita definit *l. 8. hoc tit.* ut collegium non possit hereditatem capere, nisi sit ei datum speciali privilegio, sicut diximus B datum esse collegio Christianorum. Eadem ratione urbes, civitates, municipia, aut municipes, generaliter heredes institui non possunt: quia incertum corpus sunt, ut est in epistola Plinii, *& lib. regular.* Ulp. Sed tamen *l.12. hoc tit.* concedit & urbi Romæ, & quibuslibet civitatibus testamenti factionem, id est, ut capere possint ex alienis testamentis hereditates, legata, fideicommissa, & mortis causa donationes. Opus fuit constitutione, quæ hoc permitteret, quoniam obstabat regula juris, ne quid relinquatur incerto corpori, & civitas est incertum corpus: Nec enim certum est, quod cernis concilium, cœtusque hominum jure sociatus. Et olim etiam cum populus Romanus heres instituebatur, ut liceret ei adire hereditatem, opus erat SC. ut testamento regis Alexandri delato regno populo Romano C M. Tullius refert in Rullum auctoritate Senatus populi Romani, eam adiisse hereditatem. Item, ut dicamus de aliis, qui heredes institui non possunt: quemadmodum testatores, & testes cives Roman. esse oportet, ita etiam heredes institutos, sive scribantur, sive nuncupentur, ita ut testator, & testes, & heredes, & legatarii, etiam omnes sint ejusdem civitatis cives: Nam peregrini, & advenæ heredes institui non possunt, *l. 1. hoc tit. l. 36. C. Th. de heredibus.* Imo peregrini, & advenæ nullo modo habent testamenti factionem, id est, neque activam, neque passivam. Unde oritur jus præcipuum, quod Reges nostri habent in advenas, quos in idiotismo vocamus Albinatos, *aulbains*, deducto scilicet nomine ex Latino advena, ut in *l. heres absens, §. perinde, de jud.* Quo loco agit de advena mercatore, Basilica Gallica habent, *un* D *marchand aulbain*: Nam, ut scitis, omnes libri nostri de Latino in Gallicum summa diligentia sunt translati: imo & libri canonici, qui extant in Bibliotheca Regia, & quod est pene incredibile, glossæ omnes sunt è Latino conversæ in Gallicam linguam, ut jam ex illo loco non sit dubitandum, quin illa vox idiotica deducatur ex hac Latina *advena*. Advenam non posse facere testamentum, nec capere ex alieno testamento, proinde nisi factus sit civis, fiscum jure occupare bona morientis advenæ. Et in peregrino ponamus speciem *ad l. 2. hoc tit.* Quidam heredem peregrinum scripsit: Deinde Lucium civem Romanum scripsit ex residua parte, quam ille capere non possit. L. Titius assem obtinebit, vel ut heres testam. scriptus, vel ut substitutus, vel ut institutus, quia ille peregrinus nihil prorsus ex testam. capere potest, *l.* E *qui non militabat, §. ult. & seq. ll. D. eod. tit.* Quia, ut ait *l. 2.* residui appellatio, etiam totum admittit: quod utique valet, si diligenter advertamus, etiam in l. Julia residuorum, sive de residuis: Nam si curator aliquis Reipub. cui data est pecunia publica in rem aliquam publicam, nihil reliquatus sit, sed totam eam pecuniam consumpserit in rem suam, & nulla ex parte erogaverit in Rempublicam, reus est l. Juliæ residuorum, quod recte residuorum appellatio admittat etiam totam pecuniam, *l. 4. §. sed & qui publicam pecuniam, D. ad l. Jul. peculat.* Pergamus porro: etiam servi alieni heredes institui non possunt, si dominicorum peregrini sint, vel deportati, quos constat esse peregrinos. Quoniam ita demum cum servo alieno est testam. factio; si & cum domino ejus testam. factio fuerit. Propterea quod servus ex persona domini designatur, sive personatur, nam alioquin servus nullam personam haberet, sed ut noster Theoph. ait, ex persona domini χαρακτηρίζεται, id est, ut in glossematibus leges, *personatur*. Ergo servi alieni non recte heredes instituentur, si cum eorum dominis non sit test. factio. Et hoc ostendit *l. 10. hoc tit.* Item servi proprii possunt institui heredes sine justa libertate, quæ civem Rom. faciat, quæ tamen hodie, etiamsi non sit nominatim adscripta, tacite videtur inesse institutioni ex *l. pen. de necess. servis hered. inst.* Servus a. communis .i. quem testator communem habet cum alio, & cum libertate, & sine libertate heres institui potest. Cum libertate si instituatur, quasi proprius propter partem nostram, non fit liber, sed adcrescit socio, secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justinian. cujus jussu, si adeat hered. nostram, eam adquirit socio. Potest etiam servus communis heres institui sine libertate tanquam alienus propter partem socii, quæ nostra non est, *l. 3. in pr. D. h. t.* Si modo cum socio fuerit test. factio. Et etiam hereditas adquiritur socio per servum, si jubente socio eam adierit, *l. verum, §. si soc. pro soc. & l. Plot. ad l. Fal.* concludit glossa peritissime in *l. 1. §. & si plures, inf. de comm. serv. man.* Et huc præcipue pertinet, nempe ad servum communem heredem instit. species *l. 3. h. t.* quæ maxime desiderat & accurationem meam, & attentionem vestram. Ponamus ergo speciem. Miles servum, quem habet communem cum fratre scripsit heredem, ut libertum suum, cum non esset libertus suus, sed servus communis, hoc modo, *Ille libertus meus heres esto*. Ex quo non sequitur statim, credidisse eum servum libertum suum, licet libertum appellaverit: ex eo non efficitur necessario testatorem credidisse eum suum libertum esse, argumento *Lex his verbis, sup. de testam. mil.* Excidit .n. sæpe nobis falsa demonstratio in heredib. instituendis, *l. falsa demonst. de cond. & demonst.* quæ non vitiat institutionem. Unde in specie proposita l. 3. ait, nasci quæstionem voluntatis, videlicet, utrum testator instituturus eum esset, si servum communem nosset, an non? Quoniam præterea ponendum est, testatorem in ejus locum substituisse vulgari modo L. Titium in hunc casum, si neque nollet hereditatem, aut non posset adire. Sit omnino tenor testam. hic fuit. *Stichus libertus meus heres esto: Et si Stichus hered. meam noluerit, aut non potuerit adire, L. Titius mihi heres esto*, quæ est substitutio vulgaris. Quæritur, cum Stichus sit institutus ut libertus, nec sit libertus defuncti, an repellatur ab institutione: atque adeo eo repulso an sit locus substitutioni vulgari? Quæri etiam potest, an videatur etiam institutus cum libertate sub appellatione liberti. Et sicut in *d. l. ex his verbis sup. de test. milit.* distinguit utrum errore lapsus crediderit eum esse libertum suum, an habuerit animum miles dandæ libertatis, qui servo suo ut liberto legavit aliquid: Ita etiam in specie l. 3. omnino distinguendum est, & distinguit lex ipsa: Aut errore ductus libertum suum esse credidit, nec per eum ad alium quemquam, cujus juri forte postea subjiceretur, hereditatem suam pervenire voluit, ita ut non fuerit instituturus, si nosset servum communem, quandoquidem voluit eum solum sibi heredem esse, sibique adquirere hereditatem, ut liberum hominem, non alii cuiquam, cujus juri fortasse postea subjiceretur deductus in servitutem. Et hoc casu ex voluntate defuncti, verba substitutionis *si hereditatem non adierit, vel adire noluerit*, sic interpretantur, si hereditatem sibi non acquisierit, vel quod noluerit, vel quod non potuerit. Ideoq; cum ea verba ita sint interpretanda ex voluntate defuncti, cum ille sibi hereditatem non adquisierit, nec adquirere potuerit, cum subjectus sit alterius potestati, manifestum, est etsi adierit jubente domino, substitutioni locum esse, quia ipse sibi non adquisivit hereditatem: Nam ubi quis quem heredem instituit ut libertum suum, non aliter instituturus, si is libertus non sit, omnino inutilis est institutio. Sicut si quis aliquem heredem instituit ut filium, qui est suppositititius filius, quem non instituisset, si nosset suppositititium, omnino institutio non valet, & ei suppositititio fiscus heredit. aufert quasi indigno,

digno, *l.5.sup.tit.prox.l.1.§.ult.sup.de Carbon. edic. l.4. h.t.l.* A *aufertur, in prin. D.de jur.fisc.* Et ita etiam si quis aliquem instituat ut fratrem suum, nec is sit frater, omnino illa institutio nihil valet, ut in specie *l.7.h.t.* quæ talis est. Quidam habens filium unum, extraneum quendam adoptavit in locum fratris, quæ adoptio inutilis est: nam per adoptionem nobis adquirimus filios, vel nepotes, non fratres, vel patruos. Jure civili nulla est adoptio in locum fratris, nulla ἀδελφογονία. Igitur ille, qui adoptatus est, non fit frater, posset fieri filius, vel nepos per adop. non frater. Ergo qui existimabam eum mihi fratrem, simul cum heredem institui ut fratrem, ut duplici honore afficerem, & fratris, & heredis, & heredem eum ex parte, filium autem meum ex reliqua parte heredem institui: hic frater adoptatitius, non erit heres, quoniam ut frater institutus est, sed pars ejus hoc casu non auferetur à fisco, B ut supra dictum est de parte filii suppostitii, sed adcrescet parti filii testatoris defuncti, quia non est indignitas in adoptato fratre, quæ est in suppostitio filio, & quod aufert fiscus suppostitio, ut indigno aufert. Neq; vero ita indignus existimabitur unquam adoptivus, ut suppostitius Et ita est concilianda *l.4. cum l.7.h.t.* Verum ad eum etiam modum, si quis errore ductus eum servum instituerit heredem, quem existimaret suum esse libertum, non aliter institurus, quam si esset libertus, non valet institutio: & substitutus vulgariter admittitur ad hereditatem. Et si is servus communis adierit jubente domino, socio testatoris, nihil agit, quoniam non alii voluit hereditatem adquiri, sed ei tantum, quem heredem scripsit. Et hæc est prima pars distinctionis. Altera pars hæc est: Aut verba substitutionis, *si sibi hereditatem adire noluerit, aut non potuerit*, retulit C ad jus, inquit, l.1. i. ad id, quod in jure ipso, in reipsa, & in veritate est. Et tunc ea quoque verba interpretamur secundum jus, & secundum rem ipsam, & veritatem, nempe hoc modo: Si neq; sibi, forte manumissus, aut domino suo, hered. adquisiverit. Et ideo si nolit adire hereditatem, ne jubente quidem domino: Potest enim servus, cui datus est substitutus vulgari modo, quamvis jubente domino, nolle adire, ut ait *l.pen.C.de jur. delib.* sicut etiam filiusf. heres institutus dato instituto vulgari, etiam jubente patre, potest nolle adire, *l.filium, de auro, & arg.leg.* Si itaq; in hac specie servus noluerit adire jubente domino, substitutus veniet, quia extitit casus substitutionis. Sed si paruerit domino, & adierit, expirat substitutio vulgaris, *l.post aditam, inf. de impub. & aliis subst.* Et hæc est sententia *l.3.* verissima. Sed objiciuntur *l. 3.* duo. primum *§. ult. Inst. de* D *vulg. & pupill.* deinde *l.neque, §. si servum, de milit. testam.* quib. expositis, finis erit. In specie *d.§.ult.* quidam instituit servum alienum, quem existimabat esse liberum, & ei, si heres non esset, vulgari modo substituit Titium. Lex definit in ea specie, propter ea, quæ inferius dicentur, eam hereditatem esse partiendam inter substitutum, & instituti servi dominum. Quod non ita constituitur in *l.3.* cum quis servum communem heredem instituit, quem credebat esse libertum suum, hoc modo: *Ille libertus meus heres esto.* Sed dicemus in specie *§.ult.* cum quis instituit heredem servum alienum, quem credebat esse liberum, dato substituto vulgari, esse locum distinctioni positæ in hac l. 3. ut si omnino noluerit per eum heredem, quem credebat esse liberum hominem, ad alium pervenire hereditatem, si plane instituit ut liberum, non aliter instituturus, substituto locus sit om- E nimodo, qui eum solum voluit sibi heredem esse, non per eum alium. Cum igitur is heres non sit, patet locus substituto. Sed si verba ad jus retulit .i. si verba institut. ita accepit, si is, quem instituo, & credo esse liberum, neque sibi hereditatem adquisierit, nec ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit: nam ex jure verba illa, *si heres non erit*, hanc vim habent in servo alieno, etiamsi testator credat esse liberum, si neq; ipse heres erit, neque alium heredem fecerit, in cujus dominium postea transierit, hoc casu verbis relatis ad jus ipsum, & veritatem ipsam rei, dubitabatur, an substituto locus esset, nec ne. Substitutus dicebat se potiorem in hereditate esse, quod extiterit casus substitutionis: quia neq; ipse sibi adquisivit hereditatem, neque ei,

A cujus juri postea subjectus esse cœpit, sed ei, in cujus dominio jam erat, & fuit semper. Et verba illa substitutionis relata ad jus, pertinent tantum ad liberum hominem heredem institutum, qui postea servus fiat; atqui nec ille liber fuit, nec postea liber factus est, sed semper servus. Ergo extitit casus substitutionis, & potior est substitutus in ea hereditate. Contra dominus heredis instituti dicebat, hoc, quo utimur substitutus, esse subtile nimis, propterea quod nihil referat utrum in alterius dominio postea esse cœperit, an tunc temporis fuerit. Unde dicebat dominus servi, verba substitutionis *si heres non erit*, sic esse accipienda, si neque ipse sibi hereditatem adquisierit, neque ei, in cujus potestate forte est, vel in cujus postea potestatem venerit, res erat valde dubia. Ideoque ex decreto Tiberii Imp. divisa est hereditas παγχυμερῶς inter B substitutum, & dominum heredis instituti, sicut legimus de Apollonio apud Philostratum, *lib.2.* cum inter duos litigaretur de thesauro invento, & uterq; justis, & probabilibus rationib. niteretur, inter eos eum thesaurum ex æquis portionib. divisisse, quod esset controversia diremptu difficillima, & ita ut alias ostendi in *l. si paterf. & l. seq. ff. h.t.* idem proponitur, quod in *d. §. ult. de vulg. & pup.* ut fiant duo semisses, ita ut as ex æquis portionibus dividatur inter substitutum, & dominum servi heredis instituti. Nam cum esset scriptum, ita ut as, quod sæpe ei accidit, Tribonianus non notas, pro notis accepit. Et cum Justin. jussisset à libris juris omnes notas exsulari, omnia sigla, sive singula amoveri, ut vinela pro vincula dicimus. Cum igitur eas notas, unde orta est controversia illa vexatissima, illud verbum as, accepisset pro notis, eas C ita explanavit, *ita ut alter semis, &c.* Unde orta est illa controversia vexatissima inter doctores de illa *l. paterf.* in concordiam adducenda cum *d.§. ult.* cum lex apertè dicat, ut duo semisses fiant, ita ut as dividatur ex æquis portionibus inter dominum instituti servi, & substitutum, quod & probat *l.sequens, & d. §.ult.* & ita etiam invenio in *l. redhibere, §. pen.de ædilit. edic.* Tribonianum non notas accepisse pro notis in loco stipulationis ædilitiæ (*iisdem dieb. reddi*) quæ verba (*iisdem dieb.*) illo loco nullo modo congruunt, & cruciant animum, sed scribendum est (*id reddi* (nec interpretari hic, & explanare eas notas quasi notas: ita *iisdem dieb.* quod confirmat *lex item si servi, §.ult. eod.* in qua ponitur eadem formula stipulationis *(id reddi)* non *iisdem dieb.reddi.* Et facilius est, quod opponitur *l.3.h.t.ex l.neque, §. si servum, de milit. testam.* ubi etiamsi miles ser- D vum proprium heredem sine libertate instituat, quem credidit esse liberum, dicitur omnino inutilem esse institutionem, indistinctè inutilem esse. Non adhibetur distinctio talis, qualis in specie *l.3.* Nec verò adhibenda est, quia non aliter voluit hered. esse, quam si esset liber: sive ea retulit verba ad jus, & ad veritatem ipsam, certum est servum proprium heredem esse non posse sine libertate. Et rectissime in *d. §. si servum* Acc. respondet ad *d.l.3.* hoc modo; ibi inquit. i. in *l.3.* erat servus communis, unde erat, qui quærere poterat hereditatem, nempe socius testatoris: hic erat servus proprius, unde non erat, qui quæreret hereditatem. Igitur non potest heres esse neque si testator eum aliter esset instituturus, quam heres fit voluntate testatoris si esset liber, quæ erat voluntas defuncti: Neque si ad jus ipsum, vel veritatem referamus hanc rem, & consideremus revera E eum esse proprium servum institutum sine libertate, quoniam servi proprii institutio non valet sine libertate. Igitur servus communis multum differet à proprio. Ut cætera absolvamus, quæ continentur in *h.t. de her. inst.* sciendum est iis, qui heredes institui non possunt, jure veteri ex l. Papia adnumerari virum, & uxorem, neque enim uxor testamento viri heres institui potuit, nec vir testam. uxoris, *l.ult.inf. de infir.pæn.cælib. l.1.de his, qui se defer. lib.10.l.ult.C.Theod. de leg. here.* Denique ut conjux conjugem heredem instituere non potest, nisi forte compensandi debiti gratia, ut in specie *l. 6. hoc tit.* Uxor, quæ marito dotis nomine certam pecuniam debebat ex stipulatione, moriens, maritum heredem scripsit ex parte, ita ut eam portionem hereditatis compensaret in dotem debitam,

A quæ utique cum sit adventitia, lucro mariti cedit præmortua uxore, *l. si ab hostibus*, *§. pen. sol. matr. l. Cels. de relig. l.23. de evict. l. mulier*, *de cond. inst.* Maritum ergo uxor heredem fecit ex parte compensandi debiti gratia, debitæ marito dotis gratia. *L. 6. ait*, maritum alterutro debere esse contentum, nec posse utrumque petere, & partem hereditatis, & dotem promissam, & ei non tantum obstare severitatem legis, & juris, id est, legem Papiam, sed etiam defunctæ voluntatem, quæ compensare voluit cum debito portionem hereditatis, quam marito adscripsit. Certi tamen sunt casus, in quibus libera erat inter maritos testamenti factio, ut si jus liberorum à principe impetrassent, & aliis casibus plerisque, quos retulit Ulpian. *lib. reg. de sol. capac. inter vir. & uxo.* Et his casibus, quibus mariti inter se solidi capacitatem habent ex testam. si uxor heres instituatur, B in *l. 5. hoc tit.* dicitur, non ideo minus jure institutam videri, quod non uxor, sed affinis testamento mariti nominata sit, hoc modo. Affinis mea heres esto. Nam etsi propriè mihi affines sunt uxoris meæ cognati, non uxor mea, sicuti etiam cognati viri, & uxoris, non sunt invicem affines, ut soceri, vel comprivigni, sed cognati uxoris sunt affines viro, & cognati viri sunt affines uxori. Vir autem uxori, aut uxor viro non est propriè affinis; sed maritus, vel uxor, nec aliud conjunctionis nomen inter se proprium habent, quam mariti, & tamen non ideò minus vitiatur institutio, quod in instituenda uxore maritus non appellaverit uxorem, sed affinem suam, quia nec proprie dicitur uxor affinis. Sed non dicitur etiam improprie affinis, cum inveniamus etiam affinium nomen dari cognatis, puta filio fratris, qui nobis est co- C gnatus, non affinis. Nam affinitas contrahitur ex nuptiis, id est, es mihi affinis, si soror mea tibi nupserit. Tamen, ut dixi, filius fratris dicitur etiam affinis, Spartianus in Juliano, Julianum despondisse filiam suam affini suo, quem Capitolinus in Pertinace dicit fuisse filium fratris, & Juliani patruum. Pergamus ad reliqua. Notandum maxime censeo, quod proponitur in *l. 9. hoc tit.* his verbis, ut legitur in omnibus libris antiquis; & ita si sic legatur, sensus est evidentior, *extraneum etiam cum moreretur heredem sibi scribi placuit*, puta hoc modo: *L. Titius cum morietur heres esto*. Nec enim videtur institutus post mortem suam, alioquin non valeret institutio, sed videtur institutus momento ipso moriendi, quod momentum semper in jure tribuitur vitæ, non morti. Si tribueretur morti, non valeret stipulatio, cum moriar mihi dari, si- D cut non valet jure veteri, quæ palam confertur post mortem stipulatoris, & quamvis nominatim non recte detur hereditas ex die, quia circumscripto die heres scriptus protinus fit heres, non exspectato die si hereditatem adjerit, *l. hereditas*, *D. hoc tit.* Tamen tacite etiam heredis institutio potest in diem conferri, non expresse, sed tacitè, ut diem illum exspectare necesse sit, hoc modo: *cum capere poteris, heres esto, cum adoleveris, heres esto*, *cum morieris, heres esto*, *l. in tempus*, *de hered. instit. l. si mater*, *de vulg. & pupill. substit.* Ut sæpissime in testamentis, quædam expressa nullum effectum habent, quæ si verbis tegantur, effectum, & momentum aliquod habent, quamvis eandem significationem habeant, quam haberent expressa verba. Et in usu hoc est frequentissimum, ut quæ expressa sunt, non probemus, tacita probemus: ut expres- E sim nihil in testamento contra leges decernere possimus, quoniam plane demonstramus nos velle impugnare jus publicum, quem animum nemo probaturus est. Tacite possumus etiam aliquid statuere adversus leges. Bene autem ait hæc l. extraneum cum moreretur heredem scribi posse: Nam filius certe inutiliter institueretur, hoc modo: Filius meus cum morietur, heres esto: quandoquidem institutioni filii nec mora, nec conditio injici debet, & iis verbis (cum morietur) injicitur mors. Quod etsi non sit conditio, tamen quod suspendat institutionem, veluti conditio est, & certum est filium, vel pure esse instituendum, vel pure exheredandum, nisi sit conditio, quæ sit in ejus potestate, quæ dicitur conditio potestativa. Filius igi-

A tur institutus à patre suo cum morietur, pro præterito habetur ob longam moram. Et recte *lex 9.* scripta est de extraneo, non de filio. Præterea quod valde notandum est ex *l. pen. hoc tit.* quod hodie sequimur semper, & est locus singularis, ut heres institutus ex rebus certis, vel ex re certa, veluti heres esto ex fundo Tusculano, legatarii loco habeatur, videlicet si adjecti sint alii coheredes scripti sine parte, vel scripti ex parte, puta ex semisse, triente, quadrante, sextante, ex uncia: adjectis aliis coheredibus ex parte, aut sine parte scriptis, qui est scriptus ex fundo Tusculano, loco legatarii est, quod attinet ad actiones hereditarias, ut eas exercere non possit, vel pati non cogatur: & ut earum onus, vel commodum respiciat tantum coheredes scriptos ex partibus, aut sine partibus, ipse vero fundum Tusculanum B habeat sine onere ullo, atque sine commodo actionum hereditariarum: denique ut sit legatarii loco. Constat enim legatarium neque convenire quemquam, neque conveniri hereditariis actionibus, cùm juris successor non sit, sed rei tantum. Sic igitur heres scriptus ex re certa, adjectis coheredibus, est successor rei, non juris, aut pro successore rei, non juris habendus est. Et recte *l. 1. §. si ex fundo*, *ff. eod.* si quis solus heres institutus sit ex fundo, eum habiturum totam hereditatem jura successionis, quod qui testatus est in fundo, videatur & in cæteris bonis testatus: propterea quod unum solum heredem paganus facere non potest ex re certa, id est, ex re certa tantum testatus esse, & ex cæteris intestatus. Ille sane sustinebit, & exercebit omnes actiones hereditarias, quia pro eo habetur, ac si esset institutus ex asse. Atque C ita *l. coheredi*, *§. ult. de vulg. & pup. sub.* eum, qui certæ rei instituitur heres, coherede alio non dato, posse vindicare assem. Igitur quod est in *l. pen. hoc tit.* ut heres scriptus ex re certa, ex corpore certo, non ex parte assis, sit loco legatarii, verissimum est, cum ei adjecti sunt coheredes scripti sine parte, vel ex parte. Restat tantum *l. ult.* in qua quæritur, an hæc institutio valeat: Sempronius Plotii heres esto. Et quidem si testator, qui ita scripserit, Sempr. Plot. heres esto, non nominetur Plot. sed Cajus, finge, & voluerit tamen his verbis sibi heredem facere, videlicet in eis bonis, quæ jure hereditario à Plotio acceperat, rata est institutio, ratumque testamentum, quia recte dicitur heres Plotii, qui est heres heredis Plotii, juxta regulam antiqui juris, ut ait Justin. in *l. ult.* heres heredis, est heres testatoris. Secundum D quam regulam, heres heredis Titii, & bona Titii sua esse petere potest, vel hereditatem Titii suam esse, *l. 3. de pet. her.* Idemque si velit esse heres heredis Titii, non potest separare bona Titii à cæteris bonis, quæ habuit heres scriptus à Titio, id est, non potest esse heres heredis Titii, quin etiam simul sit heres Titii, *l. 7. §. ult. de adquir. hered.* Idem secundum eam regulam, possessio testatoris non tantum heredi accedit, sed etiam heredi heredis, *l. 2. §. etiam*, *pro empt.* Et similiter mora, quæ facta est defuncto, non tantum heredi ejus competit, sed etiam heredi heredis, *l. cum paterf. de usur.* Et deinceps heredis heredi in infinitum, prout heres alterius heredem supervenit, ut Horatius loquitur, *velut unda supervenit undam*. Et ita August. *advers. Julian. Bona instar undarum, & fluctuum a succedentibus sibi dominis occupari*. E Et sic à primo herede sequentes omnes in infinitum sustinent personam ejus, qui primum heredem scripsit, quod & ejus heredes esse censeantur. Et sic etiam in stipulationibus plerumque heres capitur per longam successionem. Recte per longam successionem, ut loquitur *l. 2. de in litem jurand.* quia heres heredis non directo, & principaliter est heres testatoris, sed per successionem, & per mediam personam, *l. ult. de leg. 3.* non suo nomine, sed aliorum nomine. Ergo cum testator ita dixit, *Sempr. Plot. heres esto*: & ita sensit ut Sempr. sibi heres esset ex iis bonis, quæ sibi obvenissent à Plotio, rata est institutio. Rursus si testator, qui sibi instituit Plotium, deinde subjiciat: *Sempronius heres esto*, hoc casu his verbis videtur Sempronium Plotio substituisse vulgariter

A gariter in locum, partemve ejus, in hunc casum, si Plotius heres non esset. Et ita secundum hanc interpretationem, rata etiam erit hæc institutio, & sive hoc, sive illo modo ea verba interpreteris, ratum est testamentum. Sed si quis voluerit Plotio testamentum facere, his verbis, *Sempronius Plotii heres esto*, irritum est testamentum; nemo alii testamentum facit, sed sibi tantum, nisi filio impuberi, quem habet in potestate, vel furioso. Is enim potest testamentum facere in hunc casum, *si impubes, aut furiosus decesserit*, nimirum facit testamentum; jure potestatis ei, qui sibi facere non potest. At filio puberi, & sano, nisi sit miles, testamentum facere non potest, nec extraneo puberi, vel impuberi. Ergo si Plotius sit extraneus, & pubes, vel sanus, id est, sanæ mentis, & ita paganus scribat, vel pronuntiet, *Sempronius Plotii heres esto*, inutile est testementum. Et rursus si dixeris his verbis, B *Sempronius Plotii heres esto, testatorem heredem sibi facere voluisse, sed errasse in nomine suo, & se pro Cajo Plotium appellasse*, nunquam hoc recipiemus, nunquam hanc interpretationem admittemus, quia hoc est penitus improbabile, ut quis ignoret nomen suum, si sanæ mentis sit, alioqnin non faceret testamentum. Quædam sunt penitus improbabilia, quæ vix, aut ne vix quidem admittuntur in jure, ut suum quemquam nomen ignorasse in *l. ult.* vel etiam ignorasse vires patrimonii sui, quod etiam ægre admittitur, *l. quisquis, sup. de rescind. vendit.* vel etiam filium fratris ignorasse surditatem patrui sui, cum quo vixit familiariter, *l. octavi gradus, in fine, unde cognat.* vel etiam maritum ignorasse fratris uxoris suæ conditionem, puta ignorasse eum esse liberum. Hoc etiam ægre admittimus, si maritus forte alleget fratrem suæ uxoris, quem C quasi servum emit dolo malo sciens, ac fingat se ignorasse conditionem sui affinis, *l. si filium, inf. de liber. caus.* Et similiter non admittimus tutorem, eundemque cognatum, si alleget se ignorasse ætatem pupilli sui, *l. de tutela, sup. de in integr. restit.* Denique quædam sunt ita improbabilia, ut allegata, statim penitus reiiciantur, ut in hac *l. ult.* ut si quis alleget defunctum ignorasse nomen suum, & errasse in nomine suo.



AD TITULUM XXV.

DE INSTITUT. ET SUBSTITUT. SEU RESTITUT. SUB COND. FACT.

D HIC titulus est de conditionibus, quæ iniiciuntur institutionibus, & substitutionib. directis, vel etiam substitutionibus precariis, id est, fideicommissariis hereditatibus, quæ in h. t. restitutiones dicuntur, quia Græci ἀποκαταστάσεις etiam substitutiones precarias vocant. Institutio igitur alia est pura, alia conditionalis, Pura statim à morte testatoris hereditatem defert. Conditionalis pendet ex futuri eventus exspectatione. Substitutio autem omnis videtur esse conditionalis, quia vel concipitur in casum non adquisitæ hereditatis, qui primus casus dicitur, & substitutio vulgaris, vel concipitur in casum adquisitæ hereditatis, & mortis, aut si fiat liberis exheredatis in casum mortis tantum, qui secundus casus dicitur in *l. precibus, tit. seq.* & substitutio pupillaris, quod fiat liberis tantum impuberibus, & ad exemplum eorum etiam furiosis ex *l.* E *humanitatis, tit. seq.* Vulgaris substitutio fit omnibus heredibus institutis, cujuscunque sint ætatis, aut conditionis, vel expressa conditione, *si heredes non erunt*, vel etiam tacita, ut *l. ult. sup. tit. prox. Sempronius Plotii heres esto*, videlicet prius instituto herede Plotio. Nec est dubium, quin etiam recte fiat substitutio pupillaris non expressa conditione, hoc modo: *Sempronius Plotii filii mei impuberis heres esto*, vel cum ille Plotius filius esset testatoris impubes, hoc modo, *Sempronius Plotii heres esto*. Quamobrem verius est & substitutionem aliam esse puram, aliam conditionalem. Pura est, cui non ex testamento, sed extrinsecus, reipsa, tacite conditio inest, quæ juris conditio dicitur in *l. bovem, §. ult. de ædilit. edic.* Et licet mora suspendat substitutionem, ea tamen conditio juris substitutionem conditionalem non facit, *l. conditiones, de condit. & demonst. l. 6. quando dies leg. ced.* Et quod dicitur spem substitutionis non transmitti in heredem, *l. si ex pluribus, de suis, & legit. her. l. sed si plures, l. Lucius, §. ult. l. qui habebat, de vulg. & pupil. substit.* Quod, inquam, dicitur, spem substitutionis non transmitti in heredem, hoc non facit conditio tacita, sive conditio juris, quæ inest substitutioni, sed regula juris, quæ vetat hereditatem non adquisitam in heredem transmitti, cujus regulæ ratio est, quia omnis hereditas transmittitur in personam, non in rem. Et generalis est regula, quæ locum habet & in institutionib. & substitutionibus, id est, sive per institutionem, sive per substitutionem deferatur hereditas, *l. unica, §. in novissimo, inf. de cad. toll. l. 6. §. ult. & l. 7. de inoff. testam. l. 1. C. Theod. de legit. her.* & locum habet etiam in bon. poss. *l. 3. §. adquirere, de bon. poss.* & in fideicommis. hereditate, *l. 11. §. utrum, ad Senatusconsul. Trebell.* Conditionalis autem substitutio est, cui ex ipso testamento proponitur conditio certa, veluti si navis ex Asia venerit. Hæc divisio substitutionum in puram, & conditionalem, probatur ex *l. qui lib. impuber. de vulg. & pupil. substit.* Quid vero est institutio? quid substitutio? quid restitutio? quid conditio? tot enim sunt termini in h. t. Institutio est prima scriptura testamenti, quæ primo heredi hereditatem defert. Substitutio est sequens scriptura testamenti, qua post instit. sibi quis facit heredem, vel suis liberis testam. factionem non habentibus: vel substitutio est secundi, vel tertii institutio, & sic deinceps in infinitum. Restitutio .i. est substitutio precaria, sive hereditas ab herede scripto per fideicom. relicta. Conditio .i. est futuri casus incertus eventus, vel huic tit. accommodatius: Conditio est lex adiecta institutioni, aut substitutioni directæ, aut precariæ, quæ effectum ejus differt in futurum, & incertum eventum. Et alia est conditio potestativa, alia casualis, ut Just. loquitur. Potestativa conditio, quæ dicitur à Græcis ἐξουσιαστικὴ, vel elegantius ἐφ' ἡμῖν, ea est, quæ ponitur in potestate, & arbitrio heredis instituti, veluti, *si Capitolium ascenderis*. Casualis a. conditio est, quæ in casu, & eventu futuro, fortuitoque ponitur, veluti *si navis ex Asia venerit: si Titius consul factus fuerit: si hodie tonuerit, si fulserit.* Et addamus etiam tertium genus, puta conditionem mixtam ex utroq. quæ pendet partim ex voluntate heredis instituti, partim ex casu, veluti, *si Titio consule Capitolium ascenderis*, in *l. ult. §. ult. inf. de caduc. toll. l. ult. inf. de necess. her. inst.* Et inter hæc genera conditionum hæc ponitur differentia in *l. 4. h. t.* à cujus interpretatione incipiam, deinde cæteras omnes hujus tit. ll. sigillatim explicaturus. Filius non potest à patre institui sub omni conditione. Sub potestativa instituitur recte, quia pro pure instituto habetur, cui apponitur conditio, cujus ipse arbiter est, vel quæ ex ejus voluntate pendet. Institutio facta sub conditione potestativa habetur pro pura, *l. 1. §. qui sub conditione, si quis omissa causa test.* Et qui sub ea heres institutus est, si conditionem nolit implere, non videtur deficere conditio, sed ab eo omitti, *l. si libertus, §. existimo, de bon. lib.* Ideoque filius eo quod sit institutus à patre sub conditione potestativa, patrem intestatum non facit, quia rite institutus est, & proinde est, ac si esset institutus pure, uti etiam ex l. 12. tab. omnino filium à patre, aut pure institui, aut pure exheredari oportet, ne si prætereatur, patrem faciat intestatum. Quod si filius sit institutus à patre sub conditione casuali, & in ejus conditionis defectum non sit exheredatus à substitutis, vel à coheredibus, pro præterito habetur, & patrem statim intestatum facit. Idemque est si sit institutus sub mixta conditione, quoniam & hæc partim casualis est, *l. 4. l. jam dubitari, ff. de her. inst. & l. 4. hoc tit.* Et summe est notandum hoc, quod dixi esse proprium in filio ex antiquissimo jure: Nam idem non servatur in filia, aut nepote, cæterisque liberis, quoniam filia, nepos, & cæteri liberi recte instituuntur sub qualibet conditione, propterea quod deficiente casuali conditione, si sub ea instituti fuerunt,

runt, pro exheredatis habentur ex generali clausula, quæ solebat præscribi in testamentis: *Cæteri exheredes sunto*, *l. Lucius, de lib. & post.* Neque enim filia, nepos, & cæteri liberi sunt exheredandi nominatim, ut filii, & satis est si exheredentur inter cæteros perfunctorie, persusorie, & generaliter illis verbis, *cæteri exheredes sunto*. Liberi scilicet, vel propinqui, vel amici. Denique hoc est ex intima prudentia juris in filio proprium, ut sit instituendus, vel exheredandus nominatim & ut non instituatur recte sub conditione casuali, vel mixta, nisi subjecta sit exheredatio statim in ejus conditionis defectum, ut ei satisfiat omnimodo. Et hoc utique verum est, ut filia, nepos, & cæteri liberi possint institui etiam sub conditione casuali, vel mixta, non subdita exheredatione in defectum conditionis. Verum, inquam, hoc est, etiamsi nepos tempore testamenti obtineat locum sui heredis, nemine scilicet gradu præcedente, quod patet exemplo filiæ, quæ proculdubio obtinet locum sui heredis tempore testamenti, & tamen recte instituitur sub qualibet conditione, non subdita exheredatione nominatim, ut plane evidens sit in hac re hallucinari Accursium in hac *l. 4.* cum filio comparat nepotem, qui tempore testamenti sui heredis locum obtinet, ut scilicet idem sit juris in uno, quod in altero. Et in eodem errore etiam versantur Joannes, & Azo, ut idem Accursius retulit ad *l. 6. §. nepoter, ff. de hered. instit.* Nunc apertissima erit species *l. 4.* Pater in Mauritania provincia, ut ponit lex, quæ illi erat patria, ita testatus est: *L. Titius filius meus si in patriam revertatur mihi heres esto*. Id est, si in Mauritaniam revertatur. Ille filius trans mare agit, & longissime, veluti Lugduni, aut Romæ. Et cum esset aditioni præscriptus dies, vel institutioni hoc modo: *Filius meus si in patriam revertatur intra tot dies, heres esto*, & non possit reverti, non possit conditionem implere per hiemis conditionem, vel quem alium casum majorem, atque fortuitum, videtur institutus sub conditione casuali, quæ non est in ejus potestate, & ideo hereditatem adire potest, jure intestati scilicet, quia pater jure testatus non videtur, qui filium heredem scripsit sub conditione casuali, & difficili, vel etiam potest petere bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus. Et loquitur *hæc lex* 4. de filiofamil. de suo herede, & tamen dicit, eum adire hereditatem posse ab intestato, ut sæpe alias invenies etiam suum heredem dici adire hereditatem, *l. si filius, de collat. bonor. l. si duo, de adquir. hered.* Quibus locis, ut in hac *l. 4.* vel adire accipitur pro miscere se hereditati paternæ, vel sane proprie, quia hoc tantum invenitur scriptum, in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia ipso jure existunt etiam inviti, & ignorantes, l. *in suis, de suis, & leg. hered.* In suis heredibus esse supervacaneam aditionem, *l. 7. de inoffic. testam.* Non quod non possint adire hereditatem, si velint, & peragere solemnia cretionis, sive aditionis. Et debeo huic legi etiam addere interpretationem *l. 1.* Species est apertissima: Avunculus neptem filiam sororis heredem scripsit sub conditione, *Si Lucio Titio nuberet*. Honesta est conditio, quæ non remittitur. Et ideo si per eam fiat, quo minus nubat Luc. Titio, heres non erit, quia deficit conditio institutionis, sed si per Luc. Titium fiat, quo minus ei nubat, quæ parata est ei nubere, nihilominus hereditatem adire poterit ex testamento, quia conditio pro impleta habetur. Res est facillima expeditu: nec fuit cur in specie tantum adlaboraret Accursius, qui affixit amplissimam glossam, dum opponit huic l. 1. *l. 4. inf. de condit. inser. tam legat. quam fideicom.* Cujus legis species hæc est: Legavit patruus filiæ fratris sub eadem conditione, *Si Lucio Titio nuberet* (nihil refert legaverit, an instituerit) post mortem patrui L. Titius mortuus est, antequam ea mulier ei nuberet, an poterit accipere, & vindicare legatum? Minime, quia defecit conditio: nec enim nupsit Lucio Titio. Quærit Accursius quemadmodum sit respondendum, adhibitis multis distinctionibus contrariis, cum uno verbo res absolvi possit in *d. l. 4. inf. de condit. insert.* cui est similis *lex in testamento, de condit. & demonst.* Mulier non admittitur ad legatum, quia conditio, *Si Titio nupseris*, defecit morte Titii, quæ contigit post mortem testatoris, antequam ea Titio nupsisset. In specie a. *l. 1.* conditio pro impleta habetur, quando facto ejus, in cujus personam conditio impleri debet, evenit, ne impleretur, juxta regulam *l. in omnibus causis, de reg. juris*, sicut & plerisque aliis casibus conditiones pro impletis habentur, quando ea persona, cujus interest, conditionem non implevit, & ne ea impleatur impedimento est, vel etiam, ut in hoc casu, quoties ea persona, in cujus personam ea conditio impleri debet, non patitur eam impleri in suam personam. At in *d. l. 4.* ut dixi, quia post mortem testatoris mortuus est L. Titius, qui nullum impedimentum nuptiis attulerat, defecit conditio, propterea quod mortuus est eo tempore, quo potuit à muliere impleri conditio, id est, post mortem patrui, quæ tamen non fuit impleta, quod observandum. Mortuum scilicet fuisse L. Titium post mortem testatoris: Nam si vivo testatore mortuus fuisset L. Tit. aliud dicerem, nempe deberi legatum, quod L. Tit. mortuus sit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, nempe vivo testatore, qui eam voluit impleri post mortem suam, contractis nuptiis cum L. Titio. Et hoc si observes abscise, nihil obstabunt quæcunque alia adfert Accursius. Primum non obstabit l. *turpia*, §. 1. *de leg.* 1. cui similis est *l. filiæ, in prin. de cond. & dem.* species hujus hæc est: Lego Cajæ centum, si arbitratu L. Tit. nupserit, id est, consulto L. Titio. Luc. Tit. mortuus est vivo testatore, & nupsit puella inconsulto L. Tit. qui non erat in rebus humanis, capiet legatum, quoniam per eam non stat, quo minus consulat, & sit parata consulere L. Tit. si superesset. Et L. Tit. decessit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, id est, vivo testatore: Nam si decesserit post mortem testat. cum eum puella consulere poterat, conditio defecisse intelligitur. Ex eadem est ratio *l. annua, in prin. de annuis leg.* Species hæc est: *Illi lego tot, si cum matre mea moretur*, mortua est mater vivo testatore, quo tempore non debuit morari cum ea, capiet legatum. Contra si mortua sit mater post mortem testatoris, antequam cum ea demorari cœpisset, non capiet legatum, quia defecit conditio. Eadem est etiam ratio *l. turpia, de leg.* 1. & l. *quæ sub condit. §. quotiens, de condit. instit.* Species hæc est: *Heres esto, aut tibi lego, si Stichum servum tuum manumiseris*, quæ conditio impleri debet post mortem, ut quælibet conditio non promiscua, *l. 1. de cond. & demonst.* conditio talis fuit: *si Stichum servum tuum manumiseris*: & Stichus occisus est antequam manumitteretur, aut occisus est vivo testatore, cum nondum deberet manumitti, nondum impleri conditio illa, & capit hereditatem, vel legatum, quod sub ea conditione relictum est. Sed si occisus sit Stichus post mortem testatoris, cum nondum esset manumissus, qui debuit manumitti, defecisse conditio intelligitur. Quod etiam probat *l. inde Nerat. §. idem Jul. D. ad l. Aquil.* & ita est concilianda *l. 4.* cum *d. l. turpia, §. pen. & d. l. quæ sub cond.* posita supradicta distinctione utrum servus ille vivo testatore occisus sit, an post mortem ejus.

Ad L. II. Conditioni, sub qua *testamento matris tuæ heres institutus es, si non paruisti, locum habet substitutio: Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ, consobrino tuo, probabili consilio, matrimonio jungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges, cum his precibus, quas libello complexus es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret.*

Ad L. III. Si mater vos *sub conditione emancipationis heredes instituit, & priusquam voluntati defunctæ pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est, morte ejus, vel alio modo patria potestat. liberati, jus adeundæ hereditatis cum sua causa quæsistis.*

QUO de genere conditionis institutionum apposita est *l. 1.* de eodem etiam est *l. 2.* cum puella heres institui-

stituitur sub conditione, *si certæ personæ nupserit, veluti* A *Titio*, & est species hujusmodi *l.2.* Mater filiam ita heredem instituit: Filia mihi heres esto, si nupserit filio sororis meæ, consobrino suo. Hanc conditionem mater adscripsit, ut ait *l.* ducta probabili consilio, dum certa quadam ratione vult filiam suam filio sororis suæ consobrino nubere. Lex prudens consilium testatricis spectat, ut in *l.Luc.Tit. in fin. de hered.inst.* Quod si filia heres non esset, mater in ejus locum substituit Sempron. vulgari modo: Quæritur an hæc conditio remittenda sit filiæ, ut necesse non habeat eam adimplere, ut etiam ea non impleta admitti ad hereditatem maternam possit, & excludere substitutum. Nam post admissam hereditatem si jure admissa sit, substitutio vulgaris extinguitur, *l.post aditam, tit.seq.* Et tentari potest hanc conditionem esse remittendam, quasi turpem ex *l.non dubitamus, de cond.* B *& demonstr.* Videtur turpis, & inhonesta esse conditio, quæ vult inter se consobrinos matrimonio conjungi. Et consequenter quasi indicto turpi matrimonio, videtur filiæ indicta viduitas, quæ conditio viduitatis remittitur lege Julia Miscella, non tantum si sit expressa, sed etiam si tacite insit, *l.cum tale, §.si arbitratu, de cond. & demonst.* Sed cum ex constitutionibus, quas Justinianus probavit, certissimum sit, eam conditionem non esse turpem, & consobrinam consobrino honeste nubere posse, *l.celebrandis, C.de nupt. & §.duorum, Inst.de nupt.* Consequens etiam est, filiam excludi ab hereditate materna, & vocari substitutum, si conditioni non obtemperaverit, si consobrino nubere noluerit, *l.cum ita legatum, de condit. & demonst.* Et additur in hac *l.2.* etiam filiæ, ut capere possit hereditatem maternam non impleta C conditione, non subveniri in hac re extraordinario auxilio, puta data utili hereditatis petitione, aut persecutione, aut utili interdicto quorum bonorum. Omnis actio utilis est extraordinarium judicium, & auxilium, ut in *l.cum filiusf. de reb.cred.* Cum dicitur subveniri extraordinario judicio filiofamil. qui viaticum, quod ei peregre agenti misit pater, alii mutuum dedit, hoc significatur, dari ei utilem condictionem creditæ pecuniæ, utilem actionem si certum petatur, directa nimirum competente patri ei confestim adquisita per filium, non filio. Nam regula juris est, ex suis contractibus non dari actionem filiofamil. sed patri ejus. Cæterum absente patre ex omnibus contractibus etiam filiofamil. dantur, & competunt actiones utiles, quæ extraordinariæ dicuntur, & in factum actiones. Et ita accipienda est *lex in* D *factum, de oblig. & action.* ut in factum actiones, id est, utiles, etiam per filiumfamil. exerceri possint. Extraordinarium igitur auxilium in hac *l.2.* interpretor esse utilem persecutionem hereditatis maternæ, quæ quidem, fateor, dabitur filiæ, si per consobrinum stet quo minus nuptiæ fiant, ut in *l.1. hoc tit.* quia conditio habetur pro impleta. Et generaliter in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit; quo minus fiat. Si per filiamf. steterit, quo minus conditio impleretur, non per consobrinum, puta ea respuente conditionem, consobrino petente, hoc casu, de quo agit *l.2.* nec ordinario, nec extraordinario remedio filiæ aditus est ad hereditatem. *Non indiget*, inquit lex, *extraordinario auxilio*. Honestius quid aliis negamus, dum eo nihil illum indigere dicimus. Ergo si filia non præbeat obsequium ma- E tri, si per eam fiat, quo minus consobrino nubat, nullo modo capiet hereditatem maternam. Sed si per consobrinum fiat, non per ipsam, ei subvenitur extraordinario judicio. Adnotandum etiam ei subveniri non impleta conditione extraordinario judicio, consobrino mortuo, viva testatrice. Ita est scriptum rectissime, & consulta opera in *l.qui ex fratribus, de cond. instit.* Consobrino mortuo vivo testatore, quo scilicet tempore conditio impleri non debuit. Est enim hæc conditio ex numero earum, quæ promiscuæ vocantur, quæ nonnisi post mortem testatoris implentur, *l.11. de cond. & demonstr.* Si est conditio potestativa, quæ ideo dicitur promiscua, quod nulla sit potestativa, quin possit esse ca-

A sualis, id est, difficilis implendo, *Si Lugdunum iveris*, est potestativa. Quandoque non est potestativa, si quæ causa impediat, ne quis Lugdunum eat. Omnis potestativa conditio est promiscua. Casualis non est promiscua, quia nullo casu potest esse potestativa, in potestate nostra scilicet, & in facili. Consobrino igitur mortuo, viva testatrice, filia veniet ad hereditatem maternam, sine ulla controversia. Mortuo autem consobrino post mortem testatricis, si per eum non stetisset, dum vixit, quo minus nuptiæ fierent, filia repellitur ab hereditate materna, *l.4. inf. de condit.insert.* *l.in testam. de cond. & demon.* Quæ distinctio unam dirimit, & multas alias controversias de conditionibus, an si non sint impletæ, nihilominus vel heredes veniant ad hereditatem, vel legatarii perveniant ad legatum, aut fideicommiss. ut ecce B legato ita relicto sub hac conditione: *si Titio 10.dederit*, mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, mortuo Titio post mortem testatoris, antequam legatarius dederit decem, non debetur legatum, *l.cum ita datur, de cond. & demonst.* Itemque legato relicto sub hac conditione: *Si Stichum servum tuum manum.* Sticho mortuo vivo testatore, quo tempore non debuit manumitti, debetur legatum, *l.turpia, §.pen. de leg.1. l.8.quotiens, de cond.inst.* Sticho autem mortuo post mortem testatoris ante manumissionem non debetur legatum, *l.inde Nerat. §.idem Jul. D.ad l.Aq.* Item legato relicto sub conditione: *lego Tit. centum, si moretur cum matre mea*, mortua matre vivo testatore, debetur legatum, mortua matre post mortem testatoris, cum nondum cum matre moratetur, non debetur legatum, *l.annua, in princ. de annuis leg.* C Ut autem aliquid de matrimonio inter consobrinos dicamus, prisco jure cum consobrinis fuit connubium usque ad Theod. Imperat. qui prohibuit nuptias inter consobrinos sine venia Principis, *l.3. C. Theod. de incest. nupt. l.1. C.Theod. si nupt.ex rescript.* Quia scilicet consobrini sunt tanquam fratres, & sorores, & dicuntur etiam fratres, & sorores patrueles, vel matrueles. Horruit Theod. licitum propter proximitatem illiciti, propter communionem nominis, censuitque, ut inter fratrem, & sororem, ita & inter fratrem, & sororem patruelem, qui consobrini dicuntur, prohibendas esse nuptias sine venia Principis: sed eam constitutionem Theod. statim non obtinuisse, patet ex *d.l.celebrandis*, obtinuit tamen successu temporis, & eo jure utimur. Qua de causa dicta *l.celebrandis* non est in Basilicis, & in *d.§.duorum*, Theoph. D addit negationem, quasi essent illicitæ nuptiæ, & injustæ inter consobrinos. Et in hac *l.2.* Basilica habent *πρωτεξαδέλφῳ*, pro consobrino: Nam in Oriente prohibitæ fuerunt nuptiæ tandem non tantum inter consobrinos, qui sunt in quarto gradu, & dicuntur *πρωτεξάδελφοι*, sed etiam inter sobrinos, id est, inter sobrinarum filios, qui sunt sexto gradu, & dicuntur *δεύτεροι ἐξάδελφοι*, non tamen prohibitæ inter sobrinorum filios, qui dicuntur *τριτεξάδελφοι*, & sunt octavo gradu. Hodie igitur, quia eo jure utimur, ut hæc conditio, si consobrino nupserit, habeatur pro illicita, ut inter consobrinos sint illicitæ nuptiæ, dicemus hanc conditionem esse remittendam, & habendam pro non scripta, nisi scilicet testatur conditionem ad jus retulerit, & ita acceperit, *si consobrino, uti oportet, nupserit*, sive petita venia à Principe, vel Pon- E tifice. Etiam vetustiores videntur inter consobrinos nuptias non admodum approbasse: Nam & Æschylus scribit, filias Danai Argos venisse fugientes consobrinos, à quibus appetebantur, & nuptias eas vocat *οὐ σεβασμίους γάμους*, id est, *non venerabiles*, non persequendas, vel appetendas. At forte non hac ratione, sed alia, quod consobrinis eas insequentibus, & appetentibus nuptiæ admodum nefariæ, & infelices fuerint, & infelicitas sæpe arguit eas displicere naturæ. Lex 3. est de alio genere conditionis, de conditione emancipationis: mater si filium hered. instituit sub conditione emancipationis: *Fili, heres esto, si à patre emancipatus fueris*, filius non fuit emancipatus à patre, sed sui juris effectus est alio modo, puta mortuo patre, vel capite deminuto. Quæritur an admit-

tatur,

tatur, & adire possit hereditatem maternam. Lex ait jus ei esse adeundæ hereditatis cum sua causa, cum onere æris alieni, cum onere legatorum, etiamsi non emancipatione sui juris effectus sit. Id lex sumpsit ex voluntate defunctæ, quæ regit conditiones, & quæ ideo adscripsit hanc conditionem, *si à patre emancipatus fueris*, ne patri per filium adquireretur hereditas, quoniam nolebat ad maritum suum bona sua pervenire, quæ utique etiam pervenient ad eum, si filius alias sui juris effectus sit, vel mortuo patre, vel deportato, vel in metallum condemnato sine emancipatione, vel dignitate, aut sacerdotio obveniente filio. Et hæc quidem ratio apponendæ conditionis est communis matri, & extraneo cuilibet, & frequentissima: de herede instituto sub conditione emancipationis *l. quidam, de hered. inst. l. duos, l. Avia, de condit. & demonst. l. filiis, sup. de inoff. testam.* Ubi etiam ait, matrem, quod mores mariti suspectos haberet, filium heredem instituisse sub conditione emancipationis, in quo causam exprimit apponendæ hujus conditionis. Sic etiam in *l. ult. de petit. hered. l. 3. §. si heres, de minorib. l. pen. unde liberi, l. divi*, de jure codic. & Plin. *lib. 8. Epistol. 18. Curtius*, inquit, *perosus generum suum, sub hac conditione filiam ejus, neptem suam heredem instituerat, si esset manu patris emissa*. Et Sueton. in Vitellio: hunc heredem à matre sub conditione institutum, *si exiisset è patris potestate*, manu emisit. Frequentissimum erat, ut institutis filiisfamil. hanc testatores conditionem apponerent, ut ad eos, non ad parentes perveniret hereditas. Igitur hæc etiam conditio, de qua est lex 3. imponitur institutioni probabili consilio defunctæ, imo & omnis conditio testamenti. Nam ut natura nihil frustra facit, ita nec homo sanæ mentis. Et conditio igitur est, ut iis definitionibus, quas prima recitatione tradidi, utar. Conditio est lex certa, qua testator probabili consilio alium ad suum testamentum invitat. Quod vero proponitur in hac *l. 3.* idem sequendum ex diverso, nimirum casu mortis, si sit positus in conditione institutionis, ducto ad casum emancipationis: Nam ut ex hac *l. 3.* casus emancipationis, ducitur ad casum mortis, vel alium casum, quo filius sui juris fiat: ita ex diverso casus mortis deducitur ad casum emancipationis, ut si filius instituatur sub hac conditione, *si morte patris sui juris fiat*, & emancipetur à patre, statim capiet hereditatem ex tacita voluntate testatoris, qui ideo expressit tantum casum mortis, quia credebat patrem eum non emancipaturum, ac proinde non relicturum filio commodum hereditatis. Denique etiam casus mortis trahitur ad casum emancipationis, & quemlibet alium, quo sui juris fiat: Quæ est sententia *l. fideicomm. §. si cui ita fuerit, de leg. 3. & l. mulier, ad Senatusconf. Trebell. & l. si ita esset, Quando dies leg.* Nec dicendum est, expectandam esse mortem patris, si filius ejus sit à matre, vel extraneo institutus sub conditione, *si morte patris sui juris fiat*. Nam posset quis dicere, si emancipatus sit, adhuc tamen esse expectandam mortem patris, antequam adeat hereditatem testamento delatam. Et prima fronte hoc videtur adstruere d. *§. si cui ita fuerit*, nisi adhibeatur interpretatio. Primum enim lex ait, fideicommissum ita relictum filiofamil. si morte patris sui juris fiat, tum subjicit, filio emancipato à patre non videri defecisse conditionem, quod convenit cum superioribus omnino. Verum subjicit, sed & cum mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur, ut videatur exigere mortem patris, nec sit contentus emancipatione. Sed hic est omnino sensus hujus legis, ut admittatur ad fideicommissum, sive contingat mors patris, sive emancipatio filii. Utroque casu, ut dies fideicommissi cedat ex tacita voluntate defuncti, cui potissimum adservire debemus, quæ regit, & facit conditionem, non sermo, non scriptura conditionalis, *l. in conditionibus, & l. pater, de cond. & demonst.* Et ita etiam in *l. ult. hoc tit.* demonstrabitur in substitutionibus sæpissime casum expressum duci ad tacitum, & ubique esse servandam semper defuncti voluntatem.

Ad L.V. Reprehendenda tu magis es, *quam mater tua: illa enim si heredem te sibi esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non juberet, tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio hujusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: Enim vero cum boni mores hæc observari vetent: sine ullo damno conjunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritum, sciens hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses.*

LEX 5. hoc tit. tractat de conditione divortii, & valde pertinet ad bonos mores. Mater filiam instituit sub conditione, *si à marito diverteret*. Hæc conditio est inutilis, quia est contra bonos mores, & remittitur *l. 2. inf. de condit. insert. l. 8. de usu, & habit.* Et ait *d. l. 2.* eam nonnunquam remitti, quia aliquando possit esse divortii justa causa, & probabilis. Frequentius remittitur: Igitur filia heres instituta à matre sub conditione divortii, etiamsi non divertat à marito, hereditatem maternam capere potest. Et si forte divertat, dum putat se aliter non posse pervenire ad bona matris, quam si pareat voluntati ejus, id est, conditioni testamento scriptæ, & discedat à marito, si, inquam, hoc faciat filia per imperitiam, nesciens divortii conditionem jure publico remitti, majori reprehensione est digna, quam mater, quæ divortium indixit, ut ait hæc lex rectissime, & sanctissime: Nam mater odio generi filiæ divortium indixit genere conditionis. Filia lucri avidior, quam fidei, & concordiæ maritalis divortium fecit, mater voluit divortium fieri, filia divortium fecit, majus est delictum facientis, quam jubentis, ut recte colliges ex *h. l. 5.* Suadent ergo merito Imp. filiæ, quæ per imperitiam divertit à marito, dum putat non nisi facto divortio hereditatem maternam adire posse, ut redeat ad maritum, & nihilominus retineat bona materna, quæ & habuisset, & retinuisset, etiamsi non divertisset. Hæc est sententia legis 5. cui addenda est etiam explicatio *d. l. 2. inf. de cond. inser.* maxime quod in ea dicatur ejus legis species multum, longeque ab ista lege differre. Sciendum est heredem, à quo legatum relictum est in diem certum, ex edicto Prætoris interim ante diem debere cavere legatario de legato solvendo cum dies venerit, si hoc legatarius desideret, & petierit, nisi scilicet testator heredi hanc conditionem remiserit: Potest enim remitti ex constitutione D. Marci quolibet indicio voluntatis, *l. 2. inf. ut in poss. leg.* Nam finge: pater filiam heredem scripsit, & ab ea Lucio Titio legatum reliquit in diem certum, vel in conditionem certam: idem filiæ suæ remisit cautionem ejus legati, si à marito diverteret, dum cavit, ut ita demum hanc caveret cautionem legatario, si à marito non diverteret. Si igitur divertit, ut non subiret onus cautionis: Illa vero non divertit à marito, non paruit voluntati patris, qui omnino volebat eam divertere à marito, & fecit ut probam decet, quæ fidem servavit viro libentius, quam paruit patri. Sed si ideo etiam detrectet cavere de legato, facit improbe contra voluntatem patris, quæ pugnabat cum utilitate publica, quæ exigit ne temere conjugia dissolvantur, fecit improbe contra patris voluntatem, contra jus publicum, id est, contra edictum Prætoris simul, & contra voluntatem patris, non cavendo de legato. Nam quatenus non divertit à marito, facit quidem contra voluntatem patris, sed secundum bonos mores, quatenus non cavit de legato, facit & contra edictum prætoris, & contra voluntatem patris, qui voluit eam cavere de legato, si non diverteret. Igitur si non divertat, omnino cavere debet de legato, & alia est causa legati, aut hereditatis filiæ relictæ sub conditione si diverteret: Nam si non divertat, nihilominus heredit. aut legatum capiet. Remissa autem cautione legati si diverteret, si non divertat, non remittitur etiam cautio legati, quia absurdum est negligi formam edicti perpetui, quod non paret voluntati defuncti. Igitur fecit quidem probe si

non

non divertat, sed facit improbe, si hoc colore, quod non A obtemperaverit patri divertendo, velit se exonerare onere satisdandi, aut fideicommisso. Hæc est sincera interpretatio hujus legis 5. Transeamus ad legem 6.

Ad L.VI. Generaliter sancimus, *si quis ita verba sua composuerit, ut edicat*, si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: *& ipse, vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit: firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni. Si enim nihil ex his fueris subsecutum, tunc valere conditionem, & res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur, certo substitutionis, vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit:* B *propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis alius deviet, hujusmodi facimus sanctionem: & hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus, quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneæ sint, de quibus hujusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur.*

Ad §. Cum autem invenimus *excelsi ingenii Papinianum in hujusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adjectione habita, optimo intellectu disposuisse, evanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægravatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile, patrem si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc latius, & pinguius interpretandum esse credidimus,* C *ut & si quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit usque ad modum, quem nos statuimus, & substitutioni eos subjugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta: & hic intelligi evanescere substitutionem, liberis eum excludentibus, & intellectu optimo his, qui ad substitutionem vocantur, obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire, se ad filios, vel filias, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel proneptes morientis transmittente, & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine justa sobole decesserint, ut quod inter justos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & fideicommissis specialibus locum habere sancimus.*

DUæ quæstiones in hac *l.6.* explicantur à Justiniano: D Prima pertinet ad hanc speciem: Quidam in testamento, ita scripsit: *Rogo te, mi heres, ut si sine testamento, vel sine liberis, vel sine nuptiis vita decesseris, hereditatem restituas Cajo Sejo*, id est, si intestatus, orbus, vel cœlebs vita decesseris. Hæc est sententia testatoris. Decessit intestatus, non orbus, non cœlebs. Quæritur an fideicommisso locus sit? Quod videtur, quia dixit sub disjunctione, si intestatus, vel orbus, vel cœlebs decesseris, sufficit unum evenire, ut monet disjunctiva oratio, & ita evenit unum, quia intestatus decessit. Hoc satis est, ut sit fideicommisso locus. Aliter tamen statuit Justinianus, aut statuendum censet ex præsumpta voluntate defuncti, quasi præsumpsisset defunctus disjunctionem pro conjunctione, ut non admittatur ad fideicommissum L. Titius, nisi & intestatus, & orbus, & cœlebs decesserit, E quod est in jure frequentissimum, ut conjuncta accipiantur pro disjunctis, & retro disjuncta pro conjunctis, quod in *l.pen. inf. de verb. sign.* appellatur *παραδιάζευξις*, id est, falsa disjunctio, quæ conjunctio potius est, & Latine uno verbo dicitur subdisjunctio, cui contraria est *παρασύναψις*, id est, falsa conjunctio, quæ sit pro disjunctione accipienda ex mente scriptoris, vel ejus, qui hæc verba nuncupavit. Hoc igitur in prima parte hujus legis statuit, ut intelligatur in his verbis, *Si intestatus, vel orbus, vel cœlebs decesseris*, esse subdisjunctionem, seu *παραδιάζευξιν* potius, quam disjunctionem, ut scilicet (*vel*) accipiamus pro conjunctione, nec aliter vocemus fideicommissarium, quam si hæc tria evenerint, id est, si intestatus, & orbus, & cœlebs decesserit, & non si unum, vel duo ex his evenerint. Fuit hac de re controversia inter juris peritos, quam Justinianus demum voluit in hac lege dirimi, & finiri. Transeamus ad alteram quæstionem, quæ est in *§. cum autem*. Finge: liberi, veluti filius, aut nepos aut pronepos à parente heredes instituti sunt, & rogati hereditatem restituere post mortem suam Lucio Titio, nullo herede adjecto: *Rogo te, fili mi, ut post mortem meam hereditatem restituas Lucio Titio*. Sciendum est, ita demum fideicommisso locum esse, id est, substitutioni precariæ, si liberi heredes instituti decesserint sine liberis: Nam si liberos reliquerint, liberi eorum fideicommissarium excludent, licet simpliciter, & pure rogati sint ei hereditatem restituere post mortem suam, non adjecta conditione hac, *si sine liberis decesserint*, quia hoc semper intelligitur, cum scilicet liberi sunt instituti, & onerati fideicommisso hereditatis: Idque sumitur ex voluntate defuncti, quia præsumitur patrem à filio, vel à nepote L. Titio relicturum fideicommissum non fuisse, si nepotem, aut pronepotem cogitasset ex eo nasciturum. Et hanc præsumptionem, & conjecturam ex pietate paterna primus duxit Papinianus, ut fuit acutissimus conjector perscrutandæ voluntatis testatorum, & ll. qui bene conjicit ne dicas vatem, sed etiam Jurisconsultum esse optimum. Et hanc conjecturam, quam primus dixit Papinianus ex pietate paterna, approbat Justinianus in *l. cum acutissimi, inf. de fideicomiss.* Et exstat Papiniani responsum in *l. cum avus, de condit. & demon.* Ergo secundum hanc conjecturam pietatis paternæ, conditio *si sine liberis decesseris*, quæ non est apposita, pro apposita habetur, & minus scriptum, quam dictum intelligitur. Denique cuilibet institutioni precariæ factæ liberis, tacite inest hæc conditio, *Si sine liberis decesserit*. Et est pene similis conjectura in specie *legis cum pater, §. cum inter, de leg. 2.* Qui habet plures libertos, & libertas, eis reliquit fundum, & petiit, ut eum fundum in familia libertinorum retinerent. Ex iis liberta una suscepit filium, qui quidem, ut est evidentissimum, non est ex famil. libertorum, sed ex aliena, nimirum patris sui familia, non ex familia matris, & vult liberta partem, quam in eo fundum habet, in filium transferre, exclusis collibertis, quibus omnibus simul lex indicta erat, ne fundus exiret de familia eorum. Exit de familia eorum si transit ad filium libertæ, qui est ex familia aliena. Et tamen lex ait, filium libertæ præferri collibertis, quod patronus videatur voluisse, ut liberti partes suas conservarent suis liberis, & his deficientibus, collibertis, & ita demum fideicommisso locus esset, si non filiis, aut collibertis, sed aliis partes suas darent, vel relinquerent. Et eadem est conjectura pietatis patroni erga filium libertæ, qui & ipse libertus est, si uterque sit uno, eodemque testamento manumissus, ut sæpe manumittitur pater, vel mater cum filio, ne sejungantur, ut adhæreat semper alter alteri, & ne dura separatio inducatur. Hanc autem definitionem, cujus, ut dixi, auctor est Papinianus, & approbator Justinianus, in *hoc §.* Justinian. etiam porrigit ad filios naturales, id est, quæsitos ex concubinatu, sive contubernio, non ex justis nuptiis. Nam sive instituti sint filii justi, id est, quæsiti ex justis nuptiis, sive naturales, & rogati restituere hereditatem post mortem suam fideicommissario, tacito sensu, & optimo intellectu, ut ait, *κατὰ σιωπώμενον* inest hæc conditio, *si sine liberis decesserint*. Idem Justinianus porrigit hoc loco ad legata, & fideicommissa specialia, ut si liberis justis, vel naturalibus legatum relictum sit, quod rogati sint restituere post mortem suam, id non debeatur, si liberos reliquerint. Illud interea valde notandum est, hanc conditionem, *si sine liberis decesserint*, sive exprimatur, sive tacite intelligatur semper ita esse accipiendam, si sine liberis justis decesserint. Liberi enim naturales non excludunt fideicommissarium. Et hæc est honesta interpretatio, ne videatur invitari ad procreandos injustos liberos. Ergo sive sit expressa, sive tacita conditio, semper est accipienda de justis liberis,

non

non de naturalibus. Et hoc lex significat in fine hoc lo- A co, *sine justa sobole*. Et confirmat *lex ex facto, §. si quis rogatus, ad Senatusc. Trebell.* Et generaliter verum est, liberorum appellatione contineri justos, non naturales, nisi aliud suadeat voluntas defuncti: totum enim facit voluntas defuncti, ut in specie *l. cum pater, §. volo, de leg. 2.* ubi proponitur eadem conditio, *si sine liberis decesserint*, liberorum appellatione continetur filius naturalis in servitute susceptus à patre, propterea quod comprehendebatur fideicommisso, & legato, id est, ei, & patri colliberto, & aliis collibertis simul idem fuerat per fideicommissum relictum, ut qui continetur fideicommisso ex voluntate defuncti, facile videatur etiam contineri conditione fideicommissi, *si sine liberis decesserit*. Et sic etiam in *l. ult. inf. de jure delib. l. Lucius, §. Damæ, de legat. 2. l. heredibus, §. ult. ad Senatusc. Trebell.* ex voluntate defun- B cti, non aliter, liberorum appellatione etiam naturales comprehenduntur.

Ad L. VII.

LEx septima est constitutio Græca, & est pars *legis 53. §. 2. sup. de episc. & cler.* Sententia constitutionis hæc est: si legatum, aut fideicommissum relictum sit ab herede sub conditione, *si sine liberis decesserit*, & heres nullis susceptis liberis, devovit se in monasterium, vel clerum, ita ut jam non possit uxorem ducere, & nulla sit spes procreandorum justorum liberorum, ut tamen fideicommissum non debeatur quasi conditione existente fideicommissi, quod jam certum sit, hunc justos liberos non procreaturum, qui transiit in Monasterium, & C tamen ut dixi, non est fideicommisso locus. Quinimo poterit heres res fideicommisso relictas erogare in piaa causas, nec servantur fideicommissario. Et ratio hæc videtur esse, quia hæc conditio videtur tantum imposita iis, qui sunt in ea conditione, ut liberos justos suscipere possint, non qui conditionem suam mutarunt in melius, ut vitam viverent cœlibem. Eodemque modo, quod prima specie videtur esse novum, si cui sit relictum fideicommissum sub conditione liberorum, hoc modo, *cum liberos susceperis*, & hic non susceptis liberis (quæ conditio accipitur etiam de justis) dederit se in monasterium, vel in clerum, ita ut jam non possit sperare nuptias, vel liberos, ei statim debetur fideicommissum, sive sit mas, sive fœmina. Devota igitur virgo (sic ab Ausonio sanctimonialis appellatur) cui fidei- D commissum relictum erat sub conditione liberorum, statim feret fideicommissum, atque devoverit se. Sic igitur statuo: devotis personis, quæ abdicato mundo, sese devoverunt numini, & Majestati divinæ, has conditiones remitti, id est, conditionem liberorum, ut ea obliterata, nihilominus consequantur fideicommissum, quod eis sub conditione liberorum relictum est, vel etiam obliterata conditione *si sine liberis decesserint*, ut non onerentur fideicommisso.

Ad L. VIII. Si quis heredem scripserit *sub tali conditione*, si ille consul factus fuerit, vel prætor, *vel ita filiam suam instituerit heredem*, si nupta fuerit: *vivo autem testatore, vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia ejus nupta fuerit, vel vivo adhuc testatore consulatum qui-* E *dem, vel præturam ille deposuerit, filia autem ejus à marito diverterit, omni veterum dubitatione explosa, sancimus, quandocunque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam. Quod & in legatis, & fideicommissis, & libertatibus obtinendum esse censemus: ne dum nimia utimur circa hujusmodi sensus subtilitate, judicia testantium defraudentur.*

Ad L. Pen. Si testamentum ita scriptum *inveniatur*, ille heres esto secundum conditiones infra scriptas, *si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est: supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit, Vicos Reipublic. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus debери, quod testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præventus non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, & sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quæ infra conscriptæ sunt.*

IN lege 8. proponitur heres scriptus sub conditione *si Titius Consul factus fuerit*: & filia heres scripta sub hac conditione, *si nupta erit*. Prior conditio est casualis, *l. si quis instituatur, §. pen. de hered. instit.* Posterior quo- B que est casualis. Et alia est conditio si nupta erit, alia si nupserit. Hæc injungit nuptias, illa non injungit nuptias, sed confertur in casum, eventumque futurum. Quæritur autem hæ conditiones, *Si Titius Cons. factus fuerit: si Titia nupta erit*, quo tempore implendæ sint? Casualis conditio quolibet tempore impleri potest, aut vivo, aut mortuo, aut moriente testatore, *l. 2. l. 11. de cond. & demonst.* Hæ autem conditiones sunt casuales, ergo post factum testamentum, si vivo testatore Titius consul factus fuerit, licet eodem vivo consulatu abierit, vel si vivo testatore filia nupta fuerit, licet eodem vivo nupta esse desierit, conditio institutionis impleta esse videtur: Semel enim conditionem impleri sufficit. Et ita omnino definit Justinianus in hac *l. 8.* antiquata illorum sententia, qui existimabant propositas quidem conditio- C nes in hac *l.* non impleri posse vivo testatore, sed ita demum habendas esse pro impletis, si Titius esse consul perseverasset in diem mortis testatoris, vel si Titia in eum usque diem nupta permansisset, quod Justinianus non desiderat. Et ait *l. si consul processerit*, respiciens ad solemnes, quæ in urbe publice fiebant pompas, & processus Coss. quos *πρόοδον* vocat in *Novella de Coss.* de quibus est *lex nam & Imp. D. de donat. int. vir. & uxor.* Sequitur *lex pen.* Quidam ita scripsit, *ille heres esto sub conditione infra scripta*, nec ullam conditionem infra scripsit, ait Justinianus in hac *l. penult.* si nulla inveniatur conditio infra scripta, puram esse institutionem, sive data opera, sive oblivione, sive præveniente morte conditionem testator omiserit, nullius momenti esse pollicitationem conditionis. Et hoc confirmat ex responso D Papiniani, id est, ex *l. cum pater, §. ult. de leg. 2.* Cujus species hæc est: Quidam legavit vicum Reipub. Vicum, non pagum: nam pagus significat provinciam. Unde in idiotismo dicimus *pays*. Pagi nomine significatur universitas civitatum apud bonos auctores, Plinium, Cæsarem, Tacitum: & inde in testamento Caroli magni, pagus Turnnicus, Cabilonensis, Matisconensis. Igitur magna est differentia inter vicum, & pagum: vicum inquam, Reipublicæ quidam legavit, cujus fines infra scriberet, nec infra fines ullos scripsit, & certum tamen est, quem vicum legaverit, nec sunt ejus vici fines incogniti: an debetur legatum ob prætermissam circumscriptionem finium, quam testator pollicitus est? Et Papinianus respondet non ideo minus valere legatum, quod fines non scripserit: & ita etiam non ideo minus valet E institutio, quod nulla, ut pollicitus erat testator, infra fuerit inscripta conditio, quinimo institutio pro pura habetur. Neque obstat *l. quotiens, §. tantundem, de hered. instit.* quæ valde cruciat Accursium, quæ lex ait, eum pro instituto non haberi, qui heres scriptus est pure, cum testator eum destinasset scribere sub conditione. Sed nihil est, quod tam facile expediri possit, si dicamus breviter, & perspicue, in illo *§. tantundem* errorem fuisse, quoniam pure fuit scriptus, quem testator scribere voluit sub conditione, quoniam minus scriptum est, quam dictum fuerit. Error hic vitiat institutionem quasi non videatur scripta ex judicio defuncti. In specie autem *l. pen.* nullus fuit error, sed oblivio polliciti tantum, vel omissio consulta, vel præstandi polliciti morte præ-

præcepta facultas. Et nihil est præterea, quod necesse sit adnotare ad l. penult. Pergamus ad l. ult. cujus species elegantissima, & utilissima.

Ad L. ult. Cum quidam prægnantem *habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adjecit, si non postumus fuerit natus, alium sibi heredem esse, postumus autem natus, impubes decessit: dubitabatur, quid juris sit? tam Ulpiano, quam Papiniano viris disertissimis, voluntatis esse quæstionem scribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse postumo nato, & impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire successionem, quam substitutum: Si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit, multo magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi postumus natus, adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit.*

Lex ultima est de substitutione directa, quod facile fero propter vicinitatem tit. seq. qui est de substitutionibus directis: Nam & cæteræ omnes leges hujus tituli sunt *de institutione, & substitutione precaria, & de conditionibus in eis appositis.* Qua de causa in rubrica ipsa *de instit. & substit. seu restitutionibus*, opinor articulum (*seu*) additum, explicandi, non ampliandi causa, & *ἓν διὰ δυοῖν*, in *l.6.* substitutioni, vel restitutioni, id est, substitutioni precariæ, & in *l.7.* quæ Græca est, *ἀποκατάστασιν ἢ ὑποκατάστασιν*, restitutioni, vel substitutioni. Sciendum est, ut accedamus ad quæstionem hujus *l. ult.* in substitutione vulgari, quæ fit filio impuberi à patre herede instituto, tacite inesse substitutionem pupillarem, & vicissim in hac illam, id est, vulgari inest tacita pupillaris, & pupillari tacita vulgaris: quod an ita esset, non erat olim certum, ut constat ex notissima illa Curiana, cujus multis in locis mentionem faciunt Cicero, & Fabius. Sed hodie ex constitutione divorum fratrum certum est in vulgari inesse pupillarem, & vicissim in hac illam, unius casum duci ad casum alterius in *l. 2. §. pen. l. jam hoc jure, de vulg. & pupil. subst. l. quamvis, tit. seq.* Ergo omnis substitutio directa, quæ fit filio impuberi heredi instituto, est substitutio duplex, id est, substitutio vulgaripupillaris, ut Theophilus loquitur. Et ita postumo herede instituto, & dato substituto in hunc casum: *si mihi postumus non nascetur*, qui est casus substitutionis vulgaris, eventus causa: postumo nato, & impubere defuncto (qui est casus pupillaris) substitutus, etiam si in eum casum non sit nominatim substitutus, admittitur ad heredem pupilli ex tacita pupillari, quod utique verum est, si postumi mater non supersit, quæ ab intestato ex SC. Tertulliano vindicet hereditatem pupilli. Nam si mater ei superstit, si mater vivendo pupillum vicerit, quæstionis est, an matri præferatur substitutus ex tacita pupillari: ex expressa pupillari veniet substitutus proculdubio, & excludet matrem. Quæstio est, an etiam qui venit ex tacita pupillari excludat matrem pupilli. Hæc est quæstio hujus legis, cujus species hæc est. Qui habebat uxorem prægnantem, moriens eam heredem scripsit ex parte, & postumum ex alia parte, & adjecit substitutum vulgarem, his verbis: *Si mihi postumus non nascetur, in locum, partemque ejus L. Titius heres esto.* Natus est postumus, & mox decessit impubes. Quæritur, quis ei succedet, utrum substitutus ex tacita pupillari, an mater ex SC. Tertulliano? Ulpianus, & Papinianus, ut refert Justinianus, dicebant, quæstionem esse voluntatis, id est, facti, non juris. Nam quid voluisset testator, judici existimandum esse in *l. 14. sup. de donat. inter vir. & uxor. in l. 2. sup. plus val. quod agi. l. voluntatis, inf. de fideicommiss.* Et Papinianus quidem, ut ait, opinabatur, hoc potius voluisse testatorem, nato postumo, & impubere defuncto, ut mater ei succederet, non substitutus, tum quia heres erat adjecta, tum etiam, quia summus luctus ad eam perveniebat morte filii impuberis, ut etiam ad eam rediret luctuosa hereditas filii, excluso substituto. Hoc opinabatur, inquit, Papinianus. Nam postea dicit, Papinianum de hac re dubitasse; hoc igitur opinabatur, non quasi certus, sed quasi dubitans: Opinari enim est dubitantis, *l. 1. §. pen. de contr. tut. & utili act.* Et in Andria: *Opinor, narras? non recte accipis, certa res est*, inquit. Justinianus autem in hac *l. ult.* ex opinione Papiniani certum jus facit, & statuit, tacitam pupillarem non excludere matrem: non esse igitur eandem vim expressi, & taciti, quod evenit sæpissime in jure, ut plus possit expressum, quam tacitum, *l. 2. quibus mod. usufr. amit. l. creditor, §. si inter, mand.* Expressam autem pupillarem excludere matrem in *l. precibus, tit. seq.* tacitam pupillarem non excludere. Imo contra, matrem excludere tacitam pupillarem, aut eum, qui venit ex tacita pupillari. Quod utique verum est indistincte, ut ostendit *d. l. precibus*, sive testator fuerit miles, sive paganus, sive mater sit coheres adjecta filio, ut in specie *l. ult.* sive non. Nam etsi non sit adjecta coheres filio, à successione filii impuberis non repelletur per tacitam pupillarem: ut repellatur exprimi oportet casum substitutionis pupillaris, quia non est testamentum filii, quoniam filius ipse id sibi non fecit, sed pater id ei fecit. Non potest queri mater de testamento, quod maritus fecit, *l. Papin. §. sed neque imp. ff. de inoff. test.* Non poterit etiam mater, si sit expressa pupillaris substitutio, ullam desiderare portionem à substituto in bonis filii impuberis, *c. si pater, de testam. lib. 6.* Expressa igitur pupillaris omnimodo excludit matrem, tacita vero nullo modo excludit. Alium heredem legitimum excludet, matrem autem non excludet: hoc tantum datum est pietati maternæ, non cuilibet. Neque huic definitioni quicquam obstat *l. Lucius, in fin. de vulg. & pup. subst.* illo loco, *alter si ejusdem ætatis liberi, &c.* (†) Sane non obstat, si abesse debet ea extrema clausula à lege *Lucius*, quemadmodum certe abest à Pandectis Florentinis, & videtur ex ora libri irrepsisse in contextum: sed retineamus eam clausulam, quoniam & ratione subnixa est, & proponemus speciem illius extremæ clausulæ. Duo sunt filii impuberes heredes instituti à patre, & invicem substituti his verbis communibus, & generalibus, *vos invicem substituo: ille, & ille filii mei heredes sunto, quos invicem substituo*, quæ dicitur substitutio mutua, & recurrens, sive reciproca, quæ quidem continet utramque substitutionem, vulgarem, & pupillarem. Hæc verba comprehendunt casum primum, & secundum substitutionis, ut si alter ex fratribus heres non sit, vel si heres sit, & moriatur impubes, ut ejus portio perveniat ad superstitem. Finge alterum mori impuberem. Quis ei succedet, mater, an frater? ex tacita pupillari, quæ inest huic orationi, *vos invicem substituo*, lex ait hereditatem pertinere ad substitutum, non ad matrem. Ergo inquiunt, tacita pupillaris, quæ diserte non fuerat expressa, excludit matrem. Sic sane in ea specie: quia substitutus non venit contra verba substitutionis, quandoquidem hæc verba generalia, *vos invicem substituo*, admittunt utrumque casum, & quasi quodammodo exprimunt. Igitur merito præfertur matri, quæ venit contra verba. At in specie nostra, uno tantum casu expresso, puta vulgari, *si heres non erit, ille heres esto*, qui venit ex tacita pupillari, venit contra verba, & ideo non excludit matrem, nisi probet aliam fuisse voluntatem defuncti. Res est evidentissima. Observandum in hac re, multum interesse substitutio reciproca fiat à pagano, an à milite. Nam si substitutio reciproca, hac communi oratione, *eosque invicem substituo*, fiat à pagano duobus liberis impuberibus, est duplex substitutio, id est, vulgaris, & pupillaris. Si fiat uni puberi, alteri impuberi, si imparibus personis, ut ajunt, substitutio facta tantum videtur in eum casum, qui utrique personæ utiliter congruit. Is autem est casus vulgaris substitutionis, non pupillaris. Nam casus pupil-

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 37.*

pupillaris alteri tantum convenit, puta impuberi. Ergo cum ita substituitur puberi, & impuberi, *vos invicem substituo*, hæc substitutio est tantum vulgaris, non pupillaris. Et hoc si paganus testamentum fecit. Nam receptum est, ut paganus non possit substituere directo puberi in secundum casum, non possit facere testamentum puberi in secundum casum, sed impuberi tantum filio: ut igitur paganus non possit substituere puberi in secundum casum verbis directis: miles autem, ut possit non inutiliter etiam puberi substituere directo in secundum casum. Cæterum non valebit substitutio, nisi jure fideicommissi, verbis directis inflexis ad fideicommissi causam, quod explicabitur in *l.precibus*, *tit.seq.* Nunc finge: militem instituto filio pubere, & filio impubere, qui utique potest substituere in utrumque casum, & non inutiliter eos invicem substituere, communi verbo, *vos invicem substituo*. Quæritur, an hæc substitutio dicatur esse duplex? Minime, cum scilicet sint personæ dispares, unus pubes, alter impubes. Miles præsumitur tantum substituisse vulgariter hoc communi verbo, *vos invicem substituo*, non pupillariter, & incumbit probatio puberi fratri, ut scilicet doceat, militem etiam voluisse comprehendere substitutionem pupillarem. Alioqui, si hoc non probaverit, dicemus eam substitutionem reciprocam tantum esse vulgarem, non pupillarem, *l.in testamento*, *sup. de testam.mil.*



AD TITULUM XXVI.
DE IMPUB. ET ALIIS SUBSTITUT.

DIXIT superiori titulo de substitutionibus precariis, & conditionibus earum: hoc titulo dicturus est de directis, quæ post institutiones sequentem partem, locumve in testamentis occupant, de quibus etiam ante dixit in *l.ultim. tit. super.* ut hoc veluti nodo hunc ei connecteret. Et ut primum constituamus quid sint: directæ sunt institutiones heredum, quas vel nobis ipsis fecimus in priorum locum, vel quibusdam liberis nostris non habentibus testamenti factionem: his verbis duo tantum notantur casus substitutionum, ut in *l.precib.hoc tit.*qui & eventus dicuntur, *l.jam hoc jure*, *eod.tit.* & causæ, *l. cum ex filio*, *§.filio*, *D. eod.* Primo casu, si primo gradu institutus, heres esse nolit, aut non possit, in locum ejus alium nobis heredem substituimus. Et hæc est, quæ dicitur substitutio vulgaris, quod fiat communi jure à quolibet, & cuilibet, ex l.12.tabul. Nam hæc verba l. 12.tab. *Paterfam. uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ, ita jus esto:* & instituendi, & substituendi heredis in locum priorum tribuunt potestatem; imo & legandi, & substituendi legatariis, *l.ut heredibus*, *de leg.2.* Atque etiam tutoribus, hoc pacto, *ille filii mei tutor esto*, *si non erit, ille tutor esto*, *l.pen. de testamen. tut.* Et inde etiam fit, ut fiat substitutio vulgaris in fideicommissis, & donationibus causa mortis, quæ instar fideicommissi sunt, *d. l.ut heredibus*. Secundo autem casu substitutionis, si liberi nostri moriantur, antequam habeant testamenti factionem, puta impuberes, aut mente capti, heredem eis damus, quem substitutum vocamus, quod post heredem, quem nobis instituimus prima parte testamenti eum subjiciamus, & substituamus liberis, quos in potestate habemus, ita ut duo testamenta sint, unum, quod facimus nobis, alterum, quod facimus liberis impuberibus, quorum potestatem habemus, quod dicitur pupillare testamentum, pupillaris substitutio, pupillares tabulæ, secundæ tabulæ. Paulus scripsit librum singularem de secundis tab. id est, de substitutionibus pupill. Nam secundarum tabularum appellatio non convenit, nisi pupillari substitutioni. Vulgaris substitutio locum primarum, & principalium tabularum obtinet, quibus testator potissimum sibi heredem facit, non alii. Et latior est secundi heredis, quam secundarum tabularum appellatio. Nam & substitutus vulga-

A ris, quod inferiore parte testamenti scribatur, secundus heres dici potest, imo & coheres: qui adjicitur heredi primo loco scripto, secundus heres appellatur, licet uterque sit in primo gradu, *l.si is, qui testam. qui test. fac. poss.* At secundæ tabulæ dicuntur tantum de pupillari substitutione: pupillares etiam tabulæ uno tantum loco, id est in *l.si mater, de vulg. & pupill.subst.* τροπικῶς dicuntur substitutiones pupillares de substitutione vulgari, quod in specie hujus legis in vulgari substitutione insit casus substitutionis pupillaris, puta si impubes decesserit, non etiam vis, & natura substitutionis pupillaris, qua datur heres pupillo, cum vulgari testator ipse det heredem sibi, non pupillo. Sed quia dando sibi heredem, id est, instituto substituendo vulgariter, vult huic substitutioni inesse hunc casum, si institutus impubes decesserit, eatenus videntur posse appellari pupillares tabulæ, quibus

B continetur tantum vulgaris substitutio, non vis, & natura substitutionis pupillaris; Nam species hæc est: Mater, quæ non potest facere pupillo secundas tabulas, sive substitutionem pupillarem, quia non habet filios in potestate, & hoc tantum datum est patribus, in quorum potestate sunt impuberes: nec enim emancipatis licet hoc genere substituere: moribus receptum est, ut parentes substituant hoc modo in secundum casum, *l.2. ff.h.t.* quia & moribus recepta est patria potestas, *l.patre*, *de his, qui sui*, *ve alieni juris*. Ergo mater, quam constat non posse filio impuberi substituere in secundum casum, eum ita heredem instituit, *Filius meus*, *cum pubuerit mihi heres esto*, & adjecit substitutionem vulgarem, *si mihi filius heres non erit*, *Cajus heres esto*: in his verbis, si mihi he-

C res non erit, tacite inest ille casus, *si impubes decesserit*, quoniam noluit eum heredem esse, nisi puberet. Et ideo, quia inest hic casus vulgari substitutioni, quodammodo existimari possunt hæ tabulæ esse pupillares, cum effectu tantum sit vulgaris substitutio, quandoquidem sibi, non pupillo heredem facit. Pupillum, scilicet in primis, & si is non sit heres (qui est manifestissimus casus vulgaris substitutionis) alium substituit. Notandum est, ad exemplum substitutionis pupillaris, in similem casum posse patrem substituere, sive testamentum facere liberis mente captis, si continua animi agitatione, omni intellectu careant. Et hoc est ex constitutione Justiniani in *l. humanitatis*, *h.t.* Nam moribus hoc tantum datum erat parentibus, ut testamentum facerent liberis impuberibus in hunc casum, *si impuberes decederent*, *ante adeptam te-*

D *stamenti factionem*, non etiam mente lapsis in similem casum, *si mente capti decesserint*, *nondum recepta sanitate*, nisi scilicet ex beneficio principis, quod dedisset patri, ut faceret testamentum filio mente capto, hoc erat precibus oblatis petendum à Principe, *l. ex facto, D. hoc tit.* Hodie nihil opus est venia principes. Sed ex constitutione Iustin. sicut pater ipso jure impuberibus liberis, quorum potestatem habet, ita mente captis testamentum facere potest in secundum casum. An etiam poterit pater filio muto, aut surdo substituere in secundum casum? Nam & mutus, & surdus testamenti factionem non habent. Et ex beneficio quidem principis, etiam muto, aut surdo filio, qui sibi heredem facere non potest, heredem faciet pater, *d. l.ex facto*. Vel etiam ipsemet mutus, aut surdus sibi faciet testamentum ex beneficio sin-

E gulari principis, *l.7. qui testam. fac. poss.* Opus est venia principis, quia deficit constitutio, nam ipso jure non fit substitutio in secundum casum, nisi liberis impuberibus, quos in potestate habemus, aut mente captis. In primum casum fit omnibus & extraneis, & liberis, & inde vulgaris nomen: quæ fit pupillis, aut mente captis, fit proprio jure, non vulgari. Et secundum hæc videmus, esse tantum duos casus substitutionum. Si igitur spectes substitutionum casus, duæ tantum sunt species, & vero casus potissimum spectari oportet. Nam in causa substitutionis, ex causis sumendæ sunt divisiones. Cum igitur non sint aliæ causæ substitutionum, nec etiam sunt aliæ substitutionum species. Sed si personas spectes, quibus fiunt substitutiones, aliæ fiunt impuberibus, aliæ mente

captis

captis ipso jure; aliæ mutis, aut surdis ex beneficio principis, liberis scilicet, qui sunt in potestate testatoris, & indistincte, sive sint heredes instituti, sive exheredati, licet patri facere testamentum ei, qui nihil ipse dat de suo, & est, quod habeat ei gratiam filius, cujus interest quodammodo ne moriatur intestatus: Captabant enim gloriam ex testamentis propriia, nec facile moriebantur intestati, vel ut venientibus etiam ab intestato deferrent ipsi hereditatem ex testamento, vel quemadmodum lex pro nobis intestatis testatur, mallent ipsi, quam, ut lex præscribit, quasi supervacuo testati, suoque potius nomine legitimis heredibus, quam legitimo deferri, ut hanc heredes haberent gratiam memoriæ defuncti. Aliæ igitur fiunt liberis impuberibus, aliæ mente captis ipso jure, aliæ mutis, aut susdis principis beneficio, sive heredes instituti sint, sive exheredati. Et iis omnibus fiunt substitutiones in secundum casum: aliæ autem fiunt extraneis, vel etiam liberis quibuscunque heredibus institutis tantum in primum casum. Nam in persona exheredati ridicula est substitutio vulgaris. Et rursus hæ substitutiones, vel fiunt specialiter alterutro casu expresso, quæ simplices substitutionea dicuntur, ut, *si primus heres non erit, ille heres esto*, simplex est vulgaris substitutio: *si heres erit, & impubes decesserit*, vel cum fit exheredatis, *Si impubes decesserit*, est simplex pupillaris: vel fit etiam utroque casu expresso, primo, & secundo, quæ dicuntur duplices substitutionea, id est, vulgari-pupillares, vel fiunt neutro casu expresso, generaliter, & compendio orationis, veluti *heredes meos invicem substituo*, vel hoc modo: *Illum illi substituo, ut l. precibus, hoc tit.* nullo expresso casu substitutionis, in qua lege est legendum (*compendio*) non compendiosa, id est, compendio orationis, *l. Mævius, §. duorum, de leg. 2.* Compendio orationis substituo, dum dico, *illum illi substituo*, ubi quæritur, quia hoc compendio orationis casus comprehendatur, & an uterque in *d. l. precibus*, vel etiam fit substitutio nullo casu expresso rectissime, veluti, *Sempronius Plotii heres esto*, cum prius est Plotius à testatore institutus heres, *l. ult. sup. de hered. instit.* vel etiam cum Plotius est testatoris filius impubes. Denique & hæc, & illa substitutio potest fieri nullo casu expresso. Nam in testamentis idem est expressisse, & intellexisse, *l. sed si non alias, de leg. 1. l. 6. de assignand. lib.*

Ad L. I. Cum heredes ex disparibus *partibus instituti, & invicem substitui sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio, verum est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt.*

LEx est Titi Ælii Antonini Pii de vulgari substitutione, ut si sint tres heredes scripti ex disparibus partibus, primus ex uncia, secundus ex quadrante, tertius ex besse, & invicem substituti sint, non adscriptis partibus, tertio repudiante, qui est scriptus ex besse, primus, & secundus ex besse, qui vacat, ferant partes, bessemque inter se partiantur pro ratione partium, ex quibus heredes instituti sunt. Ita ut primus ex illo besse ferat sextantem, secundus semissem, id est, duplo plus habeat secundus, quam primus, ut qui majorem partem ex institutione fert, & majorem ex substitutione ferat. Imo vero ita partiendus est bes, ut quemadmodum ex institutione secundus habet plus duplo, quam primus, quoniam primus habet unciam, ipse habet tres uncias, id est, duplum supra unciam: ita in substitutione primus feret sextantem, secundus semissem, quia scilicet testator videtur easdem dedisse in substitutione, quas in institutione expressit. Hæc est sententia *l. 1.* cui etiam congruit *§. si ex disparibus, Instit. de vulg. substit. & l. si plures, l. coheredi, §. 1. eod. tit.* Denique, qui tulit majorem partem ex institutione, feret etiam majorem ex substitutione. Et major intelligitur non tantum, quæ ab initio est major, sed quæ postea fit major, veluti per jus adcrescendi, *l. 5. eod.* Quoniam quod adcrescit, etiam ex voluntate defuncti proficiscitur. Et ita sæpissime in jure: quam quis legem dixit primo gradui, aut primæ scripturæ, eandem videtur etiam dicere, licet eam omittat, sequentibus. Conditio data instituto, videtur etiam data substituto vulgari, aut legatum datum ab instituto, videtur etiam datum à substituto vulgari, *l. licet, de leg. 1. l. cum pater, §. ab intestato, de leg. 2.* Mutua, sive reciproca substitutio facta in hereditate, videtur etiam facta in fideicommisso sequenti, *l. cum proponebatur, de leg. 2.* Conditio imposita institutioni, videtur imposita legato, *l. ult. §. ult. de dol. except. l. cum servus, de condi. institut.* Et imposita legato, videtur etiam tacite repetita in translatione legati, *l. legatum sub conditione, de cond. & demonst.* Et ita non est mirum, si partes adscriptæ in institutione, intelligantur repetitæ in substitutione. Posui speciem in tribus heredibus scriptis ex disparibus partibus. Nam in duobus heredibus non potest poni species, in quo erravit Theophilus. Nam, verbi gratia, si primus heres sit institutus ex besse, secundus ex triente, vel primus ex septunce, secundus ex quincunce, repudiante primo, qui majorem partem habuit in institutione, integer bes, aut septunx, alio non concurrente herede, pertinebit ad secundum, non pro triente tantum, aut quincunce, alioquin testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod abhorremus. Igitur non potest poni exemplum, nisi in tribus heredibus, aut pluribus. Loquitur lex, ut dixi, de vulgari substitutione, sed idem est in pupillari, quæ fit hoc modo. *Quisquis mihi heres erit*, cum plures heredes scripsisset ex disparibus partibus, *idem filio impuberi heres esto*. Filio impubere mortuo, substituti easdem partes sunt habituri in hereditate filii, quas habent in hereditate patria, *l. si in testamento, l. qui liberis, §. ult. l. si plures, de vulg. & pupill. substit.* Idemque sequimur in substitutione precaria, ut constat ex *l. Lucius, §. Mævia, & l. quotiens, ad SC. Trebell.* ut si sint plures heredes, & unus rogetur partem suam restituere heredibus, restituet servata ratione partium, ex quibus coheredes instituti sunt, nec fient inter eos æquales partes, sed quales eis sunt adscriptæ in institutione. Sed semper est addenda hæc exceptio, nisi alia mens fuerit testatoris, ut in *d. l. si plures*. Et mirum est quod adiecit, *nisi fuerit alia voluntas testatoris, quod vix credendum est*, ut alias scilicet voluerit portiones servare in substitutione, quam in institutione, nisi sit evidenter expressum. Et placet, quod ait, *vix*: Nam etsi non sit evidenter expressum, si modo evidens sit voluntas defuncti, dicemus in substitutione æquales, aut viriles partes, quæ personales dicuntur, esse servandas, non hereditarias: ut in hac specie: si sint quatuor heredes, primus, secundus, tertius, & quartus ex disparibus partib. & primus, & secundus rogati sint ex die certo restituere hereditatem cæteris coheredibus suis, acceptis ab unoquoque decem. Hic ratio postulat, ut dandi, & accipiendi eadem sit proportio, voluit æquales partes pecuniæ fideicommissarios dare, id est, singulos decem. Ergo voluit eos invicem accipere æquales partes fideicommissi, ut eadem servetur ratio in accipiendo, quæ est expressa in dando à tellatore, ut eandem partem servarent fideicommissarii, *d. l. quotiens*. Conjectura recta ducitur ex comparatione dationis, & acceptionis, & ex qualibet alia comparatione, ut in *l. 1. de reb. dub.* Item alio casu videtur evidens esse voluntas testatoris, ut in substitutione precaria fiant inter substitutos fideicommissi æquales partes, non quales iidem fideicommissarii habuerunt in institutione, cum essent coheredes, & fideicommissarii: videlicet si eorum propria nomina expresserit, dicendo, *Rogo vos primus, & secundus, tertio, & quarto restituere hereditatem*. Hoc casu fideicommissum tertius, & quartus ex æquo inter se partientur, quia enumeratio personarum exæquat eos in fideicommisso, vel substitutione precaria, ut in aliis omnibus causis semper in jure enumeratio personarum exæquat personas, *l. si heredes nominatim, de leg. 1. l. qui fundus, de condit. & demonstrat.*

Enumeratio personarum tantum ; non expressa , aut non animadversa qualitate earum , qui exprimit earum propria nomina Titio , aut Cajo , *restituito*. Enumeratio, inquam , personarum exigit , ut personales partes etiam fiant , id est , æquales : secus si dixisset , *coheredibus restituito*. Hæc appellatio desideraret inter eos fieri divisionem fideicommissi pro ratione partium,ex quibus heredes scripti sunt , ut ostendit *l.nonnunquam, ad SC. Trebell.*

Ad L.II. Hereditatem quidem *defuncti intestati filii , delatam tibi dubitari non oportet . Substitutio enim testamento patris facta, ad pubertatis tempora porrigi non potest : quia ipso, & aliis non ejusdem conditionis heredibus institutis,& invicem substitutis,propter eorum personam,quibus in unum casum duntaxat substitui potest , etiam in filio debere idem servari , & ratio suadet , & divus Marcus pater constituit.*

Ad L.IV. Quamvis placuerit *substitutionem impuberi , qui in potestate testatoris fuerit , à parente factam ita :* si heres non erit , *porrigi ad eum casum , quo postea quam heres extitit , impubes decessit , si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur: cum tamen proponas ita substitutionem factam esse ,* si mihi Firmianus filius , & Ælia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt , in locum eorum Publius Firmianus heres esto : *manifestum est in eum casum factam substitutionem , quo utrique heredum substitui poterit .*

Lex 2. est de impuberum', & aliis substitutionibus , & etiam de vulgari substitutione . Si testatur duos filios impuberes , quos habet in potestate , heredes instituerit , & invicem substituerit generaliter , certi juris est ea verba , *vos invicem substituo* , complecti utrumque casum , utramque substitutionem , & vulgarem, & pupillarem, *l.jam hoc jure, de vulg.& pupill.* Sed si uterque filius non sit in potestate patris , si unus ex eis sit in potestate , puta filius legitimus , quæsitus ex justis nuptiis, alter sit sui juris , puta filius naturalis tantum . Si , inquam , filium legitimum , & naturalem , cum uterque esset impubes instituerit , & invicem substituerit , ea verba substitutionis reciprocæ, continent tantum eum casum , quo utrique substitui potuit , is est primus casus . Nam in secundum casum ei, qui est sui juris substitui non potest , substituimus in secundum casum liberis tantum, quos in potestate habemus, non naturalibus , quos in potestate non habemus , non liberis emancipatis , qui exierunt potestate nostra . Est igitur illa substitutin reciproca , simplex substitutio vulgaris , & consequenter mortuo impubere , qui erat in potestate patris , mater ei succedet ab intestato ex SC. Tertull. excluso filio naturali tantum , qui in eum casum non intelligitur esse substitutus , & qui etiam ab intestato non excludit matrem , quod maxime notandum . Frater uterinus non excludit matrem , frater naturalis non excludit matrem ab intestato, sed frater consanguineus tantum , *§. frater, Instit. de SC. Tertull. l.3. §. si mater , de Carbon. edict. l. 2. C. Theodos. de secundis nupt.* Excluso igitur fratre naturali , omnimodo mater rem filii intra pubertatem defuncti obtinebit ab intestato. (†) Et hæc est sententia *l.Lucius, de vulg. subst.* In qua vulgo adjiciuntur hæc verba (*aliter , si ejusdem ætatis liberi , &c.*) hæc , inquam , clausula, de qua hodie est magna contentio,merito abest à ff. Florentinis, & Noricis . Quia dum ait , *aliter* , videtur velle opponere casum adversum superiori , & non opponit tamen . Nam & supra proponitur , *si ejusdem ætatis liberi* , id est , impuberes . Denique Paulus in *d. l. Lucius* , posuit patrem fecisse substitutionem reciprocam filiis impuberibus , legitimo , & naturali , ubi legitimum vocat quæsitum ex justis nuptiis , filium justum , & legitimum , non filium adoptivum , ut Augustinus opinatur , cum tractat de matre ejus, uxore defuncti . Naturalem a. vocat quæsitum in servitute, cum servitutem serviret pater, ex ancilla, ex contubernio , vel quæsitum ex concubinatu , qui & ipse hoc jure , id est , ante constitutiones Christianorum solidi capacitatem habuit ; sicut quilibet extraneus : ex iis constitutionibus filii naturales solidi capacitatem non habent ex testamento patris . Naturales igitur liberi , de quibus egit supra Paulus, sunt etiam ejusdem ætatis , id est impuberes , sed non sunt ejusdem conditionis . Unus enim est in potestate, alter sui juris. Proinde igitur ex adverso ita debuit constitui casus . *Aliter si ejusdem conditionis liberi* , congruenter superioribus , vel, *aliter si ejusdem conditionis , & ætatis liberi*. Sed & quia non satis est , eam clausulam non congruere superioribus , demonstrabimus etiam eam clausulam esse supervacaneam . Nam & ita posito casu adverso , ut fuerint ejusdem conditionis , ut fuerint in potestate patris , ambo legitimi, impuberes ambo , stultum est adnotare, altero mortuo impubere , fratrem jure substitutionis reciprocæ matri præferri , cum & in legitimo jure , id est , jure intestati matri præferatur , quia est frater consanguineus , & ut ante dixi , frater consanguineus excludit matrem , & repellit commodo SC. Tertull. Frater naturalis, ut ante docuit Paulus, qui non fuit in ejusdem patris potestate , neque jure substitutionis , quæ intelligitur tantum in casum vulgarem facta , neque jure intestati præfertur , quia non est consanguineus , non est agnatus , quæ omnia valde sunt notanda : Nam explicant totam *l. Lucius* . Eadem est ratio *l. 2.* Cujus species hæc est : Pater filium impuberem , quem solum habebat, & Titium , & Cajum extraneos sibi heredes instituit , eosque invicem substituit . Lex ait , heredes non fuisse conditionis ejusdem , qua nomine significatur , non fuisse status ejusdem , nimirum, quia filius fuit in potestate patris , coheredes fuerunt sui juris. Et ideo ait, mutuam substitutionem factam videri in primum casum tantum, quod iis, qui erant sui juris, non potuerit fieri in secundum casum . Atque ita propter extraneos coheredes , quibus non potuit substitui in secundum casum , ex illis verbis : *vos invicem substituo* , debet eadem ratio servari in filio , ut videantur coheredes ei substituti in primum casum tantum , sicut ipse est coheredibus substitutus tantum in primum casum . Quia absurdum est in filio esse duplicem substitutinnem , in coheredibus solam vulgarem . Ideoque mortuo filio impubere , mater ei succedet ab intestato , exclusis coheredibus institutis , qui in hunc casum substituti non intelliguntur , sed in primum tantum , si filius se abstineret ab hereditate paterna , quem ponimus patri heredem extitisse, sed intra pubertatem decessisse vita , hæc est sententia *l. 2.* Addamus ex *l.jam hoc jure, ff.eod. tit. & l.6. sup. de testam. milit.* idem nos sequi vel observare , si pater duos filios , quos habet in potestate , unum puberem , alterum impuberem , non ergo ejusdem ætatis heredes instituerit , & invicem substituerit , quia in eum tantum casum videtur substituisse eos invicem , quo utrique pari ratione substitui potest , id est , in vulgarem casum , propterea quod à pagano testatore puberi directa fit substitutio frustra prorsus , & inutiliter, *l. verbis , de vulg. subst.* Et licet à milite puberi substitutio directa non fiat inutiliter , quod jure fideicommissi sustineatur , *l. precibus , hoc tit.* facta tamen à pagano in secundum casum substitutio , nullo jure sustinetur . Licet igitur facta à milite puberi non omnino sit inutilis, tamen in specie *l.6. sup. de testam. milit.* si à milite frater pubes, & filia ejusdem militis impubes, instituti, & invicem substituti sint , ea substitutio reciproca valet tantum jure substitutionis vulgaris , non pupillaris . Et ideo, si filia heres extiterit patri , & impubes decesserit , mater ei succedet ab intestato , excluso fratre defuncti, patruo filiæ : nisi , inquit , probaverit patruus aliam fuisse voluntatem militis, ut scilicet fratrem, & filiam invicem substitueret in utrumque casum , & eventum . Probandi onus incumbit patruo . Ergo jure etiam præsumimus militem , qui invicem substituit puberem, & impuberem , eos tantum voluisse substituere vulgari modo , non altero . Et ita explicanda est lex sexta . Nunc tempus est , ut iis addamus interpretationem legis 4. *hoc tit.* quod in illa eadem etiam servetur ratin juris.

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.1. cap.23.*

ris. Primum proponitur in ea *l.* in vulgari substitutione facta filio impuberi à patre, quem habet in potestate, contineri tacitam pupillarem, & in pupillari vicissim tacitam vulgarem, ut in *d. l. jam hoc jure*, nisi, inquit *l.* 4. probetur aliam fuisse voluntatem defuncti, ut scilicet in eum tantum casum valeret substitutio, qui exprimeretur, non in casum omissum, alioquin casus vulgaris, qui solus exprimitur, *si heres non erit*, ducitur etiam ad casum pupillarem, *si heres erit, & impubes decesserit*. Et secundus pupillaris, qui solus exprimitur, *si heres erit, & impubes decesserit*, ducitur tacito intellectu ad casum vulgarem, *si heres non erit*, nisi probetur aliam fuisse voluntatem defuncti. Et videtur alia fuisse mens defuncti, si in singulos casus filio impuberi, singulos substitutos dederit, veluti, *si filius heres non erit, Cajus heres esto. Si filius heres erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto*: Nam cum ita proprium det filio substitutum in secundum casum, non videtur substitutum ei in primum, etiam substituisse in secundum. Expressum inquiunt DD. facit cessare tacitum, *l. cum ex filia*, *§. fil. de vulg. substit.* Alioquin si Cajus solus substituatur filio in hunc, vel illum casum, non etiam in utrumque casum nominatim. Substitutus vulgariter intelligitur etiam substitutus pupillariter, videlicet si soli filio impuberi fecerit substitutionem vulgarem: Nam trahitur vulgaris etiam ad pupillarem. Sed si filium, & uxorem instituerit, quæ est species hujus legis 4. & vulgari modo ita eis substituerit, *si filius, & uxor heredes non erunt, in locum eorum Cajus heres esto*. In hac substitutione vulgari non inest tacita pupillaris, quia pupillaris non potuit fieri uxori. Igitur in eum tantum casum valet substitutio, quo utrique pariter substitui potest, id est, in casum expressum, qui fuit vulgaris, non in casum omissum, qui est pupillaris, in quem uxori non substituimus, vel extraneo, vel puberi filio. Denique mortuo filio intestato, hereditas filii pertinebit ad matrem, non ad Cajum substitutum vulgariter tantum, vel deficiente matre pertinebit ad alium legitimum heredem filii: Hæc est sententia *l.* 4. Cui Accursius non male opponit *l. falsa, §. ult. de cond. & demon.* cui tamen non respondit ita, ut satisfaciat quidquam. Si testator separatim filio, & uxori heredibus institutis, substituerit in primum casum, hoc modo, *si filius heres non erit, Cajus heres esto*. In substitutione facta filio, non negabis inesse tacitam pupillarem, quæ tamen mortuo filio impubere non excludet matrem, alium tamen legitimum heredem filii excluderet, l. *ult. sup. tit. prox. & d. l. precibus*. Ergo ita separatim singulis, filio scilicet, & uxori facta substitutione vulgari, in ea, quæ facta est filio, tacita inest pupillaris, & valeret adversus alium legitimum heredem filii, non adversus matrem, cujus luctui, & mœrori hoc datur, ne ex tacita pupillari, ex tacito intellectu, quæ filium amisit, etiam amittat filii hereditatem, & bona, hæc est propositio. Assumptio est. Atqui pluralis ille sermo, qui proponitur in *hac l.* 4. *si filius, & uxor non erunt heredes*, pro eo debet accipi ac si divisim, & separatim dixisset ita, *si filius meus heres non erit, Cajus heres esto, & si uxor mea heres non erit, Cajus heres esto*. Sicut in specie *l. falsa, §. ult.* si quis ita legaverit: *Stichum, & Pamphilum do, lego, si mei erunt cum moriar*. Hic pluralis sermo pro eo accipi debet, ac si separatim Stichum, & separatim Pamphilum legasset, ut alienato Sticho vivo testatore, legatario supersit petitio Pamphili; qui fuit testatoris tempore mortis: cur non similiter etiam dividas illam scripturam, *si filius, & uxor hered. non erunt*. Quod si dividas, necessario sic fiet, ut quæ dicitur esse simplex substitutio *in hac l.* 4. nempe vulgaris tantum, in persona filii censeatur esse duplex, id est, vulgaris, & pupillaris. Sed ne circumscribamur, dissimiles sunt species *l. falsa, §. ult.* & hujus *l.* 4. Nam qui ita legat, *Stichum, & Pamphilum do, lego, si mei erunt cum moriar*, ita demum vult legatarium habere Stichum, si & Pamphilum habeat, nec aliter, cum sit in potestate legatarii si velit, cum uterque remansit in potestate testatoris, repudiare Stichum, & amplecti Pamphilum. At qui

A substituit conjunctim filio, & uxori vulgariter, noluit solum substitutum venire in locum filii, nisi veniret etiam in locum uxoris: cur enim juncta scriptura eis substituerit, considerandum est, & conjuncta scriptura utrique substituit in vulgarem casum, non alio fine, quam ut jus legitimæ successionis servaret matri in bonis filii, & substitutum vocaret repudiante utroque, vel abstinente se. Et ita est respondendum ad *l. falsa, §. ult.*

Ad L.III. Heres instituta *matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, & ab intestato bonorum possessionis jus habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde si substitutus hereditatem amplexus est, actionibus, quæ tibi adversus matrem competebant, ipsum convenire, non successionem ab intestato potes vindicare.*

B Ad L.V. Post aditam hereditatem *directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ, exspirare solent,*

LEx 3. & 5. quæ simul explicabuntur; pertinent etiam ad substitutionem vulgarem, & l. 3. docet hæc verba substitutionis vulgaris, *Si heres non erit*, sic esse accipienda, *si ex testamento heres non erit*. Nam si mater filiam heredem instituat, eique substituat, *si heres non erit*, & filia ex testamento non adeat hereditatem matris, sed ab intestato eam possideat ex SC. Orfitiano, locus est substituto vulgari, quia verum est, filiam ex testamento heredem non esse. Hæc est sententia *l.* 3. quæ confirmatur etiam *l. si filius meus, §. ult. si quis omiss. causa test. &* l. *filium emancipatum, de adq. hered.* Igitur in filiæ locum veniet substitutus, & filia, quæ ab inte- C stato adivit, vel possedit bona materna, non erit eorum heres, & bonorum possess. cum re, cum effectu, quia substitutio vulgaris excludit intestati successionem: ac similiter etiam substitutio pupillaris excludit intestati successionem, *l. 7. hoc tit.* quæ hoc tantum vult, substitutionem pupillarem, vel substitutum in secundum casum excludere legitimum heredem, *d. l.* 7. quæ est prima lex in *hoc tit. de pup. subst.* Nam præcedentes sex leges hujus tit. sunt de vulgari substitutione. Sequentes quinque sunt de pupillari. Adeo autem hæc substitutio pupillaris excludit legitimum heredem pupilli, ut & matrem ejus excludat, *l. 8. hoc tit.* Utraque est testamentum, substitutio vulgaris, & pupillaris. Substitutio vulgaris est testamentum meum, substitutio pupillaris est testamentum filii mei: & ubi est testamentum, semper cessat legitima suc- D cessio. Sed tamen hoc interest inter vulgarem, & pupillarem substitutionem, quod qui venit ex vulgari expressa, vel tacita, omnimodo excludat matrem heredis instituti, quia nulla fit injuria matri, cum ex substitutione vulgari tacita, vel expressa succedatur marito ejus, non filio. At expressa pupillaris excludit matrem, tacita non excludit, ut jam diximus. Unde apparet non semper esse eundem effectum expressi, & taciti. Et ita etiam in specie *l. 2. quib. mod. ususfr. amit.* si expressim, & nominatim legetur Titio ususfructus, *donec vixerit*, ususfructus repetitus videtur, forte legatario capite deminuto, nec exstinguitur capitis deminutione, aut si extinguatur, reviviscit protinus ex repetitione. Sed si simpliciter sit legatus ususfructus, nec additum sit, *donec vixerit*, quamvis hoc tacite insit (nam omnis ususfructus finitur morte legatarii) tamen ususfructus repetitus non videtur. E Non idem est effectus taciti, & expressi. Et sic etiam in *l. tale, §. 1. de hered. instit. l. servo libertatem, de condit. & demonstrat.* Si servum meum liberum esse jussero, & heredem sub hac conditione instituero, *si meus erit cum moriar*, & post testamentum eum vendidero: atque ita meus non sit mortis tempore, hereditas mea non sequitur emptorem, id est, emptor per eum servum non fit heres meus, propterea quod dixi nominatim, & diserte, ut ita demum esset meus heres, *si meus esset cum moreretur*. Atque etiamsi hoc non edixero nominatim, *si meus erit cum moriar*, tacite tamen inest illa conditio, *si in dominio testatoris permanserit, ut ita demum sit heres, & liber*, si testatoris fuerit tempore mortis: & tamen em-

ptor

ptor per eum servum fiet heres meus. Et generaliter ita concludit *l. servo libertatem*, sæpe numero mutari effectum rei, quamvis testator id expresserit, quod etsi non fecisset, inesset tamen. Et sic igitur non est mirum, si sit alius effectus expressæ pupillaris, longe alius tacitæ. Sed ut ad speciem *l. 3.* revertamur, filia, cui ex testamento matris hereditas deferebatur, si omittat testamentum, & ab intestato bona possideat materna, non erit heres ab intestato, aut bonor. possess. cum effectu, quia legitimæ successioni obstat substitutus vulgaris. Non erit etiam heres ex testamento, quia quæ omisit testament. & ab intestato matris bona possidere voluit, videtur penitus renuntiasse testamento, quia non ignoravit sibi ex testamento hereditatem deferri, & sciens, prudensque eam ab intestato amplecti, possidereque maluit. Igitur neque heres ei erit ab intestato, quia obstat ei substitutus vulgaris, neque ex testamento, quia noluit, quia lege maluit, quam judicio matris heres esse. Sed ut adjicit *l. 3.* si quam actionem personalem filia habuit adversus substitutum ex contractu, vel quasi, eam potest exercere adversus substitutum, tanquam solum heredem ex testamento matris. Concludamus igitur hoc modo: Adita hereditate, vel agnita bonor. possess. veluti ab intestato, non finitur substitutio vulgaris, adita autem hereditate ex testamento, finitur, & evanescit substitutio vulgaris, & ita accipienda *l. 5. hoc tit.* ait, post aditam hereditatem, ex testamento scilicet si sit voluntarius heres, vel extraneus. Sed addamus, hoc etiam posse porrigi ad gestionem pro herede. Nam postquam heres institutus, se pro herede gessit ex causa testamenti, exspirat substitutio vulgaris. Et similiter post agnitam bonorum possessionem ex testamento, exspirat substitutio vulgaris, quia qui agnoscit bonorum possessionem, pro herede gerere videtur, *l. puberem, inf. de jure deliber.* Addamus etiam post immistionem, si suus heres institutus sit, exspirare substitutionem vulgarem, & nudum nomen sui heredis, qui scilicet statim existit heres à morte parentis, etiam invitus, & ignorans, non excludit substitutum vulgarem. Atque ita non recte dices, postquam exstitit suus heres, & apparuit: nam existentia appellatur *ἀνάφανσις*. Non potes, inquam, dicere, ipso jure expirasse substitutionem vulgarem, sed postquam immiscuit se bonis paternis: immistio excludit substitutum vulgarem, etsi suus heres, qui jam adierat, post immistionem fuerit in integrum restitutus abstinendi causa: Nec enim convalescit substitutio vulgaris, quam semel exstinxit immistio, ut non sit regressus à privatione ad habitum, ut ajunt philosophi. Et hoc ostenditur in *l. & si sine, §. sed quod Papinianus, de minor.* Secundum hæc verba substitutionis vulgaris, *si heres non erit*, quæ latissime manant, & comprehendunt hos casus omnes, *si non adierit*, *si non gesserit se pro her. si poss. bon. non agnoverit ex test.* vel *si non misc. se bonis ex caus. testam.* Denique post aditam, vel alio modo adquisitam hereditatem, substitutiones vulgares exspirant. Et ita etiam si legatario facta sit substitutio vulgaris, post agnitionem primi legatarii evanescet, *l. 6. inf. de legat.* non etiam si legatario substitutio facta sit in secundum casum. Nam (quod est maxime notandum) hac in re differentia est inter hereditatem, & legatum. In hereditate non potest cuilibet substitui in secundum casum, sed impuberi tantum filiofamil. cujus potestatem testator habet, vel etiam mente capto. In legato cuilibet potest substitui in secundum casum, ut *l. si fundum sub conditione, §. Stichum, de leg. 1.* hoc modo: *Titio do, lego Stichum: si Titius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Cajo do, lego.* Recte fit legatario substitutio in secundum casum, id est, in casum adquisiti legati, nec impletæ voluntatis, aut præcepti testatoris. Sequitur in hac lege, ut singula explicem, substitutiones non impuberibus filiis factas, quibus verbis significantur substitutiones vulgares. Substitutiones igitur puberibus factæ, id est, vulgares. Quia puberibus non possunt fieri nisi vulgares substitutiones. Puberibus non possumus substituere directo in secundum casum, *§. ult. Inst. de pupil. subst.* Dixit ergo, *substitutiones non impuberibus filiis factæ*, discretione pupillarium substitutionum, quæ non finiuntur aditione heredis scripti, sed pubertate, *l. in pupillari, de subst. vulg.* Et secundum hanc sententiam, si forte impuberi filio facta sit substitutio vulgaris simplex, quæ intelligitur sola esse vulgaris, hæc proculdubio extinguetur aditione, quia dixit *substitutiones factæ puberibus*, discretione substitutionum pupillarium, non quod & impuberibus factæ vulgares simplices non finiantur post hereditatem aditam, vel alio modo adquisitam heredi instituto. Et rursus ait in hac *l. directæ*: quia precariæ substitutiones post aditam hereditatem valent. Ideoque etiam heres institutus, cui precariis verbis facta est substitutio, id est, cui relictum est fideicommissum hereditatis restituendæ alteri, cogitur adire hereditatem, nec intercidit substitutio precaria. Tantum igitur abest, ut precarias extinguat aditio, ut non aliter confirmetur, quam aditione, vel etiam immistione, si heres institutus, sit suus heres, & rogatus sit hereditatem restituere alteri, *l. recusare, §. sed & ad filium, ad Senatusc. Trebell. l. 5. §. ult. Quod cum eo, qui in alien. &c.* Ac præterea precariæ substitutiones etiam puberibus fieri possunt, & extraneo, *d. §. ult. Inst. de pup. subst. l. coheredi, §. nec aliud, de vulg. & pup. subst.* Postremo ait hæc lex, *expirare solent*. Quibus verbis significatur esse regulam juris. Nulla autem est regula juris, quæ non aliquando vitietur. Et hæc quoque vitiari videtur in specie *Nov. de her. & Falc.* ubi heres institutus, qui adiit hereditatem, si non exæquatur voluntatem defuncti, si non præstet legata, aut fideicom. & libertates, contumacia ejus, & indevotio ejus ita coercetur, ut ei eripiatur hereditas, & transferatur in substitutum vulgarem, quem tamen exclusit aditio, quia scilicet hoc casu venit substitutus, non tam jure substitutionis, quam beneficio Novellæ Justiniani, quæ hac ratione heredem inobedientem voluit coerceri, & contumacem. Eadem est ratio *l. & si sine, §. sed quod Papinianus, de minorib.* Minor 25. annis adiit hereditatem, vel immiscuit se. Deinde restitutus est abstinendi causa, an in ejus locum veniet substitutus post abstentionem? Minime: regulariter non convalescit substitutio vulgaris, quam semel extinxit aditio, vel immistio. Excipitur tantum unus casus in illo §. si substitutus sit vulgariter servus, & hereditas non sit solvendo, ita ut omnino creditores bona defuncti sint distracturi. Nam hoc casu nullo existente herede, quia legitimi exclusi sunt adita hereditate ex testamento, substitutus servus, quamvis ipse exclusus sit, tamen venit in locum heredis abstinentis se post aditionem, ut bona defuncti veneant potius servi nomine, quam defuncti: & ait hunc casum singularem introductum esse rescripto Divi Pii, & Severi: unde possis dicere eum substitutum vocari magis ex eo rescripto, quam substitutionis jure, ut subveniatur famæ, atque memoriæ defuncti, propterea quod bonorum venditio, quæ fit nomine defuncti, defuncto irrogat infamiam, ut plane substitutus servus necessarius heres videatur, potius infamiam assequi, quam hereditatem, quod ejus nomine bona veneant potius, quam defuncti, ut ait *lex 3. C. Theodos. de inoffic. testam.*

Ad L.VI. Testamento jure facto, *multis institutis heredibus, & invicem substitutis: adeuntibus suam portionem etiam invitis coheredum repudiantium adcrescit portio.*

LEX 6. est etiam de vulgari substitutione, cujus sententiam explicaturi sumus. Si plures sint heredes instituti, & invicem substituti vulgariter, quoniam sunt extranei heredes, portiones eorum, qui non adierunt, adeuntibus adcrescunt, etiam invitis ex sententia l. Obveniunt igitur portiones vacantes iis, qui adierunt, magis jure adcrescendi, quam jure substitutionis reciprocæ, quæ vulgaris esse intelligitur, quia substitutio illa imitatur jus adcrescendi, *l. si quis heres, de acquir. hered. l. pen. de injusto, rupto, & irr.* Differentia est inter jus adcrescendi, & substitutionis jus. Nam hereditas ex substitutio-

tutione defertur tantum volenti, non invito. Jus adcrescendi defertur etiam invito, *l.un. §. bis ita definitis, de cad. toll. inf.* Uno tantum casu excepto, quo etiam ex substitutione hereditas defertur invito, videlicet si heres coheredi vulgariter substitutus sit, & unus pro sua parte adierit, alter repudiaverit. Nam portio, quæ vacat, pertinet ad eum, qui adiit, sine nova aditione. Denique pars, quæ nulla substitutione obveniret jure adcrescendi, obvenit invito secundum naturam potius accretionis, quam substitutionis, quia ea substitutio, ut ait *d.l. si quis heres*, fuit appendix præcedentis institutionis, id est, accretio potius, quam substitutio, & remedium inducendi juris adcrescendi contra caduca, contra l. Juliam, & Papiam, quæ subvertit jus adcrescendi, & impugnat, non substitutionem. Et ita *in princip. tit. de cad. tollend. inf.* ait, substitutiones introductas esse, ne hereditates caderent in fiscum, substitutiones heredum scilicet reciprocas, vel omnium heredum factas uni, vel unius factas omnibus, ut in *l. 5. D. de vulg. substitut.* ut non abs re in *l. miles*, *§. ult. de legat. 2.* dicatur, coheredes esse substitutos, quibus vult invitis obvenire portionem coheredis deficientis. Et non tam jure substitutionis igitur, quam jure, conditioneque adcrescendi. Quod tantum adnotare ad l. 6. satis est.

Ad L. VIII. Precibus tuis manifestius *exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse, utrumne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum, aut postea decesserit, substitueris. Nam non est incerti juris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres exstiit: eo defuncto, ad te omnimodo ejus pertinet successio. Si vero substitutio in secundum casum vel expressa, vel compendio, non usque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & adierint hereditatem. Si vero post pubertatem: tunc ejus te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur, patris ejus fuerint, à te peti possunt.*

LEX *precibus* est potissimum de substitutione pupillari facta à milite filio impuberi, quem in potestate habuit mortis tempore, quod exigitur semper in substitutione pupillari, ut is, cui facta est, in potestate morientis fuerit. Nam emancipatione finitur substitutio pupillaris. Quæstio autem hujus legis est à tota doctorum familia tractata. Species hæc est. Quædam mulier precibus oblatis Imperatori, exposuit, militem maritum suum communem filium impuberem, quem moriens in potestate habuit, testamento heredem instituisse, & ei directo substituisse Sempronium, & filium vita decessisse, & quæsivit ab Imperatore, utrum filio ipsa succederet, an substitutus. Respondit Imperator, ut in *l. exprimere, inf. de duobus reis*, eam mulierem in precibus suis exprimere debuisse, utrum pater filio Sempronium substituisset in primum casum, *si heres non esset*, an in secundum casum, *si filius moreretur intra pubertatem, aut post pubertatem*: Nam si ei substituit in vulgarem casum, & filius patri heres extiterit, per immistionem (quo genere proprie sui adquirunt hereditatem) hoc casu omnimodo, inquit, sive filius decesserit ante, sive post pubertatem, ei ab intestato ex Senatusconsulto Tertulliano succedit mater. Quia & substitutionem vulgarem exstinxit immistio filii, & tacita pupillaris, quæ inest vulgari, non excludit matrem, *l. ult. sup. tit. præced.* Nec obstat, quod in specie hujus legis non ponitur mater coheres adjecta filio, ut in specie *d. leg. ult.* ad præferendam matrem substituto venienti ex tacita pupillari, quia non ea tantum ratione utitur, quod mater sit coheres adjecta filio, sed etiam (quæ ratio est potior) quod sit æquum, matrem, ad quam summus mœror morte filii pervenit, & filii amissi, & luctuosæ hereditatis damnum non sentire, ex solo tacito intellectu substitutionis pupillaris. Quæ ratio etiam locum habet, matre non adjecta coherede filio. Ergo indistincte, sive fuit mater coheres adjecta filio, sive non, tacita pupillaris eam non excludit. Tacita pupillaris alium heredem legitimum filii facile excludit, matrem autem non excludit. Hoc datum pietati maternæ. Et hac in re nihil omnino distat miles à pagano, cum scilicet testator substituit in vulgarem casum, & post immistionem decessit filius superstite matre. Quod si in secundum casum miles substituit filio impuberi, vel expressa certa ætate, veluti *si intra pubertatem decesserit*, *intra decimum quartum annum*, vel, ut in *l. centurio*, *ff. eod. si intra vigesimum quintum annum decesserit*, vel etiam *compendio* (sic legendum) id est, compendio orationis, hoc modo, *quandocunque filius decesserit*, non expressa certa ætate, dum brevitati studet miles, tunc filio moriente intra pubertatem, certo certius est, substitutum, qui adivit hereditatem pupilli, excludere matrem, tanquam ex expressa pupillari substitutione. Nam satis est expressa pupillaris substitutio, & quæ generali, breviorique sermone concipitur, & constringitur, ut non sit necesse ad eum sermonem quidquam supplere, & satis est interpretari quid eo contineatur. Nota est differentia inter *supplere*, & *interpretari* ex *l. Gallus*, *§. quid si qui filium*, *& §. seq. de lib. & post.* Et hac etiam in parte nihil interest inter militem, & paganum testatorem. Utrobique enim expressa pupillaris substitutio specialiter, vel generaliter excludit matrem, si substitutus substitutionem amplecti velit. Sed si filius, cui miles directo substituit, vel nominatim, *si post pubertatem decederet*, puta intra 25. annum, vel cui substituit compendio orationis, *quandocunque decederet*: si, inquam, is filius post pubertatem moriatur, hoc casu mater ei succedet ab intestato, sed debet, ut ait *l. Sempronio* substituto filii restituere hereditatem, veluti ex causa fideicommissi, ubi *veluti*, non significat similitudinem, sed approbationem, & confirmationem, nimirum, ut hoc casu, favore militiæ, quod hoc voluerit testator, ut veniret substitutus etiam post pubertatem defuncto filio favore voluntatis militaris: verba directa substitutionis deflectuntur ad causam fideicom. & pro precariis accipiuntur, ità ut substitutus veluti ex causa fideicommissi non capiat bona propria filii, sed bona tantum, quæ militis, cum moreretur, fuerunt, & quæ ab eo ad filium pervenerunt, mater autem retineat bona propria filii, & si quid filio deest ex bonis patris ad conferendam Falcidiam, id est, portionem legitimam. Nam pupillo quidem directo substitui potest in secundum casum, etiam in legitimam portionem: quia datur ei heres, qui sibi heredem facere non potest, si moriatur intra pubertatem, in *l. ex tribus*, *sup. de inoffic. testam.* Ergo pupillo in hunc casum, *si moriatur pupillus*, pater directo substituit recte, etiam in portionem legitimam, post pubertatem autem puberem filium non potest onerare fideicommisso in portione legitima, quam æquum est filium habere sine onere ullo, sine fideicommisso, sine dilatione, sine conditione. Et ita Accursius notat recte in ultima glossa h. leg. Notanda igitur hac in re differentia inter substitutionem pupillarem directam, & substitutionem fideicommissariam, sive precariam, vel quæ cum figura verborum sit directa, benigne accipitur pro precaria, conservandæ voluntatis militis causa: Nam qui venit ex pupillari directa, non tantum capit bona, quæ habuit pupillus à patre, sed etiam bona adventitia, quæ aliunde habuit propria, quæsita post mortem patris, vel etiam ante mortem patris ex causa unde non adquirat filiusfam. patri, in *l. sed si plures*, *§. ad substitutos*, *ff. eod.* Qui autem venit ex fideicommissaria substitutione, non capit bona filii propria, sed bona tantum, quæ à testatore ad eum pervenerunt, *l. coheredi*, *§. quod si heredem*, *eod. tit.* Quia fideicommisso nemo onerari potest ultra id, quod à testatore accepit, *l. 6. de legat. 3. l. ab eo*, *inf. de fideicommiss.* De suo enim quisque fideicommissa, aut legata

gata relinquere, de suo largiri, non de alieno debet. A Et ita in fine hujus *legis precibus*, ut evidentiùs ostendat, substitutionem à milite factam filio impuberi verbis directis, post pubertatem valere tantum jure fideicommissi, addit valere tantum in bonis profectis à patre, non in bonis propriis filii, hæc remansura penes matrem, jure legitimæ successionis. Et hæc est omnino sententia hujus legis. Eademque est penitus sententia *l. centurio*, *ff. h. tit.* tantum abest, ut pugnent inter se. Illius legis species hæc est: Centurio, & miles igitur, filio impuberi directo substituit, expressa certa ætate, sed in longius tempus, puta si intra vigesimum annum sine liberis decederet: filio moriente intra pubertatem, substitutus jure communi, non tantum bona patris occupat, sed etiam bona filii propria, jure scilicet substitutionis pupillaris directæ, quæ secum trahit omnia bona B pupilli, unde profecta fuerint. Filio autem moriente post pubertatem intra vigesimum annum, substitutus ex privilegio militum, nec jure communi jam, sed jure singulari capiet tantum bona centurionis cum fructibus inventis in hereditate, quoniam & ii fructus bonis centurionis adnumerantur, fructus, quos posteà filius percepit, bonis propriis filii connumerantur, *l. postulante, §. ult. ad Trebell. l. 24. de usufr. leg. l. 1. inf. de his, quibus ut indig.* Non dicitur nominatim in *l. centurio*, eam substitutionem post pubertatem valere jure fideicommissi, quod dicit aperte *lex precibus*, sed cum ait, substitutum tantum capere bona patris, quid aliud significat, quam substitutum venire jure fideicommissi? Hic enim effectus est fideicommissi, quo longe amplior est effectus, & major substitutionis directæ, quæ occupat omnia bona. C Ergo ea tantum bona, quæ centurionis, cum moreretur, fuerunt, substitutus capiet de manu matris, vel alterius heredis legitimi filii, & legitimus heres retinebit propria bona filii. Hæc est vera interpretatio *leg. centurio*, secundum quam apparet nullum inter eam, & *leg. precibus* esse dissidium, nullas inimicitias, quia *lex centurio* non loquitur de matre, ut hæc *lex precibus*, sed generaliter; nec spectat, quis filio succedat ab intestato, mater, an alius legitimus. Ex eo, inquam, apparet, etiamsi mater non sit in medio, sed alius legitimus heres filii, substitutionem directo à milite factam filio in longius tempus, post pubertatem tamen valere jure fideicommissi in bonis profectis à patre. Quod igitur dicitur in parte ultima hujus legis, haberet locum & in alio successore, nec ut habuit ante proprium mater, ne D excludatur per tacitam pupillarem, ita etiam hoc proprium habet, ut propter matris interventum substitutus filio post pubertatem, non veniat jure directo, sed jure tantùm fideicommissi: Nam ex *l. Centurio*, quæ generaliter loquitur, apparet idem esse, si quis alius legitimus heres filii interveniat, & errore labi eos, qui interveniente alio herede legitimo, quam matre, putant post pubertatem eam substitutionem valere jure directo, quod nusquam reperietur. Nam est facta quidem jure directo, sed directæ effectum non habet, propterea quod, & militem puberi, qui sibi potest facere testamentum, absurdum est testamentum facere. Nemo dat alii heredem habenti testamenti factionem. Sed tamen, quia ita voluit miles, ut qualiter qualiter fatis ei fiat, porrectis verbis directis ad E fideicommissum, post pubertatem eam substitutionem, quàm directo concepit, accipimus pro precaria, constituto proximo agnato herede ab intestato, & onerato tantum restitutione bonorum patris militis, qui eam substitutionem fecit, non cæterorum bonorum filii. Et notandum etiam est, hac una tantum in parte esse discrimen inter militem, & paganum: in superioribus partibus adnotavimus nullum esse discrimen inter militem, & paganum: in hac parte ultima hujus legis, cum scilicet post pubertatem filius moritur, est discrimen, nimirum, quod miles post pubertatem substituat filio non inutiliter, ut in hac *leg. & d. l. centurio, l. 6. sup. de testam. milit. l. miles, §. pen. ff. hoc tit.* Cur ait non inutiliter militem post pubertatem filio directo substituere? quia scilicet ea substitutio valet saltem jure fideicommissi in bonis profectis à patre milite, qui ita testatus est, ut ait *lex centurio*, ex privilegio militum, subindicans, non idem esse in paganis apertissime, cum dicat esse privilegium militum. Jure ergo communi directa substitutio facta post pubertatem, nec jure fideicommissi valet. Denique paganus post pubertatem substituit prorsus inutiliter, *l. verbis, eod. tit.* Verbis civilibus, id est, directis, substitutionem post pubertatem frustrà fieri convenit. Non fieret frustra, si post pubertatem valeret, ut fideicommissum, & loquitur *l. verbis* de jure communi, non de privilegiario, quod militibus competit, sed de jure paganico, & adjicit eum substitutum post pubertatem non posse etiam venire, ut coheredem adjectum in partem bonorum paternorum, diviso asse in duos semisses, *παχυμερέστερον*, ut in *§. ult. Instit. de vulg. substit. & l. si paterfamil. de hered. instit.* quod exposui in *l. 3. sup. tit.* 24. Quoniam evidens est in hac specie patrem nullum coheredem filio adjicere voluisse. Ergo ille substitutus neque veniet ut coheres, neque ut fideicommissarius. Et ad summam, à pagano directo facta filio substitutio, post pubertatem nullo jure valet, neque directo, neque obliquo. Cum enim ex privilegio militis tantum datum sit, ut valeat jure obliquo, consequens est idem non dari secundum jus commune. Et hæc est verissima hujus rei definitio. Sunt innumeri, qui tentant etiam jure communi ex testamento pagani post pubertatem substitutionem valere tanquam fideicommissum. Nec igitur hac in re ullam esse differentiam inter paganum, & militem, contra manifestissima legum verba: hanc opinionem à nobis amotam volo, nec moveri volo *c. Raynutius, de testam.* quoniam quod in eo definitur, ut jure communi post pubertatem valeat tanquam fideicommissum, manifestissimum est ductum id esse ex prava opinione interpretum juris civilis. Et ut solet error unus alium ducere errorem, etiam ex opinione prava eorundem interpretum in illo *c. Raynutius* filio rogato restituere hereditatem dantur duæ quartæ, quod ut quodam loco ostendimus, omninu pugnat cum jure civili, & originem sumpsit non ex jure civili, sed ex prava opinione. Nihil etiam moveri debemus *l. Scævola, ad Senatusc. Trebell.* quæ est arx istius opinionis. Sciendum est, in codicillis inutiliter heredem institui, vel substitui directo, inutiliter exheredari quemquam. Nunc finge: pater filium impuberem testamento instituit, & codicillis ei directò substituit Lucium, & Cajum in secundum casum, qui extitit filio mortuo impubere: non potest substitutus venire jure directo, quia in codicillis nihil directo scribitur utiliter. Sed benigna interpretatione substitutus venit jure fideicommissi, & à fratre legitimo herede filii impuberis mortui capiet bona, quæ à patre ad filium defunctum pervenerunt. Et si illi duo substituti Lucius, & Cajus invicem sibi substituti sint, consequenter inter eos reciproca substitutio valebit jure fideicommissi, id est, mortuo filio impubere. At ejus heredes legitimi capient bona profecta à patre deducta Falcidia, quoniam est testamentum pagani jure fideicommissi. Denique si unus ex duobus substitutis moriatur, jure mutuæ substitutionis portio illius pertinebit ad alium tanquam fideicommissum. Et secundum hæc, substitutio directò facta pupillo in codicillis, cum habeatur pro fideicommissaria, etiam ipsi inter se habebuntur pro fideicommissariis, & reciproca substitutio directò facta inter eos, declinabit etiam ad causam fideicommissi, per consequentias prioris substitutionis directæ factæ pupillo, quæ declinat etiam ad causam fideicommissi: & hæc est sententia *l. Scævola*, cui respondendum est. Quæres, cur etiam directa substitutio à pagano facta post pubertatem non valeat jure fideicommissi, id est, cur dicatur frustra fieri in *l. verbis civilibus*, nec valere etiam jure fideicommissi? Quia hoc non expressit testator, quod exprimere debuit, si voluit constituere fideicommissum,

§. ult.

§. ult. Instit. de pupil. substit. & l. coheredi, §. cum filiæ, eod. tit. Et ita recte in *l. in pupillari*, quæ pertinet ad jus commune, si in pupillari substitutione longius tempus comprehensum sit, tamen substitutio evanescet pubertate, sicut etiam Carboniana bonorum possessio, quæ est pupillaris, dicitur evanescere pubertate, nec in longius tempus ullo jure produci, *l. 3. §. puberi, l. de bonis, §. ult. l. quæritur, de Carbon. edic.* Quæro igitur in specie hujus legis, exemplo *l. Scævola*, verba directæ substitutionis cur non trahantur ad fideicommissum? Et respondeo, aliam esse speciem, & causam hujus legis, & illius. Nam substitutio filio impuberi directo facta codicillis, erit prorsus inutilis, nisi sustineatur jure fideicommissi. Igitur ne frustra videatur facta substitutio, maxime pupilli, ut qui ex codicillis heredem habere non potest, habeat tamen fideicommissarium, qui ei sit loco heredis, uti scriptura illa directa perperam scripta in codicillis, *si non potest valere ut testamentum pupilli, valeat ut codicillus à pupillo factus ab intestato, si non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum*. Directa enim verba habere pro precariis, est testamentum habere pro codicillis, ut pupillus, qui non habet testamentum, habeat codicillos, & ita moriatur. Cæterum in *l. precibus* substitutio, quæ directo est facta impuberi in longius tempus, puta in vigesimum quintum annum, *vel quandocunque decesserit*, etiamsi dicamus post pubertatem eam nullo jure valituram, quod etiam omni asseveratione confirmamus, tamen non ideo erit inutilis prorsus substitutio, quia potest valere intra pubertatem jure directo. Et favor hic pupilli nullus intervenit, cum pubes mortuus est, ut non abs re dicatur, post pubertatem nec jure fideicommissi valere substitutionem factam à pagano, etsi ii, qui sunt instituti, invicem substituti sint, & consequenter reciproca illa substitutio inter eos nullo jure subsistere potest.



AD TITULUM XXVII.

DE NECESSARIIS HERED. INST.

CUM ante dixisset de heredibus instituendis, vel substituendis, nunc heredum, qui instituuntur, & substituuntur divisionem, & qualitatem exequi parat: nec enim omnium heredum eadem est qualitas, non omnium idem jus in successionem defuncti, non omnium idem jus, & in omne jus defuncti: alii sunt voluntarii, alii necessarii, & rursus necessariorum alii sunt sui, alii necessarii tantum non sui: de necessariis tantum est hic tit. 27. de suis est tit. 28. & 29. de voluntariis est 30. Et necessarii quidem, de quibus agitur hoc tit. sic appellantur, quod dominis, à quibus cum libertate instituti, vel substituti, aut liberis dominorum impuberibus, ignorantes, & inviti heredes existunt, adeo ut & pœna afficiantur si eorum hereditatem spernant, aut hereditatem amplecti detrectent, *l. 4. hoc tit.* Et abstinendi beneficium non habent, quod tamen prætor dat suis heredibus, qui etsi necessarii sint, non adeo tamen necessarii sunt, ut prætor non possit illos hac necessitate absolvere, data abstinendi licentia. Illi omnimodo necessarii sunt, ut nec beneficium abstinendi habere possint, *l. necessariis, in fine, D. de adq. hered.* Existunt autem heredes ipso jure confestim .i. apparent heredes à morte testatoris, & ante apertas testamenti tabulas, ut Stephanus notavit recte in *l. ejus, qui, in pr. D. de reb. cred.* Et ante aditam hereditatem à coheredibus: nam & à coheredibus libertatem non accipiunt, sed à semetipsis *αὐτόθεν*, id est, *immediate*, nullo actu, nullave persona media interveniente, *l. 6. §. ult. D. de hered. instit. l. ex parte, D. de adq. hered.* videlicet si, ut posui, cum libertate heredes instituti sint adjectis coheredibus: nam si sola libertas eis relicta sit, non etiam hereditas, libertatem non accipiunt à semetipsis, sed ab heredibus, à quibus liberi esse jussi sunt. Quamobrem post mortem heredis libertatem non posse dari recte scribit Ulp. *lib. reg.* Et alia est conditio tutelarum: Nam ut ait *l. 7. D. de test. tut.* tutores non ab herede, sed à testatore protinus proficiscuntur. Cujus rei argumentum est, quod heres ipse tutor dari potest, qui non jure daretur, si daretur à semetipso. Item quod post mortem heredis tutor dari potest, qui etiam non recte daretur, si tutoris datio proficisceretur ab herede: Et hoc ita dicitur in *d. l. 7.* sane ad differentiam legatorum, & fideicommissorum, & libertatum, quoniam hæc ab herede proficiscuntur: Legata omnino non ab herede, ut nec heredi ob eam rem à semetipso possit legari, *l. legatum, §. 1. D. de legat. 1.* nec post mortem etiam heredis alii, id est, ab herede heredis, *§. post mortem, Instit. de legat.* fideicommissa quoque heredi à semetipso relinquuntur inutiliter, sed hoc proprium in fideicommissis, ut non tantum proficisci possint ab herede, sed etiam ab herede heredis: Et libertates similiter, ut ante dixi, ab herede proficiscuntur, libertates testamentariæ scilicet, si ii, quibus dantur non sint heredes instituti: nam si sint heredes instituti, eam à semetipsis accipiunt, vel quod pene idem est, à testatore protinus, ut *l. 1. hoc tit.* ab ipso testatore servum liberum, & heredem existere necessarium ab ipso testatore, id est, protinus, *αὐτόθεν*, id est, clausis testamenti tabulis, necdum adita hereditate à coherede. Et ita in *§. 1. Instit. de hered. qualit. & diff.* servum heredem institutum, sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liberum, & necessarium heredem fieri. Et hinc manat regula illa juris civilis, quæ dictat, libertatem auferri non posse, cujus fit mentio in *l. si ita scriptum, §. regula, D. de lib. & post.* Siquidem, ut jamdiu ostendi, & probavi cunctis, si in eo §. reponatur vox *libertatis*, ut dixi, & removeatur vox *hereditatis*, quæ ascita est, ut hæc non sit regula vera, hereditatem adimi non posse, sed hæc, libertatem adimi non posse, quæ tamen falsa videtur esse non minus, quam illa, ex *tit. de adempt. libert. & l. si peculium, §. 1. D. de manumiss. test. & l. si servus, D. de fideic. libert.* hæc vero falsa est, nisi ut idem §. ostendit, coangustetur ad speciem propositam de servo proprio, quem dominus in testamento liberum, & heredem esse jussit, ut huic eodem testamento libertas adimatur inutiliter hac ratione: quia à quo legari non potest, nec adimi ab eo quicquam potest: ab herede autem ipsimet heredi à semetipso legari non potest: Ergo ab herede ipso ipsimet adimi nihil potest, *d. l. 5. in fin. D. de hered. instit.* quia una, eadem est causa & adimendi, & legandi, una, eadem causa contrariorum. Et hæc de appellatione necessariorum heredum dicta sufficiant. Nunc causam exponamus instituendorum necessariorum heredum. Causa instituendorum necessariorum heredum est pudor, & existimatio testatoris, ut conservetur, quia plerumque servus necessarius heres scribitur ab eo, qui solvendo non est, ut ejus heredis nomine, qui non potest non esse heres potius, quam testatoris nomine bona à creditoribus possideantur, & distrahantur, quod est ignominiosum, vel inter creditores dividantur: quæ ratio diligenter observanda est in *l. fratres, C. de inoff. test.* adhibita *l. servus, C. Theod. eo tit.* quæ eleganter ait, servum necessarium heredem institutum, non tam patrimonium, quam infamiam consequi, quia non instituitur nisi ab eo, qui solvendo non est, ut hic tueatur famam defuncti, & exponat suam pro defuncto, distractis bonis, suo, non defuncti nomine. Et integra sententia *l. fratres* est, fratrem non agere de inoff. testamento fratris, quod in eo sit præteritus; nisi frater sibi instituerit heredem infamem, vel turpem personam, vel levi nota insignitam: nam si levicula sit nota, æquum est præferre fratrem in vindicandis bonis fraternis, atque etiam si frater sibi instituerit heredem libertum suum, æquum est liberto præferri fratrem, nisi sit libertus, qui maximis beneficiis assequutos sit testatorem, ut inquam, optime meritus sit de testatore, alioquin non excludet

fratrem ab hereditate agentem querela inofficiosi. Excipiendum A esse etiam lex censet libertum Orcinum, id est, servum testatoris, quem cum libertate, cum non esset solvendo, necessarium heredem fecit: quoniam vix frater præteritus adversus eum acturus est de hereditate, quæ detrimentosa est: nam si à fratre, qui solvendo sit, heres institutus sit necessarius prætenito fratre, utique huic servo frater præferendus est, argumento *l. ult. hoc tit.* Et hæc ita adnotaverunt etiam Græci summa cum ratione ad *d. l. fratres*. Eadem quoque intervenit ratio in specie *l. etsi fine*, *§. sed etsi quod Pap. D. de minoribus*, cujus species hæc est: quidam pupillum heredem instituit, non filium suum, sed extraneum, & ei substituit vulgari modo, si heres non esset, servum suum proprium cum libertate, qui utique deficiente pupillo herede instituto, & repudiante hereditatem ex vulgari substitutione B erit necessarius heres. At finge, pupillus heres institutus adivit hereditatem, mox sese abstinuit ab hereditate beneficio restitutionis in integrum, an admittetur substitutus? Minime, quia aditione hereditatis semel extincta est substitutio vulgaris: & hoc ita verum est, nisi testator fuerit non solvendo: nam hoc casu, ut ejus famæ subveniatur, & consulatur, ne scilicet ejus nomine bona veneant post aditam hereditatem, etiam substitutus necessarius heres admittetur hoc colore, quasi sit hoc casu aditio habenda pro non facta, quam abstentio irritam fecit: Eademque est ratio *l. qui potuerunt*, *D. de manumiss. test.* Lege Ælia Sentia minor 25. annis, ut scitis, non potest manumittere servum, nisi causa probata apud consilium: variæ sunt causæ probabiles, & inter cæteras hæc una est, ut habeat heredem C necessarium servum, videlicet cum solvendo non est, & suæ vult prospicere existimationi, & memoriæ post mortem: eadem etiam omnino fuit ratio l. Æliæ Sentiæ in conservanda libertate data in fraudem creditorum uni ex servis heredi instituto ab eo, qui solvendo non erat, ne injuria defunctus afficeretur à creditore, suo nomine venditis bonis, atque distractis, *§. 1. Inst. qui, & quibus ex caus.* Sed exigitur, ut nemo alius ex testamento heres extiterit, adeo ut si servo proprio instituto cum libertate, ab eo, qui solvendo non est, datus sit substitutus vulgari modo liber homo, rescisso primo gradu, incipiat à secundo, id est, substitutione, *l. 57. D. de hered. inst.* Exigitur etiam, ut heres servus, qui cum libertate institutus est ab eo, qui solvendo non est, non sit specialiter creditori obligatus, vel pignori datus: D nam quandiu durat pignus, invito creditore ad libertatem perduci non potest. Et hæc est sententia *l. 1. hoc tit.* hæc est vis specialis, & manifestarii pignoris, quæ non est eadem generalis, & taciti pignoris in *l. 2. & 3. inf. de servo pignori dato manu. l. pen. D. in quibus caus. pig.* nec alia ratio differentiæ est, quam quod videantur magis nexa creditori quæ specialiter, quam quæ persusorie pignorata sunt, quæ speciali conventione, quàm quæ jure tacito. Igitur servum, quem ei, qui nobis locavit ædes inhabitandas specialiter ex conventione obligavimus, non possumus manumittere antequam locatori satisfactum sit. Servum tamen eum, quem intulimus in ædes conductas, qui tacito jure pensionis nomine intelligitur pignori obligatus, & omne quicquid intulimus in eas ædes, possumus manumittere: non est E igitur eadem vis taciti, & expressi pignoris, *nisi*, inquit *d. l. pen. pensionis nomine præcludatur*, quod ut explicemus, moris erat inquilino non solvente pensionem locatori, interveniente publica persona aperire ædes, & describere res omnes, & mancipia omnia, quæ inquilinus in eas ædes intulerat, *l. cum domini*, *D. loc.* ac deinde rebus descriptis omnibus, mancipiisque illatis in ædes conductas, solebat auctoritate publica ostium ædium obsignare, fores præfigere, & præcludere, adhibito claustro, vel consepto, quod illo loco in Basilicis est τὸν οἶκον ἀσφαλίζεσθαι, *domum firmare*, eoque genere locator videbatur detinere ea mancipia, quæ incluserat in eas ædes cum cæteris rebus illatis. Denique eos videbatur habere in sua potestate; nec jam erat tacitum pignus, sed reale, & corporale, & manifestarium, ideoque nec à præclusis ædibus inquilino jus erat eorum servorum manumittendorum, ut inquit *d. l. pen.* quæ est elegantissima. Derisus est Nerva jurisc. qui monstraverat per fenestram servos detentos ob pensionem, atque inclusos manumitti posse, puta in fenestra exhibito, vel sese offerente servo, & domino dicente, teste populo, eum se liberum esse velle: derisus autem non insultando, non solent enim prudentissimi, & religiosissimi juris auctores alii aliis insultare. Sed derisus argumentando est, dum certa ratione, aut probabili rationi ejus cæteri adsensi non sunt, quia si ea ratione, quam monstravit Nerva, servi manumitti possunt, qui inclusi sunt in ædes conductas, quasi non plane detinerentur, quibus patent fenestræ, sed etiam præfigendæ essent, & obstruendæ fenestræ, & prospectus omnes, quod utique nemo dixerit, & si pensionis nomine servus esset locatori pignori traditus, & ab eo detentus in suis ædibus, atque diligenter observatus, eadem ratione posset beneficio fenestræ manumitti à domino transeunte. Est ita quoque apud Senecam *1. ep. lib.* 12. ridere, est objicere rationem, quæ confirmet sententiam alterius, hoc est deludere, leviter, atque honeste declinare, *quemadmodum*, inquit, *opposita simili interrogatione derideatur, attende.* & ita in *l. sed an ultro*, *D. de negot. gest.* cum Labeo dixisset (est species elegans) eum habere actionem negotiorum gestorum, qui negotium alterius gessit utiliter, etiamsi negotium effectum non habuerit, ut si domum fulsit, & postea exusta sit, vel si servum alterius curaverit, & postea mortuus sit, nihilominus repetet impensas fulcimenti, & curationis actione negotiorum gestorum. Et cum ad Labeonem adnotasset Proculus hanc definitionem non esse perpetuam, nec enim eum habere actionem expensorum, vel negotior. gestorum, qui domum fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquisset, vel quam necessariam non putavit, cum, inquam, ad Labeonis definitionem hoc Proculus adnotasset, hanc adnotationem Celsus, inquit, deridet, opposita hac ratione sola: is, quem Labeo dixit habere actionem negotiorum gestorum, utiliter negotia gessit. Is autem, quem posuit Proculus, non gessit utiliter rem, & negotium, qui non necessariam rem, & onerosam patrisfamilias aggressus est. Igitur ea adnotatio non est bene apposita ad definitionem Labeonis. Nondum est satis: ex quo reddidi rationem appellationis necessariorum heredum, exposui causam instituendorum necessariorum heredum: restat tantum definitio eorundem. Alia autem est definitio juris veteris, alia juris novi: vetus definitio hæc est: *necessarii heredes sunt servi proprii, qui in eadem causa permanserunt, eodem gradu, & testamento cum libertate heredes instituti, vel substituti in primum, aut secundum gradum.* Demat illa verba, *eodem gradu, & testamento cum libertate*, & erit definitio juris novi: dixi, servi proprii, quia servi alieni voluntarii sunt, non necessarii, *l. 3. hoc tit.* dixi, *qui in eadem causa permanserunt*, quia si testator servum proprium, quem testamento liberum, & heredem scripsit, vivus manumiserit, vel alienaverit, voluntarius est heres, non necessarius, quia in eadem causa non permansit, *§. servus autem*, *Instit. de hered. instit. §. cæteri*, *Inst. de hered. qualit. & diff.* hæc sunt notissima: præterea dixi *eodem gradu*, quia si servus proprius, qui primo gradu sit heres institutus sine libertate, & à secundo gradu, id est, à substitutione libertatem acceperit, vel contra, non fit heres necessarius, quia non eodem gradu, & liber, & heres est scriptus secundum jus vetus: nam hodie ex constitut. Justinian. nihil refert, quo gradu servo adscribatur libertas, *l. 4. hoc tit.* dixi præterea eodem testamento, quia secundum jus vetus si servo proprio data sit hereditas testamento, & libertas codicillis, etiam non efficitur heres necessarius: quia non potest videri recte data libertas codicillis, ne videatur hereditas codicillis confirmata, quod regula ju-

ris

ris non permittit, quæ dictat hereditatem codicillis neque dari, neque confirmari posse, nam qui confirmat, hereditatem dat, ut tutor, qui confirmatur, dativus est, non testamentarius, *l. tutores, D. de confirm. tut. l. jure, §. utile, D. de testam. tut.* Sed id quoque mutat Justin. *in l. pen. §. sed cum veteres, hoc tit.* nam si ut idem Justinian. constituit in eadem *l.* neque testamento, neque codicillis servo proprio heredi instituto relicta sit libertas, tamen præsumitur *κατὰ πρόληψιν*, per præsumptionem ex scriptura institutionis, vel substitutionis. Et multo magis assumetur si ei sit codicillis utcumque relicta. Postremo dixi cum libertate, id est, nominatim adscripta libertate, & hereditate simul, hoc modo, *liber, & heres esto*. Alioquin non recte institutus heres, sicut pluribus juris auctoribus visum est in *§. 1. Instit. de hered. instit.* *πολλῶν δέ τοι μῆτις ἀμείνων*, ut ait Apollonius, *multorum vero consilium melius*, unde quæri potest, quid sit dicendum, si quis servum proprium heredem instituerit sub appellatione liberti, hoc modo: *Stichus libertus meus heres esto*, an erit heres necessarius? minime, quia heres scriptus servus sine libertate non est heres necessarius, & nuncupare libertum non est servo adscribere hereditatem. Et hoc ita verum est summo jure: nam ex rescripto Antonini ad Aufidium Victorinum, id est, ex *l. 2. hoc tit.* benigna interpretatione ea scriptura, *Stichus*, &c. accipitur, ac si dixisset, *Stichus liber, & heres esto, d. l. 2. hoc tit.* Et tamen, quod mirum est, eadem l. 2. dicit, eandem benignam interpretationem non esse admittendam in legato: ergo legatum est inutile ita relictum, *Sticho liberto meo* 100. *do, lego*, quia servo proprio inutiliter legatur non adscripta libertate, *l. servus, inf. de leg. l. ex his verb. sup. de testam. milit.* Et libertum appellare, non est adscribere libertatem. Quæso cur potius valet institutio servi proprii facta non adscripta libertate, si modo institutus sit sub nuncupatione liberti? Cur benigna interpretatio magis admittitur in hereditate, quam in legato? non possis adferre rationem aliam libertatis, quam eam, quam adfert *l. filium, §. sed & si portio, D. de legat. præst.* quod hereditatis plenius sit beneficium, quam legati, ac proinde admittat etiam pleniorem interpretationem, quod plenior honor hereditatis sit, quam legati, adeo ut, si quæ fiat benigna, & favorabilis interpretatio in legato, multo magis in hereditate, non contra. Quod in alia re apparet evidentius ex *l. pen.* quandoquidem *ex ead. l. pen.* ex sola scriptura institutionis, vel substitutionis servi proprii, etsi non sit adscripta libertas, competit: hodie tamen ex solo legato, quod ei relictum est non competit libertas, ex *d. l. pen. §. illo videlicet*. Legatum tamen etiam non valet servo relictum sine libertate. Sed in illo §. Justinian. ut pietatis arbiter, impios existere ait heredes, qui servo legatum non præstant ex voluntate defuncti, qui serviles labores debita remuneratione defraudant, nec ullam tamen de legato actionem competere statuit, sed tantum improbe factum scribit, nihil ultra, quam quod impie factum sit, statuit in heredem. Quædam sunt leges imperfectæ, quæ vetant aliquid fieri, sed nihil ultra adjecerunt, quam non recte factum, ut in *l. si quis, §. funus, D. de relig.* vel improbe factum, ut in l. Valeria apud Livium lib. 10. satis arctum est vinculum ll. Exposita necessarii heredis appellatione, unde deducta sit, & quam ob causam necessarius heres potissimum scribatur, & necessarii heredis definitione vetere, & nova, veterem quidem dixi fieri novam, si ex ea detrahantur hæc verba, *eodem gradu, & testamento cum libertate*: Nam olim servi proprii institutio non aliter valebat, quam & si libertas ei eodem gradu, & testamento adscripta fuisset, hoc modo: *Stichus liber, & heres esto*: deinde placuit eum quoque servum recte heredem scribi, qui scribitur sub nuncupatione liberti ex benigna interpretatione Antonini Imp. id est, ex *l. 2. hoc tit.* Post hæc vero, quod nunc nobis explicandum est, benignitas illa Antonini, quæ paulum inflexit rigorem juris veteris: tandem elicuit à Justiniano pleniorem dignitatem, & abolitionem totius juris veteris, nempe ut institutio servi proprii valeret, etiamsi neque sit adscripta libertas, neque nuncupatio liberti: institutioni servi proprii tacite inesse libertatem, institutum servum proprium sine libertate, videri institutum cum libertate, *l. pen. hoc tit.* Quod & idem Justinian. in *Instit. tit. de hered. instit.* qui locus est singularis, ait esse æquius, id est, benignius, & Attilicino IC. placuisse, ut à constitutione Justiniani licet unus auctor juris, ac proinde non sit omnino nova sententia Justiniani. Et nunc videamus quo argumento hanc sententiam Justinianus confirmet. Si quis filiis suis impuberibus servum proprium tutorem dederit sine libertate, ex ipsa tutelæ datione præsumitur tacite ei etiam dedisse libertatem: quod omnes veteres juris auctores approbarunt, *l. si hereditas, §. ult. D. de testam. tut. l. & si non adscripta, in fi. de fideic. libert. §. 1. Instit. qui testam. tut. dari poss.* Sed est inter illum §. & illam *l. & si non adscripta*, notissima omnibus pugna quædam, in eo, quod §. 1. assignet directam libertatem, *lex & si non adscripta*, fideicommissariam, cui nos finem imponemus. Inde vero ita argumentatur Justinian. si per præsumptionem adsumitur libertas in persona servi proprii, qui tutor datus est sine libertate, & assumenda igitur est in persona servi, qui heres scriptus est sine libertate: quæ conclusio est vitiosa, & fallax. Major enim est ratio præsumendæ libertatis in tutore, quam in herede: Nam in persona tutoris duplex est favor, libertatis, & pupilli, ut tutorem habeat, ut ait *lex & si non ads.* In persona heredis scripti unus tantum est favor libertatis: duplex favor facilius elicit hanc præsumptionem, quam unus. Ac præterea in persona tutoris dati, *lex & si non ads.* adsumit tantum fiduciariam libertatem in persona heredis scripti, Justinian. in hac *l. pen.* assumit directam. Sunt igitur casus dissimiles: itaque idem Justin. ut hanc dissimilitudinem minuat, & conterat, & augeat similitudinem, qua utitur, & ut quam minimum claudicet efficiat, etiam in persona tutoris dati, sicut in persona heredis scripti assumit directam libertatem in *d. §. 1.* ut fortiter possis defendere liberum esse servo hoc, vel illo jure uti, id est, vel jure directo ad libertatem pervenire, vel ex causa fideicommissi, sicut si quis eodem testamento, & pure, & per fideicommissum liber esse jubeatur. Si cui per testamentum sit relicta directa, & fideicommissaria libertas, in potestate ejus est ex directo, an ex fideicom. ad libertatem pervenire velit, *l. si quis servo, D. de man. testam.* & ita sensisse videtur Thalelæus in *d. l. & si non ads.* dum ait, eum, qui non assumit in persona servi proprii tutoris dati fideic. libertatem, non ideo removere directam, & integrum esse servo hanc, vel illam sibi assumere ex tutelæ datione, & ita nodus explicandus est. Nunc si quæras ad hæc quod veteres quæsierunt, ut refert *l. pen.* quid sit dicendum, si servus proprius heres institutus sine libertate, ante institutionem, vel post institutionem eodem testamento alii legatus sit, an valet institutio? an valet legatum? Et hodie quidem res in expedito est: quia libertas, quæ tacite inest institutioni, est potior legato, sive præcedat legatum, sive sequatur institutionem, *l. si idem, D. de legat. 2. l. si peculium, §. 1. D. de manu. testam. & l. si servus, D. de fideicom. libert.* Olim cum libertas non inerat institutioni tacito intellectu, magna erat quæstio *προβληματικῶν*, utrum valeret legatum servi heredis instituti: Nam videtur servus heres ipse alii à semetipso legari inutiliter, ne idem sit debitor, & res debita. Et vix etiam evenire id unquam posse ait Justin. in hac *l. pen.* ut quis servum heredem suum alii leget. Institutio quoque videtur non valere, quæ præcessit legatum, quod non sit ei adjuncta libertas, si is servus accipiatur pro servo proprio testatoris: Nam si accipiatur pro alieno, utpote legato, valeret institutio, si & legatum valeret: & ita hereditas perveniret ad legatarium per servum legatum: atqui ostendit non posse valere. Item quærebatur an valeret institutio servi legati, cum scilicet legatum præcessit institu-

tionem : quia dubitatur utrum is servus sit accipiendus pro alieno, utpote legato, quo casu constat institutionem valere, & hereditatem adquiri legatario per servum adeuntem jussu legatarii, cui à coherede forte utiliter legatus est. An vero sit accipiendus pro servo proprio testatoris, quo casu inutilis est institutio, quæ non habet adjunctam libertatem, ut indicat *l. si servus, in fi. ff. de vulg. subst.* Dum ait servum legatum posse institui cum libertate : Nam ex contrario præbet argumentum, ut videatur non posse institui sine libertate secundum jus vetus, de quo tractamus : hunc locum ament juvenes dialecticis imbuti, nec veteris juris imperiti : neque vero novi potest esse peritus, qui antiqui est imperitus, sed si spectas jus novum, hæc quæstio inanis est, quoniam libertas tacita, quæ semper intelligitur inesse institutioni, facit ut evanescat legatum quocumque loco fuerit adscriptum, ante institutionem, vel post institutionem. Ejusdem generis est quæstio proposita in *§. ult. l. pen.* finge : proprius servus testatoris, quem testator alii legavit eodem testam. filio impuberi substitutus est in secundum casum, puta si ante pubertatem moreretur sine libertate. An valet substitutio? an valet legatum? Si servum acceperis pro alieno, utpote legato, valet substitutio, & quandoque existente conditione substitutionis, hereditas pupillaris legatario adquiritur, adeunte servo jussu legatarii : Nam & substitutio, & legatum valet. Sed si eum acceperis pro servo proprio testatoris, qualis est tempore testam. & mortis, non valet substitutio pupillaris, cum non est adscripta substituto libertas. Id vero explicatu difficillimum est, siquidem id velis explicare secundum jus vetus. Hodie est facillimum: nam institutus, vel substitutus sine libertate, habetur pro instituto, vel substituto cum libertate. Et ubi servus alii legatus cum libertate, pupillo substitutus est, constat in suspenso & in pendenti esse libertatem, quoad extiterit, vel defecerit conditio substitutionis : Ea existente competit libertas, quæ data est, & evanescit legatum : ea deficiente debetur legatum, & evanescit libertas, *d. l. si servus, §. ult. ff. de vulg. subst.* Igitur idem etiam erit omnino hodie si servus alii legatus, pupillo substitutus sit sine libertate. Et sequitur alia quæstio in *l. ult. hoc tit.* finge : servum proprium pure heredem scripsit sub conditione, liberum esse jussit : & constat jure veteri ex *l. 3. §. 1. & l. qui filio, §. si quis servum, ff. de her. instit.* institutionem illam puram, quamvis sit pura, differri in tempus, quo libertas, quæ data est sub conditione, expleta conditione obtingat. Ideoque expleta conditione demum liber, & necessarius heres erit, deficiente conditione, neque liber, neque heres erit. Et non distinguitur utrum casualis, an potestativa conditio fuerit. Et jure veteri in eo nullus est labor. At hodie quid dicemus, cum placeat Justin. institutioni semper tacite inesse manumissionem, & libertatem. An prævalet tacita manumissio, ut non sit expectanda conditio adscripta libertati? Sicut si quis eodem testam. & pure institutus, & sub conditione in alia parte testam. liber esse jussus sit, prævalet institutio pura, *l. 1. ff. de man. testam.* An vero dicemus in hac specie, nec hodie quidem institutioni tacite inesse manumiss. quia, ut vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitum, *l. ult. sup. de pact. convent. sup. dot. l. cum ex filio, §. 1. l. ult. ff. de fidei. lib.* An igitur expressa manumissio, quæ facta est sub conditione, facit cessare tacitam? Et Justinian. in hac *l. ult.* distinguit inter conditionem potestativam, & casualem. Potestativa est in arbitrio, & voluntate servi, cui imponitur, ut *si dederit* 10. *si ierit Lutetiam* : casualis est in casu, atque fortuna, *si navis ex Asia venerit*. In potestativa Justinian. probat quod ait *d. l. 3. §. 1. de hered. inst.* ne servus ante fiat heres, & liber, quam potestativam illam conditionem impleverit, ea non impleta, ut neque heres sit, neque liber. Sed velim addi exceptionem, nisi ei postea in codicillis pure sit relicta libertas, ex *l. qui filio, §. 1. de her. instit.* Cujus speciem explicare necesse est. Finge: servum quis proprium heredem fecit pure, & eodem testamento ei libertatem reliquit, eodemque gradu, sub conditione si intra cal. decem dederit, quæ plerumque est potestativa conditio : post deinde in codicillis eidem servo pure reliquit libertatem : pendente conditione servus neque heres fuit, neque liber : non certe ex testamento, quia pendet conditio adscripta in testamento, sine qua heres domino esse non potest: non etiam ex codicillis, ne videatur codicillis confirmari hereditas, quod regula juris non patitur, quia confirmare hereditatem, est dare, ut *l. pen. § sed cum veteres.* At si deficiat conditio, si intra cal. non dederit 10. proculdubio erit liber ex codicillis : heres autem non erit, quia ex eodem testamento libertatem non accepit : qui est insignis locus juris veteris, qui ita explicandus est. In casuali autem conditione Justinian. ita distinguit rursus in hac *l. ult.* Aut hereditas domini solvendo est, aut non est : si non est solvendo, & immineant creditores, etiamsi defecerit conditio libertatis, tamen ut consulatur famæ defuncti, servus protinus liber, & necessarius heres fit. Liber, inquam, ex tacita intellectione. Itaque expressa manumissio non facit cessare tacitam, cujus etiam causa est melior, cum tacita manumissio sit pura, expressa est conditionalis. Et ubi occurrit illa diversitas inter expressum, & tacitum, proculdubio expressum non facit cessare tacitum. Sed si hereditas sit solvendo, si sit locuples hereditas, & defecerit conditio libertatis, ea hereditas veniet ad substitutum vulgari modo servo datum, si quis fuerit : At si non fuerit substitutus vulgaris, veniet ab intestato ad legitimum heredem, excluso servo ab hereditate, non etiam ut constituit, excluso à libertate, quod mirum est. Nam libertas ei conservatur ex institutione, quæ tamen ipsa non conservatur, quia ab instituto hereditas transit ad substitutum, vel ad legitimum: atque ita evenit, ut expresso vitiato, non vitietur tacitum, quod extorsit favor libertatis, vel ut loquitur, humanitatis intuitus. Alias enim vitiato expresso, & tacitum, quod ei inest, vitiatur, in *l. 3. in fi. ff. de servit. rust. præd.* Et hic quoque expressa manumissio non facit cessare tacitam, & ita in hac *l. ult.* In casuali conditione Justinian. subtiliter distinguit, utrum fuerit solvendo testatur, vel non. Et ita, quod notandum, dicebam heri ad *l. fratres, sup. de inoff. test.* esse distinguendum, ut si non sit solvendo hereditas fratris, qui servum proprium heredem instituit, fratrem præterierit, is servus liber, & necessarius heres fiat, submoto fratre præterito à querela inoff. testam. Sed si solvendo fuerit hereditas, ut vocetur frater superstes ab intestato, excluso servo per querelam inoff. testam. fraterni. Hujus quæstionis species, ut dixi initio, hæc est: Servum fuisse institutum pure, & manumissum sub conditione eodem testam. quæso quid dicemus è contrario, si sit institutus sub conditione, & manumissus pure? Et hoc facile est definire ex *l. Trebatius, §. 1. & l. seq. ff. de her. inst. & l. cum servus, ff. de man. test.* ut deficiente conditione institutionis liber fiat ex manumissione pura, non etiam heres : Existente autem conditione, ut liber fiat, & heres necessarius : & quod postremo adjeci in definitione necessariorum heredum : heredes instituti, vel substituti in primum, aut secundum casum, sic accipe. Substituti in 1. casum, heredes sunt testatoris, substituti in 2. casum heredes sunt pupilli : Nam in 2. casum tantum fit substitutio pupillaris : hæc ergo adjeci, ut ostenderem, quem quis sibi necessarium heredem facere potest per institutionem, & per substitutionem vulgarem, & illum posse eundem facere heredem necessarium suo filio impuberi per substitutionem pupillarem ex *l. 2. §. prius, & l. sed si plures, §. 1. ff. de vul. sub.* Sic fit, ut frater fratri possit esse necessarius heres, & ut libertus patrono.



AD TITULUM XXVIII.

DE LIBERIS PRÆTERITIS, VEL EXHEREDATIS.

TIT. 28. est de liberis præteritis, vel exheredatis. Ergo de suis heredibus. Hi enim sunt liberi, qui in potestate morientis, & gradu proximiores sunt

delatæ

delatæ hereditatis tempore, *l. scripto, ff. unde lib. §. 1. & §.* A *cum antem. Inst. de her. quæ ab intest. def.* Est etiam hic tit. de iis, qui non sunt sui, sed à prætore ad successionem parentum vocantur inter suos. hi sunt liberi emancipati, quos prætor in successione parentum adæquat suis. Denique hic tit. est non tantum de liberis, qui sunt in potestate, sed etiam de emancipatis. Et sui quidem heredes etiam necessarii heredes sunt statim ipso jure, id est, ex 12. tab. tam ex testamento, quam ab intestato, *§. necessarii, Instit. de hered. qual. & diff.* & tam ex directo, quam ex fideicommisso, *l. 19. de rebus dub.* nec eis necessaria est aditio, quia ipso jure heredes existunt, & apparent derepente, *l. in suis, ff. de suis, & legit. hered.* Aditio, inquam, eis non est necessaria, id est, supervacua eis est, *l. 7. ff. de inoff. test.* Nam si ex abundanti velint adire solemniter hereditatem parentis, sane non prohibebuntur, atque ita B fit ut nonnunquam in jure sui dicantur adire non tam ex necessitate juris, quam ex sponte sua, *l. si duo, ff. de acq. heredit. l. si filius, ff. de collat. bon. l. 4. sup. de instit. & subst.* Ut si sint præteriti silentio, petere possunt bonor. possessionem contra tab. quæ tamen eis non est necessaria, *l. is, qui in potestate, ff. de leg. præst.* Sui igitur, & necessarii sunt, videlicet jure civili: Nam jure prætorio abstinere se possunt hereditate parentis, atque ita defugere onera hereditaria, & injuriam, qua forte afficerentur à creditoribus si non est idonea hereditas. Et puberes quidem possunt se abstinere beneficio prætoris, si non miscuerint se bonis paternis, impuberes etiamsi miscuerint se, *l. qui impuberibus, l. necessariis, ff. de acq. hered.* quod tamen beneficium heredes necessarii tantum non habent: liberi autem emancipati voluntarii heredes sunt, quia C alieni, & extranei heredes sane sunt, qui in familia morientis non sunt, quales sunt liberi emancipati, & omnes voluntarii heredes, atque etiam necessarii tantum, id est, servi cum libertate heredes instituti, nec enim sunt sui, & hi liberi sui, vel emancipati dicuntur præteriti, si neque instituti, neque rite exheredati sint, etiamsi legata, aut fideicommissa eis relicta sint, *§. eadem, Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Vel etiam sic definiamus: Præteriti liberi sunt, qui institutionis, vel substitutionis gradu, vel in omnibus gradibus silentio omissi sunt: eadem forma, qua præteriti Senatores apud Sextum Pompejum, qui non sunt lecti à Censoribus, atque adeo tacite loco moti videntur. Exheredati autem sunt, quos parentes à successione sua certo judicio submovere, quod fieri debet pure, non sub conditione, in *l. 3. §. 1. ff. de lib. & post. l. 18.* D *ff. de bon. poss. cont. tab.* Et alii quidem liberi exheredantur nominatim, alii inter cæteros, alii præteritione, atque silentio solo, si eorum non sit facta mentio in 1. gradu, vel in 2. vel in nullo: nam qui sunt præteriti à matre, vel avo, aut proavo materno, pro exheredatis habentur: horum parentum silentium exheredatio est, *§. ult. Instit. de exher. lib.* Item præteriti à patre, vel avo, vel proavo paterno, testam. jure militari facto, etiam pro exheredatis habentur, *l. 12. in princ. l. Paulus 2. §. ult. ff. de bon. lib. l. sicut. sup. de test. milit.* At præteriti à patre pagano, & faciente testamentum jure communi, vel ab avo, vel proavo paterno, & pagano, & faciente testam. jure communi, pro exheredatis non habentur, sed vel ab eis nominatim exheredandi sunt, vel inter cæteros: Idq; non quibuscumque verbis, sed directis verbis, certis, conceptisque E verbis, ne temere liberos suos bonis suis pellant, vel excludant, ut hoc modo, *ille filius meus exheres esto*: dubitabatur an & recte exheredaretur filius hoc modo: *filius exheres sit, vel filius exheres erit*: Sed placet & hoc modo exheredationem recte fieri, *l. filii, de lib. & post.* Dubitabatur etiam an his verbis recte fieret exheredatio: *filius meus alienus meæ substantiæ fiat*. Sed hæc verba etiam Justin. pro exheredatione sumit in *l. 3. hoc tit.* Ante Justinian. licet is, qui exheres esse jubetur, alienus fiat bonis paternis, & indignus esse existimetur successione paterna, *l. 12. §. si patronus, de bon. lib.* tamen hæc verba non erant exheredationis propria, abdicationis erant forte propria, ut cum apud Valer. Maxim. lib. 5. cap. 8. Torquatus filium suum Syllanum abdicat hoc modo: *Cum Syllanum pecuniam de sociis accepisse mihi probatum sit, & Repub. & domo mea indignum judico, & protinus è conspectu meo abire jubeo*: quæ abdicatio erat alterum fulmen patrum adversus filios potius, quam adversus filias, ut eleganter ait Quintil. in declam. 259. *Fulmen istud patrum, inquit, adversus ferociam adolescentiæ datum est, adversus filios, filias abdicare non decet, potius filios, qui peccare plus possunt*: sic est legendum. Nam vulgo perperam ita legitur, nullo sensu: *Fulmen istud patrum adversus ferociam adolescentiæ, datum est adversus filias abdicere, non debet plus filios, qui peccare plus possunt.* Sed hodie abdicatione non utimur, & restat patri tantum unum fulmen exheredatio, quæ etiam fit tantum mortis causa: Nec enim valet nisi post mortem patris, & post aditam patris hereditatem, *l. pen. §. 1. ff. de bon. poss. com. tab.* Abdicatio fiebat inter vivos: Et initio in exheredatione idem fuit jus omnium liberorum cujuscunque sexus, & gradus, nimirum ut non esset necesse eos exheredare nominatim, ut possent omnes exheredari inter cæteros, puta hoc modo, *ille mihi heres esto: cæteri omnes amici, & cognati exheredes sunto*: hoc est exheredare inter cæteros, veluti in aggere, & aversione. Sed postea juris auctores varias differentias constituerunt inter liberos: ac potissimum sunt tres, quæ nunc sunt explicandæ, atque ita explicabitur celeberrima *l. ult. hoc tit.* Prima differentia hæc est: filius si non instituatur heres, debet nominatim à patre exheredari, filia, nepos, neptis, & reliqui liberi possunt exheredari vel nominatim, vel inter cæteros, *§. 1. Inst. de exher. lib. l. si quis legatum, §. si institutus, D. ad l. Cornel. de fals.* Et hoc est, quod ait in *hac l. ult. & aliis verbis exheredari debere filium sanxerunt, aliis filiam.* Obstare tamen videtur *l. 2. hoc tit.* quæ exigit, ut nepos exheredetur nominatim, quem tamen diximus non esse necesse exheredari nominatim, sed posse exheredari inter cæteros. Sed animadvertendum est, *legem 2. hoc tit.* loqui de lege Jul. Vellea, & de eo tantum nepote, qui succedendo in locum sui heredis, id est, in locum patris sui mortui, vivo avo, atque ita subintrando in locum, & portionem sui heredis, rumpit testamentum veluti agnatione, si in eo non sit institutus, vel nominatim exheredatus, *§. postum. Instit. de exher. lib.* nominatim exheredandus est, quia redigitur ad conditionem filii per successionem, qui nominatim exheredari debuit, *l. sed & si cond. §. 1. D. de her. inst.* Et quod ait *l. 2. h. tit.* nepotem succedentem in locum sui heredis, mortuo patre suo, vivo avo, si in testamento avi sit præteritus, rumpere testam. sine impedimento l. Velleæ, hoc ideo dicit sine impedimento l. Velleæ, quia tunc tantum impedit l. Vellea rumpi testamentum, cum nepos invenitur in eo institutus, vel nominatim exheredatus, *l. Gallus 29. §. sequenti, D. de lib. & postu.* Et ad hoc etiam valde notandum est, in nepotibus exheredandis aliud fuisse jus civile, aliud jus prætorium: Nam jure civili nepotes, & omnes liberi cujuscunque gradus, vel sexus, excepto filio, possunt exheredari inter cæteros: Jure autem prætorio, quo vocantur emancipati liberi perinde atque sui, sive ad instar suorum, excepto filio, nepotes, & cæteri liberi masculi sunt exheredandi nominatim: Fœminas satis est exheredari inter cæteros. Et ita est proditum in *§. emancipati, Inst. de exher. lib. & in lib. reg. Ulp. tit. 22. §. emancipatos.* Et id est omnino, quod voluit notare *l. ult.* his verbis: *Et inter nepotes exheredandos,* quem locum doctorum nostrorum intellexit nemo. Secunda differentia hæc est: filio præterito jure civili, nullum est omnino testamentum: jure prætorio præterito filio datur bonorum possessio contra tabul. in assem, id est, in hereditatem totam: filia autem, & nepote, & reliquis liberis præteritis, valet testamentum, sed jure civili liberi præteriti habent jus accrescendi in portionem certam, id est, scriptis suis heredibus accrescunt in virilem portionem, scriptis autem extraneis accrescunt in semissem, *d. §. 1. Inst. de exhered. lib.* & in *Nov. Majoriani, & Leonis de Sanctim. & viduis.* Et

ubi

ubi ita accreverunt forte ſcriptis extraneis heredibus in ſemiſſem præſtant legata omnibus, nedum exceptis perſonis, quæ ſunt in teſtamento relicta pro ratione ſemiſſis, quem auferunt ſcriptis, perinde ac ſi ipſi ſcripti eſſent, quod valde ſingulare eſt, ut non ſcriptus heres oneretur, à quo nihil legatum eſt, deducta tamen Falcidia, id eſt, deducto quadrante ſemiſſis, qui eſt ſeſcuncia, *l. qui duos, D. de vulg. ſubſt.* nos in idiotiſmo noſtro diceremus Sekunciam tres ſemiuncas, ut ſeſquiſextarium dicimus tres heminas *trois demi-ſeptiers*, *trois chopines*, & ſeſquimodium, tres ſemimodios. Ita vero, ut notat Juſtinian. in hac *l. ult.* eveniebat, ut minus haberet filia præterita, minus auferret ex bonis paternis, quam quæ exheredata erat, quæ injuria exheredationis certo judicio patris effecta erat, quod evenit etiam in ſpecie *l. pen. §. ult. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Nam ut hoc demonſtrem, filiæ exheredatæ relinqui, vel repleri debet quadrans totius aſſis ad excludendum centumvirale judicium, id eſt, querelam inofficioſi teſtamenti: Nam in hac *l. ult.* in qua fit mentio centumvirorum, reſpicit ad querelam inofficioſi teſtamenti, quæ eſt centumvirale judicium, *l. Titia*, *l. qui repudiantis*, *D. de inoff. teſtam.* A quo judicio ut ſubmoveatur filia exheredata, neceſſario, ut ante dixi, ei repleri debet quadrans totius aſſis. Præteritæ autem filiæ, ut dixi, ſufficit quadrans ſemiſſis, id eſt, ſeſcuncia, atque ita minus habet quæ ſilentio omiſſa eſt, quam quæ affecta eſt, atque notata ſumma injuria, ictaque illo fulmine, quia ſcilicet filiæ præteritæ non patet aditus ad aſſem, vel quadrantem aſſis per querelam inofficioſi teſtamenti, quia hæc actio eſt ſubſidiaria, *§. tam autem*, *Inſt. de inoff. teſtam.* Id eſt, non datur ei actio inofficioſi teſtamenti, cui aliud jus, aliave actio ſuppetit. Et filiæ præteritæ ſuppetit jus accreſcendi: & hæc ita quidem ſe habebant jure civili, cum quo non conſentiebat jus prætorium: Nam jure prætorio filiæ, & reliquis liberis præteritis dabatur bon. poſſ. cont. tab. in aſſem cum onere præſtandorum legatorum, perſonis tantum exceptis, puta liberis, aut parentibus, aut nurui, aut uxori in edicto *de legat. præſtand.* non omnibus legatariis. Sed ut refert idem Juſtin. in *hac l. ult.* qui locus eſt ſingularis, nec habet parem in toto jure civili, ex conſtit. Antonini filiæ, & reliquis liberis præteritis non datur bon. poſſ. cont. tab. niſi in eam portionem, pro qua jure civili heredibus ſcriptis adcreſcunt, id eſt, in virilem, vel in ſemiſſem. Hactenus de 2. differentia. Sequitur tertia: filius ſub poteſtativa tantum conditione inſtitui heres poteſt, niſi inſtitutus ſub caſuali in defectum ejus nominatim exhederetur. At filia, nepos, & reliqui liberi ſub omni conditione heredes inſtitui poſſunt, & ſub caſuali igitur, licet in defectum ejus nominatim non exheredentur, *l. ſunt*, *l. ſed & ſi cond. §. 1. ff. de hered. inſtit.* *l. 1. §. ſciendum*, *ff. de ſuis*, *& legit. hered.* Et hæc 3. differentia prætermiſſa, nec ſublata: Nunc Juſtin. in hac *l. ult.* tollit ſuperiores omnes, reducto jure vetuſtiore, qui tamen & hanc 3. differentiam tollere debuit, cum pendeat ex conſequentia ſuperiorum. Nam cur filius non poteſt inſtitui ſub conditione caſuali? quia ea deficiente inveniretur præteritus, & ita corrueret teſtamentum: cur nepos tamen, & reliqui liberi poſſunt inſtitui ſub conditione caſuali? quia ea deficiente invenientur exheredati inter cæteros ex vulgari clauſula quæ ſolebat apponi teſtamentis, *Cæteri præter quos heredes ſcripſi exheredes ſunto*, *l. Titius*, *D. de lib. & poſt.* Igitur & hanc tollere debuit, quod cum non fecerit, manet. Nam ſyllogiſmi nihil valent in novis conſtitutionibus, nihil argumenta à conſequentibus, quia non licet jus novum extendere ultra ſuos fines. Et vult ergo tantum Juſtinian. ut ſicut ab inteſtato inter liberos nulla eſt differentia ſexus, vel gradus in ſucceſſione parentum, ita etiam ut nulla ſit differentia inter eos in teſtamento, ſed ut omnes nominatim exheredentur, ſi parens velit eos exheredare, non inter cæteros, cujuſcumque gradus ſint, vel ſexus: & ſi forte præteriti ſint, ut omnes ſine diſtinctione ſexus, & gradus eadem jura habeant, quæ habuit filius jure civili, & prætorio. Verum nequid prætermittamus eorum, quæ continentur in hoc titulo, notandum in l. 1. quam nondum attigi, filium vel exheredari ab uno gradu, puta ab inſtituto tantum, vel à ſubſtituto tantum, in caſum inſtitutionis tantum, vel in caſum ſubſtitutionis tantum: Et tunc is tantum gradus valet, & ab eo incipit teſtamentum, etſi remotior gradus ſit, à quo filius exheredatus eſt: Cæteri gradus, in quibus præteritus eſt, nullius momenti ſunt. Ab uno autem ex heredibus unius gradus filius inutiliter exheredatur, *l. non putavit*, *§. ſi quis ab uno*, *D. de bon. poſſ. cont. tab.* quia non exheredatur à toto gradu, ſed à parte gradus, à re certa, aut portione certa, & à re certa non fit recte exheredatio, vel in partem caſus tantum, *l. cum quidam*, *D. de lib. & poſt.* Exheredandus eſt igitur à toto gradu, non à parte, id eſt, ab uno ex inſtitutis, vel ab uno ex ſubſtitutis: vel etiam filius exheredatur ab omnibus gradibus, & utique videtur exheredatus ab omnibus gradibus, ſi ante gradus omnes exheredetur, ſi primo loco, vel prima parte teſtamenti exheredetur, vel etiamſi exheredetur inter inſtitutionem, & ſubſtitutionem, & à conſequenti, & à ſubſequenti gradu exheredatus videtur: ab omnibus igitur exheredatus videtur. Quid ſi exheredetur ab omnibus gradibus heredum, id eſt, poſt omnes? hoc caſu non videtur exheredatus niſi à poſteriore gradu, & in poſteriorem caſum. Igitur à poſteriore gradu incipiet teſtamentum: Superiores nulli erunt, in quibus eſt præteritus. Denique ſic ſtatuamus: exheredatus poſt omnes gradus, à poſteriore tantum exheredatus videtur, non ab omnibus, cum hac exceptione ex *l. 1.* niſi appareat eam fuiſſe mentem teſtatoris, ut quem exheredaret ab ultimo gradu, exheredaret ab omnibus. Nam plerumque in teſtamentis idem eſt ſcripſiſſe aliquem, & ſenſiſſe nec ſcripſiſſe: quia totum facit ſententia defuncti: Nam quid ſenſerit explorandum eſt: Idem eſt expreſſiſſe, & intellexiſſe *l. 88. D. de legat. 1. l. 6. ff. de aſſig. libert.*



AD TITULUM XXIX.

DE POSTUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS: VEL EXHEREDANDIS.

TIT. 29. eſt etiam de ſuis heredibus: nam eſt de poſtumis (id eſt, de his, qui ſunt in utero, quique nati nobis ſui heredes futuri ſunt) heredibus inſtituendis, vel exheredandis, id eſt, non prætereundis. Superior titul. eſt de jam natis, hic eſt de naſcituris. de quib. cum fuerit etiam finis tituli ſuperioris, id eſt, *§. ult. l. ult.* ex eo quam apte hic tit. mox illi coaptatus ſit, intelligi poteſt. Separati autem ſunt tit. de liberis, & poſtumis: Nam & inter liberos, & poſtumos ſunt ſeparationes, ſive differentiæ plures, quas explicaturus ſum. & prima quidem differentia hæc eſt: In liberis ſuperſtitibus præteritis jus civile fecit differentiam ſexus, ut heri oſtendi, atque etiam jus prætorium, quod olim obtinuit: in poſtumis præteritis nullam fecit differentiam ſexus, ſed cujuſcumque ſexus ſint poſtumi præteriti agnaſcendo jure civili totum teſtamentum rumpunt, *l. 1. hoc tit.* & jure prætorio habent bo. poſſ. cont. tab. *l. 2. ſup. de bon. poſſ. cont. tab. l. 1. §. 1. ff. eod.* Rumpunt autem teſtamentum agnatione, ut dixi, id eſt, ſtatim atque nati ſunt, quamvis illico deceſſerint, ne voce quidem emiſſa, aut ejulatu ullo, in manibus aſſæ, ſive obſtetricis, quibus excipiuntur, modo nati ſint vivi, & homines, non monſtra, *l. 3. h. t.* Nam abortu teſtamentum non rumpitur, agnatione rumpitur, *l. 2. hoc tit.* Sed neque aborſu rumpitur: & inde Paul. 4. ſent. aborſum, vel abactum ventrem partum non facere. Abordiri eſt non ordiri, vel in ipſo ordiendi initio fœtum ejici nondum ullo ſpiritu præditum. Aboriri autem eſt non oriri, non agnaſci: Varro 4. de ling. Lat. *De re*, inquit, *ubi omnia oriuntur*, *ubi aboriuntur*. Abortivi igitur ſunt, qui mortui utero prodeunt, qui à veteribus dicti ſunt extranei apud Feſtum: proinde

abor-

abortivi oon sunt liberi: quia nec nati sunt, qui mortui prodiere, *l. qui mortui, ff. de verb. sig.* Augustin. 22. lib. de Civit. Dei cap. 12. *Abortius*, inquit, *fœtus non nati, sed effusi*. Monstri quoque, vel prodigii ortu, sive alterius magis animalis, quam hominis partu non rumpitur testamentum, *l. 3. in fin. h. t.* quia hæc monstra, sive prodigia etiam liberos non appellamus, *l. non sunt liberi, ff. de stat. hom.* Neque obstat *l. quæret, ff. de verb. sig.* quæ etiam monstra non dicit esse liberos, non dicit esse partus, sed vult mulieribus cedere, & proficere partus loco in odium l. Juliæ, & Papiæ, de qua est illa lex, quæ mulieres orbas liberis, vel steriles plus nimio coercet. Non omittam, quamvis sit admodum leve, ut conservem fidem scripturarum iu *l. 3. h. t.* in hoc loco, *Veterum animi*, omnes libros autiquos habere, *veteres animi*. Et ita etiam scriptum reperies in omnibus antiquis libris, ut in *l. 22. inf. de leg. veteres animos movit.* Et sic scribendum est, & mansit integra ea scriptura in *l. 9. sup. qui test. fac. poss. Antiquos animos movit.* Et est frequens in Novellis græcis impressis ea locutio. Quod ait *l. 2. hoc tit.* non convalescere, non restitui testamentum, quod rupit agnatio postumi, etiamsi illico decesserit. Quod ego retuli ante, hoc ita verum est, si post mortem testatoris natus, & illico mortuus sit: Nam si vivo testatore nascatur postumus, & denascatur, id est, moriatur illico, ex æquo, & bono testam. convalescet, maxime si in eo fuerit scriptus, qui omnino ab intestato rem habiturus est. Et hæc est elegantissima sententia *l. post. ff. de ini. rupt. & irr.* quæ est ita adducenda in concordiam cum *l. 2. hoc tit.* & hac in re, quod notandum est: & hæc erit secunda differentia inter postumum, & filium superstitem, à postumo distat filius superstes, quia etiamsi filius præteritus moriatur vivo patre, testamentum non restituitur, non convalescit, *§. 1. Instit. de exher. lib. l. 7. ff. de lib. & postu.* Et ratio diversitatis hæc est, quæ constituet tertiam differentiam inter postum. & filium superstitem, quia filius superstes præteritus in testamento patris, statim ab initio, & semper injustum, & nullum testamentum facit: postumo autem præterito testamentum valet ab initio, sed rumpitur si nascatur, *l. 3. §. ex his apparet, ff. de ini. rupt.* Et facilius ergo convalescit, quod valuit ab initio, quam quod numquam valuit: hæc est ratio diversitatis, & 3. differentia inter postum. & filium superstitem. Quamquam & ex æquo, & bono ubi ab initio nou valuit testamentum, puta filio præterito, testamentum sustineatur, & tueatur potius, quam convalescat ex voluotate filii præteriti, cujus interest. Quidni, si se abstineat à bonis paternis, nec velit injuriam præteritionis exequi? *L. filio præterito, D. de ini. rupt.* Sicut codicilli irriti sustinentur, & quodammodo restituuntur ex voluntate heredis, *l. cum quasi, §. ult. D. de fideic. lib.* Postumi igitur non rumpunt testam. antequam nascantur: Nati rumpunt, si modo nati sint sui, vel post mortem testatoris, qui sunt postumi legitimi, vel post testamentum factum vivo testatore: qui sunt postumi Vellejani ex 1. cap. l. Velleæ. Alii sunt postumi Juliani, qui post factum testamentum vivo testatore nati sunt oon sui, sed postea eodem testatore vivo succedunt iu locum sui, de quibus omnibus est *l. Gallus D. de lib. & post.* Alii sunt non postumi, sed quasi postumi, sive postumorum loco, quā scilicet cum nati essent testamenti tempore, nec essent sui, postea vivo testatore iu locum sui succedunt, & quasi agnascuntur, sive renascuntur, de quibus est 2. caput l. Velleæ, *d. l. Gallus, & l. 2. sup. tit. prox.* Et hi omnes, quos recensui, agnatione, vel quasi agnatione, id est successione, rumpunt testamentum, in quo silentio præteriti sunt. Et inde existit differentia inter postumum, & filium superstitem: Namque omnes differentiæ, quæ inter eos sunt, catenatæ sunt, & nectuntur aliæ ex aliis. Quarta hæc est, si postumus à primo gradu sit præteritus, à 2. exheredatus, id est, à substituto, rupto primo gradu agnatione postumi, quod in eo fuerit præteritus, rumpitur etiam 2. gradus, in quo tamen ei satisfactum est: quia postumus rumpendo primum gra-

A dum locum sibi facit in hereditate, bona & occupat, & consequenter excludit secundum gradum. At si filius superstes sit præteritus à 1. gradu, à 2. exheredatus, secundus gradus valet, & ab eo incipit testam. quia primus gradus pro oullo est, *l. 5. §. ult. de ini. rupt.* Addamus quintam differentiam, quæ est ultima, & quam solam sustulit Justin. Quinta igitur differentia hæc est: filia superstes secundum jus vetus potest exheredari inter cæteros sine adjectione legati: filia postuma, cæteræque fœminæ postumæ non recte aliter exheredantur inter cæteros, quam si eis aliquid legetur, id est, cum adjectione legati, ne videantur præteritæ per oblivionem: Nam legatum eis relictum, argumentum dabit earum meminisse testatorem, atque adeo data opera eas exheredasse, atque comprehendisse sub appellatione cæterorum, *§. Postumi,*
B *Inst. de exhered. liber.* Sed hanc differentiam Justinianus tollit in fine tituli superioris, & vult filios, & filias, postumos, & postumas æque omnes exheredari nominatim, hoc scilicet modo: *Quicumque mihi genitus erit ex uxore mea exheres esto*: vel, *Venter exheres esto* Postumus iu hoc loco est venter, vel, *Postumus, & postuma exheres esto*, ut in *l. 3. §. nomin. D. de ini. rupt.* ut jam eis exheredatis nominatim eo modo non sit necesse adjicere legatum, quo videatur testator eorum meminisse. Quod etiam olim fuisse observatum in postumis masculis, refert Ulp. *lib. Reg. tit. 22.* Sed ad hæc notandum est ex *Nov. 115.* hodie exheredationem postumi ipso jure nullam esse, quia exheredatio nulla est sine elogio, id est, non adscripta causa ingratitudinis, & probata etiam ab herede liquidis, & indubitatis probationibus, ut ait
C *l. ult. sup. de secund. nupt.* Quæ autem potest esse ingratitudinis causa in postumo? quæ causa irascendi ventri? etiam notandum est ex eadem Novella hodie ex causa exheredationis, vel præteritionis, si deficiat elogium, vel si oon probetur, per querelam inofficiosi testamenti non rescindi totum testamentum, ut olim, non rescindi omnem tenorem testamenti, sed tantum institutionem, legata omnia conservari, & fideicommissa, & præstari ab exheredato, qui obtinuit querela inofficiosi testamenti: atque ita fit, ut non scriptus heres oneretur legatis à se non relictis: sicut olim, ut heri dixi, filia præterita, quæ scriptis heredibus accrescebat in semissem, pro semisse legata præstabat omnibus. Conservari etiam tutelas, & libertates, & tabulas pupillares, & omnia, quæ sunt scripta iu testamento præter institutionem. Sed ne
D circumscribamur, ne latissime accipiamus novam constitotionem, dum ait ex causa exheredationis, vel præteritionis solam institutionem infirmari, sed eam tantum accipiamus de præteritione, quæ pro exheredatione habetur, ut si facta sit à matre, vel avo materno, vel à patre milite, vel à filio, vel à fratre: nec accipiamus eam de præteritione, quæ pro exheredatione non habetur: Nam hæc præteritio totum testamentum infirmat, & nullum ab initio facit, & ea Novella pertinet tantum ad querelam inofficiosi testamenti, quæ datur exheredatis tantum, aut præteritis, qui pro exheredatis habentur. Neque vero pertinet ad bonorum possessionem contra tabul. quæ datur præteritis, qui pro exheredatis non habentur, neque ad querelam injusti testamenti, nullius, aut rupti: & ita etiam rectissime sensit
E Alciatus 4. Parerg. cap. 9. & fui semper in ea sententia, nec me pœnitet: Nam utar eodem argumento, quo Justinianus ipse utitur in *l. si quando, sup. de inoffic. testam.* Unico verbo præteritionis adjecto exheredationis verbo è propinquo: Principem Romanom, qui jura tuetur, non videri obvertisse totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inventam. Et tamen in alia sententia sunt & Latini, & Græci plerique omnes. Non est omittendum, quod habetur *l. ult. hoc tit.* quandoquidem est valde novum, & dabit finem huic recitationi, & huic titulo: Si postumus sit heres institutus in hunc casum: *Si post mortem meam nascatur heres esto*, qui est casus juris antiqui, sive legis 12. tabul. & nascatur vivo testatore, non post mortem,

tem, quia in eum casum non est institutus, *si me vivo* A *nascatur*, sed in alterum tantum, an videtur in eum casum prætritus, ut vivo testatore natus rumpat testamentum? minime: Quoniam ex hac l.ultima, casus ille juris antiqui, *si post mortem nascatur* porrigitur ad casum legis Velleæ, *si me vivo nascatur*, latius assumpta voluntate defuncti, quod omnino pugnat cum *lege commodissime*, *&* *l.Gallus*, *§.forsitan*, *D. de lib. & posth.* ex quibus casus ille non ducitur ad alium casum. Pugnat cum *l. si pater filium*, *D. de vulg. subst.* & cum Paulo in 3. *Sentent. tit. de testamentis*: & omnino in hac l.ultim. Justinianus voluit abrogare sententiam veterum JC. qui restrictius accipiebant institutionem postumi, & in suo casu coercebant, nec eam ducebant ad alterum casum: quod præsumatur testator & eos, & postumum fuisse instituturus, si quidem putasset postu- B mum nasciturum se vivo. Justinianus ita proponit fuisse conceptam institutionem, *Si filius*, *vel filia intra* 10. *menses editi fuerint post mortem meam heredes sunto*. Illud spatium 10. mensium solebat apponi in institutionibus postumorum, quoniam hoc est spatium partus legitimi, *l. ult. D. de fideicomm. libert. l. 3. §. ult. D. de su. & legit. hered. &* *d.l.Gallus*, ut rectissime dicat Oppianos *de venatione*, *lib.* 1.

Ὡς δ' ὅτε τις κούρη δέκατον περὶ μῆνα τελέσσῃ
Πρωτοτόκος λοχίῃσιν ὑπ' ὠδίνεσσι τυπεῖσα.

Et quamvis adjecerit *post mortem meam*, id est, intrà decem menses numerandos à morte mea, *qui nascetur post mortem meam*, *heres esto*, tamen & ex testamen- C to heres erit si nascetur vivo testatore, nec pro præterito habebitur. Accursius putat idem non esse dicendum in exheredatione, ut si sit exheredatus, *qui nascetur post mortem meam*, non videatur etiam exheredatus, *qui nasceretur me vivo post testamentum*: forte aliud dicendum est, & omnino idem statuendum in exheredatione, quod in institutione rumpatur testamentum: Nam etiamsi dicatur non esse exheredationes adjuvandas interpretatione, sicut institutiones, quod sint odiosæ, *l. cum quidam*, *D. de lib. & post.* tamen nonnumquam adjuvandæ sunt, ut in proposita specie in hac lege ultima, si testator ita dixerit, *si filius*, *vel filia nascentur*, *heredes sunto*: utroque nato filio, & filia, uterque videtur institutus, & disjunctio accipitur pro conjunctione: & idem omnino est in exheredatio- D ne, si ita dixerit, *si filius*, *vel filia mihi natus*, *natave erit*, *exheres esto*: utrisque natis non rumpitur testamentum, quia utrique exheredati videntur, *l.si ita facta*, *ff. de ini. rup.* Atque ita exheredatio admittit nonnunquam latiorem interpretationem confirmandi testmenti gratia. Neque huic sententiæ obstat quicquam *lex* 1. *§. sed etsi*, *ff.de ventre in poss. mitt.* ubi exheredatio stricte accipitur: Nam si testator ita dixerit, *si filius mihi nascatur*, *exheres esto*, & nascatur filia, non erit exheres filia, vel si nascantur plures filii, nulli erunt exheredes, quia adhæremus scripto præfracte, & ita scripsit, *si filius unus*, sed differentiæ causa est in conceptione verborum, quia dixit, *si filius unus*, in specie proposita dixit, *si filius*, *vel filia*, & elegantissime Græci in illum locum, quod potest accommodari frequenter, *ἡ διαφορὰ τῆς σφραγῖδος τῶν ῥημάτων τῆς διαθήκης διαφορὸν ἀποτέλεσμα ἐργάζεται*, id est, *differentia conceptionis*, *vel consignationis verborum testamenti diversos effectus parit*. Unum omisi E supra de exheredato, qui agit querela inofficiosi testam. si forte ei pater reliquerit legatum amplissimum, an hodie, quia ex causa exheredationis non infirmantur legata, sed institutio tantum, an possit petere legatum, qui per querelam institutionem evertit? Et respondet Accurs. in *l.ult. sup.tit. prox.* non petiturum legatum, qui expugnavit testamentum per querelam inofficiosi testamenti, quod etsi non comprobat Accursius, tamen, ut notant interpretes, est vero verius, ut apparet ex *l.filium*, *§.omnibus*, *ff.de leg.præst.*

AD TITULUM XXX.

DE JURE DELIBERANDI, ET DE ADEUNDA, VEL ADQUIRENDA HEREDITATE.

HIC titulus est de voluntariis heredibus: Nam jure civili voluntariis tantum heredibus competit jus deliberandi, id est, potestas consultandi, utrum expediat adire hereditatem, necne: quia inviti non adeunt, cum sint voluntarii, *l.16. hoc tit.* videlicet suo periculo: Nam alieno periculo possunt compelli adire, puta ex SC. Trebelliano, ab eo, cui rogati sunt hereditatem restituere, quod notissimum est. Jure autem Prætorio, etiam suis heredibus competit jus deliberandi, quia se abstinere possunt: necessariis heredibus, id est, servis propriis defuncti, neque jure civili, neque jure Prætorio competit jus deliberandi: & hoc primum posito, deinde adnotemus ad deliberandum vel à testatore ipso dari certorum dierum spatium, quod dicitur *cretio*, ut Ulpianus docuit *lib. reg. tit.* 17. *&* 22. & intra eos dies à testatore præsinitos, num velit heres esse, debet cernere: inde appellata est *cretio*, quia proprium est heredis instituti cernere, ut didicimus à veteribus: nostri utuntur verbo *decernere*, & *scire*, ut in *l.pupillus*, *D. de adq. hered.* Pupillum posse adire tutore auctore, licet ea ætas neque scire, neque decernere quicquam possit, non magis quam furiosus ex *l. is*, *qui heres*, *§.pen. ff. eod.* substitutum inutiliter repudiare, antequam heres institutus decernat de hereditate: cujus rei gratia datur ei cretio, id est, tempus ad cernendum, sive decernendum: Et ita quod olim veteres dicebant *cernere ferro*, hodie dicimus *decernere*: Seneca initio Epistolæ 58. *Simplicia*, inquit, *quædam in usu erant*, *sicut cernere ferro inter se dicebant*: Idem Virgilius hoc probabit tibi,cum ait:

Inter se coiisse viros, *& cernere ferro*
Quod nunc decernere dicimus....

simplicis illius verbi usus amissus est, vel etiam ad deliberandum moderatum tempus præsinitur judicis arbitrio,*l.9. h.tit.* Ita tamen,ut ne pauciores dies dentur à judice,quam centum, *l.2. D. eod. tit.* quia & solemne cretionis tempus fuit centum dierum, ut apparet ex hac formula cretionis, *Titius heres esto*, *cernitoque in diebus centum proximis*, apud Ulpian. & in *l.si Titio*, *§.* 1. *quando dies leg. ced. l.3. §. & si heredes*, *ff. de minor.* hodie, quem diem princeps, vel judex, à quo petitur tempus ad deliberandum constituere debeat, definitum est in *l.ult. §.& hæc quidem*, *vers. sed quia*, *hoc tit.* Ne princeps det ampliorem anno, ne judex ampliorem 9. mensibus, & ne iterum det hic, vel ille post annum, vel post 9. menses, cui semel dederit annum, vel 9. menses ad deliberandum, vel consultandum de hereditate adeunda, vel non. Olim sæpius dari poterat jus deliberandi, dummodo judici suaderetur tempus, quod primum additioni præstitisset non sufficere, *l.3.ff. eodem tit.* & hodie etiam dabitur sæpius intra annum, vel 9. menses, si initio brevius dederit, non etiam post annum, vel 9. menses: quæ est sententia *d. vers. sed quia*. At si neque à testatore, neque à principe, aut judice datum sit tempus ad deliberandum heredi instituto, vel heredi legitimo, forte nullis creditoribus postulantibus, nullis liberis exheredatis, jus adeundi, ut opinor, est perpetuum, non ut jus agnoscendæ bonorum possessionis temporarium: hæc est differentia inter jus civile, & prætorium: Nam jure civili adeundi facultas est perpetua, si à judice, aut testatore non sit præscriptum tempus deliberationis: Jure autem Prætorio agnitio bonorum possessionis est temporalis, id est, annua, aut centum dierum: & hoc ita etiam adnotatunt Græci interpretes ad *l.4. sup. qui admissi ad bon. poss. possint*, hic verbis τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐχ ὁρίζεται, id est,

jus

jus civile tempore non excluditur. adeo ut etiamsi suus heres non petat bonorum possessionem intra tempora constituta, possit post ea tempora adire hereditatem, eamque transmittere ad suos heredes. Ergo ita est, si non sit præstitutum deliberationis tempus à testatore, vel à judice, jus adeundi esse perpetuum: neque tamen hoc ita probabis recte, ut faciunt quidam: petitio hereditatis est perpetua, quod est verum, non excluditur longo tempore, *l. hereditatis*, *sup. de petit. hered. l. 4. inf. in quib. caus. longi temp.* ergo jus adeundæ hereditatis est perpetuum: vitiosa est collectio. Nam & possessoriæ actiones, aut possessoria bonorum petitio hereditatis, quæ bonorum possessori datur, est perpetua, *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* Et tamen jus agnoscendæ bonorum possessionis non est perpetuum: male etiam probabis ex *l. 8. hoc tit.* quam tamen in eam rem citant vulgo, jus adeundi, vel jus miscendi se esse perpetuum: Nam l. 8. cum loquatur de suis heredibus, qui ipso jure heredes existunt, necessaria eis aditio non est: & cum dicat ea lex, *vindicent*, loquitur potius de petitione hereditatis, quam dicit non excludi præscriptione longi temporis. Denique hoc tantum vult, petitionem hereditatis quæsitam ei, qui ipso jure heres existit, esse perpetuam: contra male etiam colliges ex *l. 1. §. ult. ad Tertullian.* jus adeundi non esse perpetuum, quod tentant hoc modo ex hoc loco, apparet filiam præscriptione longi temporis repelli ab hereditate materna: ergo jus adeundæ hereditatis maternæ non est perpetuum. Sed respondetur illum locum, quæ pars est SC. Orfitiani, referri ad præteritum tempus, quod fuit ante SC. & quo filius ab intestato non præferebatur agnatis matris suæ, nec poterat ab eis vindicare hereditatem maternam, ut scilicet etiam nunc post SC. Orf. filius ab eis vindicare non potest, si eam ante longo tempore possederit. nec enim hoc casu filio competere petitionem hereditatis. Et hæc sufficiant de his verbis hujus tit. *de jure delib.* Sequitur, *& de adeunda hereditate*, quod ostendit etiam hunc titulum de voluntariis heredibus, quibus solis est necessaria aditio, suis non est necessaria aditio, vel bonorum possessio, *l. in suis*, *ff. de suis, & leg. hered. l. 7. ff. de inoff. testam. l. 13. hoc tit.* Aditio sic dicitur quasi aditus, & accessus ad hered. adire hered. adire bona, adire testamentum, sic enim loquuntur varie: est accedere ad hereditatem, accedere ad bona, accedere ad testamentum, quod etiam dicunt subire, & obire hereditatem, & duo significat: Namque aditio alias accipitur pro cretione, quæ dicitur intra tempus à testatore constitutum, id est, pro aditione solemni, alias pro aditione simplici, & nuda contestatione amplectendæ hereditatis, qua hodie utimur, detractis cretionis solemnibus: Neque enim in adeunda hereditate infinitas illa testium requiritur, quæ requirebatur olim, ut indicat epist. quædam Cic. 13. ad Atticum. Nec solemnia cretionis verba diligentius observamus qualia retulit Ulp. *Cum Mævius me heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*: nec etiam dicentem adire se hereditatem necesse est, quod olim erat necesse, eum arripere rerum hereditariarum corpus aliquod, idque tenentem eum, dicere se adire hereditatem, ut *l. 1. C. Th. de legit. hered.* non est necesse digitis concrepare, eoque signo demonstrare jactam esse aleam, & se hereditatem defuncti amplecti, se obligare æri alieno defuncti, & omnibus hereditariis oneribus: quem morem Ambrosius melius, quam Cicero, & evidentius expressit in 3. de off. *Non ego*, inquit, *in hereditatibus adeundis digitorum concrepationes, & nudi successoris salutationes notabo*, *&c.* Hæc solemnia cretionum primum remissa sunt in hereditate materna, vel qua alia delata filiof. ut scilicet etiamsi eam non crevisset jubente patre, nihilominus mortuo filio, transmitteret in patrem, in cujus potestate fuit, *l. 4. & l. 8. Cod. Th. de Mat. bonis*, *l. 1. C. Th. de cret. vel bonorum poss.* Postea ea solemnia cretionum remissa sunt omnibus heredibus, & ideo cum in d. l. inserta essent hæc verba, *Si materna hereditas filiofam. vel alia quæcumque deferatur*, Tribonianus in *l. cretionum*, *hoc tit.* quam duxit ex d. l. 8. hæc verba sustulit, ut intelligeremus hodie generaliter, & in universum sublata esse solemnia cretionum, quod notandum, & ubicumque invenit idem Tribon. nomen *cretionis*, ea ratione semper obliteravit, & pro eo posuit nomen *aditionis*, vel *agnitionis*. In *l. 15. h. tit.* cum esset scriptum in *l. 5. C. Th. de maternis bonis*, *diceret cretionem*, id est pronuntiaret verba cretionis, reposuit Tribon. *si adieris hereditatem*: Nam l. 15. h. tit. ducta est ex d. l. 5. ex qua apparebit etiam esse conjungendam cum *l. 3. sup. unde lib.* & similiter in *l. ea, quæ, sup. de temp. in integr. restit.* verbum *cretionis*, quod erat in *l. 2. C. Th. de in integ. restit.* ex qua illa ducta est, Tribonianus expunxit, ut his argumentis, quibus & pleraque alia adjungi possunt, liquido appareat in universum hodie cretionum solemnia esse sublata. Verum meminisse oportet effectum tamen cretionis remanere, & solo effectu inspecto aditionem hereditatis appellari actum legitimum, *l. actus, de reg. jur.* Nam fit pure, in *l. eum, qui, §. ult. de acq. hered.* Et fit semel, non iteratur, *l. si solvi, §. ult. ff. eod.* & per heredem ipsum, non per procuratorem, non per tutorem, non per curatorem, in *l. per curatorem, eod.* nisi sit procurator Cæsaris, *l. 1. §. ult. ff. de off. pror. Cæsar.* vel pupillus heres scriptus sit infans: Nam infantis nomine per tutorem adiri potest hereditas, vel etiam pro herede gerere se tutor potest nomine infantis, *l. 5. hoc tit. l. servo invito, §. si pupillo, ff. ad Treb.* Alioqui pupillus, qui excessit infantiam adit ipsemet tutore auctore, *d. l. 5. h. tit.* vel ex decreto judicis si tutorem non habeat, *l. si infanti, hoc tit.* Plus datur patri, quam tutori. Nam per patrem hereditas delata filiofam. adiri potest, & adquiri gestione pro herede volente filio. Nam exigitur filii voluntas, non etiam invito filio, *l. 4. l. 11. hoc tit.* & interdum sine voluntate filii, si infans sit, *d. l. si infanti*. Porro quod additur in hoc tit. *vel acquir. hered.* ostendit suos heredes ab hoc tit. non esse penitus submovendos, quia acquirendi verbum generale est, quod complectitur & cretionem, & aditionem simplicem, & pro herede gestionem, & immistionem, & existentiam, & animi destinationem. His enim omnibus modis hereditas acquiritur: & immistio est genus acquisitionis suorum heredum proprie, quia jure prætorio non aliter censentur obligati esse hereditati, quam si miscuerint se bonis: mistione obligantur hereditati, ut nec restitui possint in integrum si sint majores 25. annis, *l. 10. hoc tit.* nec si allegent hered. patris non esse solvendo: cur enim temere miscuerunt se, quod etiam non possunt honeste profiteri: heres non dicit honeste hereditatem sibi delatam non esse solvendo, sed debet dicere, non expedire sibi eam adire, non etiam notare mores defuncti, & inopiam, quæ forte defuncto contigit ob mores, ob morum dissolutionem, *l. sed si alio loco, ff. ad Treb.* nec restituitur etiam major, qui miscuerit se, si alleget fratrem eripuisse sibi partem suam, vel eripuisse testamentum, id est, assem, *d. l. 10. hoc tit.* Item existentia, quæ Græce dicitur *ἀνάμιξιν*, est etiam acquisitio propria suorum heredum jure civili: pro herede gestio, cretio, aditio, animi destinatio sunt genera acquisitionum communia omnibus heredibus, sed necessaria in voluntariis, non etiam in suis, vel necessariis: & pro herede quidem gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur, aut qui auctionem facit rerum hereditariarum, vel qui servis hereditariis cibaria dat, sic est legendum in lib. reg. Ulp. *ex authent.* non *mandat.* Item pro herede gerit, qui debita solvit, *l. 2. hoc tit. l. 12. hujus tit.* non etiam, quod notandum ex *l. 1. h. tit.* qui servum hereditarium non jure manumittit, non etiam, qui funeris causa, ut justa faciat defuncto, qui pietatis causa distrahit rem hereditariam, hic ideo non videtur se pro herede gerere in *l. 1. hoc tit.* Cui nihil obstat *lex Julianus*, *§. ult. ff. de acquir. hered.* Nam dicit filium se immiscuisse videri, qui servum paternum manumisit: Nam ut breve faciam, *§.* ille ult. non loquitur de gestione pro herede, sed immistione, & facilius vide-

videtur quis se immiscere ; qui ipso jure heres existit, A quam pro herede gerere, qui ipso jure non est heres, qualis est filius emancipatus in *l. 1. hoc tit.* Acquiritur etiam hereditas animi destinatione tantum, & quolibet indicio suscipiendæ hereditatis, *l. 6. hoc tit. §. ult. Inst. de hered. qualit. & diff.* Sola destinatio animi sufficit, nec necesse est, ut teneat, vel apprehendat ullam rem hereditariam, *l. 6. hoc tit. l. pen. sup. unde legit.* Recte igitur concludes, quia hic tit. est de omni genere acquirendæ hereditatis, & quia suis heredibus etiam competit jure Prætorio jus deliberandi, hunc tit. esse potissimum de voluntariis heredibus, sed pertinere etiam ad suos, de quibus est *l. 3. l. 8. & l. 13. & in* 3. proponitur jus præcipuum suorum heredum, quod etiam refertur in *l. cum antiquioribus, hoc tit.* ut scilicet si sui heredes inter moras deliberationis decesserint, hereditatem sibi delatam transmit- B tant ad heredes suos, quia ipso jure statim heredes extiterunt, etiam clausis testamenti tabulis, ut ait *l. 3. statim*, sicut *l. in suis, de suis, & leg. hered. & l. 5. §. qui sunt, ff. si quis omis. cau. test.* At filii emancipati, & voluntarii quicumque heredes, sibi delatam hereditatem non transmittunt in heredes suos antequam eam adierint, vel animi destinatione acquisierint, vel gestione pro herede, *d. l. 3. & 7.* Et hoc sit jactum veluti fundamentum materiæ transmissionis, quam tractabimus ad *l. si infanti* : nam omnes interpretatus sum leges usque ad *l. 18.*

Ad L. XVIII. Si infanti, id est, minori septem annis, *in potestate patris, vel avi, vel proavi constituto, vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata à matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscumque* C *personis : licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere.*

Ad §. Sed si hoc parens neglexerit, *& in memorata ætate infans decesserit : tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacumque successione ad eundem infantem devoluta jure patrio, quasi jam infanti quæsita capere.*

Ad §. Parente vero non subsistente, *si quidem post ejus obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit : posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto, ejus nomine adire hereditatem, sive vivo parente, sive post mortem ejus ad eum devolutam : vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere.*

Ad §. Sin vero vel non sit tutor, *vel cum sit, ea facere neglexerit : tunc eodem infante in ea ætate defuncta, omnes* D *hereditates ad eum devolutas, & non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ, & eo modo ad illas personas perveniant, quæ vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. Ea vero, quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt & si quacumque causa sui juris idem infans inveniatur.*

Ad §. Si autem septem annos ætatis pupillus excesserit, *& priore parente mortuo, in pupillari ætate fari munus impleverit : ea obtinere præcipimus, quæ veteribus continentur legibus, nulla dubietate relicta, quum pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit : vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit : vel si non habeat tutorem, adire prætorem, & ejus decreto hoc jus consequi. Datum* VI. *Id. Novemb. Ravennæ,* E *Theodosio XII. & Valentiniano II. AA. Conss.*

Ad L. XIX. Cum in antiquioribus legibus, *& præcipue in quæstionibus Julii Pauli invenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse, & in suam posteritatem hanc transmittere : & aliis etiam quibusdam adjectis, quæ in hujusmodi personis præcipua sunt: eam deliberationem, & in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem indicat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat : ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem, vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit: hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestaverit : is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit: reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubitatione relinquat: quo completo, nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur. Recitata septimo in novo consistorio palatii Justiniani, Dat.* III. *Calend. Novemb. Decio V. C. Conss.*

AGgrediar *l. Si infanti, & l. cum antiquioribus*, ut quam cœpi heri introducere quæstionem tractatus hujus tit. transeam, & perducam ad extremum. Ita vero cœpi, ut dicerem ex *l. 3. & 7.* hujus tit. voluntarium, sive extraneum heredem, qui interim dum deliberat moritur ante aditam hereditatem, eam deliberationem, hereditatemve, vel petitionem hereditatis, cujus litem contestatus non est, non transmittere ad heredem secundum regulam juris civilis, quæ vult, hereditatem non aditam non transmitti, nec deliberationem igitur de ea adeunda, vel non adeunda : suum autem heredem, sive ex parte, sive ex asse heres sit, etiam non aditam hereditatem, vel non agnitam transmittere, & clausis testamenti tabulis C nondum aperto testam. ut in *l. apud hostes, inf. de suis, & leg. hered. l. 2. §. si quis ex lib. D. ad Senatusc. Tert.* quia suo heredi non est necessaria aditio, vel agnitio, cum ipso jure heres existat, etiam ignorans, hoc est præcipuum jus suitatis, sive *ἀναφαίρετον*, hoc est jus præcipuum suorum heredum : & olim certe ita fuit præcipuum eorum, ut in ejus juris participatum alieni, & extranei heredes, ad quorum discretionem illi dicuntur sui, nullo modo venirent : verum postea constitutionibus Imperatorum ex his, quæ in jure transmissionis sui heredes habebant propria quædam, communicata sunt etiam extraneis heredibus, non utique passim, sed certa lege, modoque : & sunt tres constitutiones, quæ hoc effecerunt : duæ Theodosii, & una Justiniani. Prima constitutio Theodosii est hæc *lex si infanti*, quæ vult infantem here- D dem extraneum ex testamento, vel ab intestato, si moriatur antequam pater ejus nomine hered. adierit, vel bonor. possess. petierit, eam transmittere hereditatem in patrem, vel deliberationem de ea hereditate, quasi scilicet ea hereditas, licet non sit adita nomine filii infantis, videatur patri cedere beneficio constitutionis potius, quam ei acquiri per filium, & sic loquitur *l. 4. C. Th. de mat. bonis*, in qua ita cavetur : idem etiam cavetur *l. 1. C. Theod. de cret. vel bon. poss.* Et hæc *l. si infanti*, est pars orationis Theodosii habitæ in senatu, ut probat inscriptio, & *d. l. 1.* est pars altera ejusdem orationis, & vulgo male in *d. l. 1.* legitur, *Hac ordinatione sancimus*, cum sit legendum, *Hac oratione sancimus* : omnes constitutiones inscriptæ ad Senatum, orationes principum sunt : atque ita vides ex hac oratione etiam extraneum E heredem, si infans sit, non aditam hereditatem extranei transmittere in patrem suum, & serva hoc tantum datum esse personæ patris jure singulari, & filio tantum mortuo in infantia, ut ei filio delata hereditas ab extraneo, nec dum adita, transferatur in patrem superstitem, qui ei ab intestato heres proximior est, & hoc indistincte, sive filius sit in sua potestate, id est sui juris, sive in potestate sui patris. Nam deficiente patre, cujus tantum personæ hoc datum esse diximus, *l. si infanti*, nihil immutat ex jure veteri. Ideoque si infantis nomine tutor non adierit hereditatem infanti delatam testamento extranei, perinde atque si delata ei non esset, mortuo infante ea hereditas redit ad legitimos heredes testatoris : quia intestatus decessisse intelligitur deserto

testa-

testamento, id est, non adita ex testamento hereditate, æque major infante si intra pubertatem decesserit, jus, & arbitrium deliberandi, vel hereditatem sibi ab extraneo delatam, nec aditam, quam ipse potuit adire jussu patris, vel tutore auctore, vel ex decreto Prætoris, quia non adivit, etiam non transmittit ad heredes, quod & ita ponitur in hac *l. si infanti*, ut appareat singulare istud jus transmissionis hereditatis non aditæ, locum tantum habere in hereditate ab extraneo delata infanti, & mox mortuo in infantia superstite patre: definit hæc l. infantem minorem 7. annis, & sive tardius, sive maturius fari incipiat, eo fine concludit infantiam ut *l. 8. Cod. Th. de mat. bonis*, & ita in *l. 1. §. fient*, qui lotus est Triboniani, *D. de administ. tut.* Iis, qui fari non possunt, recte opponuntur ii, qui 7. annos excesserint. Nam imbuti sumus à Stoicis, quorum princeps Chrysippus negat pueros incipientes fari, & dicit non fari, sed ut fari, non loqui, sed ut loqui, quod suo quoque loco ponere verba nesciant, & verba eorum non esse verba, ut Varro scribit *5. de ling. Lat.* Idcirco nec verborum obligationes contrahunt, *l. 1. ff. de verbo. obl.* At vulgo infantem dicimus, qui propter ætatem omnino fari non potest. Æschylus in χοηφόροις: *οὐ γὰρ τί φωνεῖ παῖς ἔτ᾽ ὢν ἐν σπαργάνοις*, *non enim quicquam fatur puer, qui est in cunis*, & inde Horatius, *infantes statuas*, id est, *mutas*, & alio in loco.

Infans namque pudor prohibebat plura profari.

6. Epist. Et majore errore infantes vulgo dicuntur liberi, ut loquimur in idiotismo, & Hieronymus refert in Genesim: *Hodieque*, inquit, *omnes filii vocantur infantes Romæ*. Et invenies quoque in *l. uxorem, §. ult. D. de leg. 3. l. Cum vero, §. cum quidem, D. de fid. lib.* Infantem dici non pro minore septennio, sed pro quolibet puero, vel puella: verum ad rem. Ex hac lege, ut dixi, extraneus heres si infans sit, hereditatem sibi delatam, necdum aditam transmittit in patrem, vel potius de ea adeunda, vel non, jus, potestatemque deliberandi transmittit in patrem: & hæc est prima Constitutio Theodosii. Secundo loco idem Theodosius constituit in *l. un. inf. de iis, qui ante ap. tabul.* quæ confirmatur à Justiniano in *l. un. §. in novissimo, inf. de cad. toll.* constituit, inquam, ut hereditatem parentum cujuscumque sexus, vel cognationis delatam liberis, liberi licet sint eis extranei heredes, puta matri, aut avo materno, aut proavo materno, aut patri manumissori, ut, inquam, eam hereditatem etiam non aditam ante apertas tabulas testamenti, id est, etiam clausis testamenti tabulis, sive sint ex parte heredes scripti, sive ex asse, & sive scientes, sive ignorantes eam sibi delatam esse, vita decesserint, ut eam transmittant non in quoscumque heredes, sed in liberos suos, sive eos habeant in potestate, sive non: hæc est constitutio 2. Theod. Quæ etiam suos fines habet: Nam est tantum de heredit. parentum, ut eam liberi etiamsi non adierint, vel jus deliberandi de ea transmittant ad heredes, & adhibitus est alius finis, & modus, ut non ad omnes heredes, sed ad liberos tantum, vel suos, vel emancipatos. Tertia autem constitutio, quæ jus transmissionis, quod proprium erat suorum, aliqua ex parte communicavit extraneis heredibus, est constitutio Justiniani, id est, *l. cum in antiq.* quæ confirmatur etiam in *d. §. in novissimo*, & dat etiam ea constitutio omnibus extraneis heredibus, qui modo sciverint hereditatem sibi delatam, ut etiam nondum aditam, vel agnitam hereditatem, vel jus, & arbitrium deliberandi, si moriantur, transmittant non tantum in patrem, vel liberos suos, sed in quoscumque heredes, etiam extraneos, non quidem quocumque tempore moriantur, & hic est alius modus, quem adhibet constitutio Justiniani, sed si moriantur intra annum antequam decreverint de hereditate. Nam post annum, non agnitam hereditatem non transmittunt. Igitur his duobus finibus hæc constitutio sic circumscribetur: unus est, ut scierint sibi delatam hereditatem, alter, ut eam non transmittant, nisi post annum, numerandum ab eo die, quo sciverint sibi delatam hereditatem, & præterea apparet inde hanc *l. cum in antiq.* deliberationi petendæ præstituere annum tam heredi, quam heredi heredis, quod notandum est, neque existimandum est ei derogari per *l. ult. §. sed quia, hoc tit.* quia ibi cavetur, quod heri etiam dixi, ne anno largius tempus princeps, ne novem mensibus largius tempus judex det ad deliberandum: ex hac autem *l. cum in antiqu.* heres, vel heres heredis à die, quo prior heres scivit sibi hereditatem delatam, intra annum tantum admittitur ad petendam deliberationem, non post annum: denique hic præfinitur tempus petendæ deliberationis: tempus, in quod dari deliberatio potest. Et notandum est secundum hanc *l.* accipiendum esse quod ait *l. si infanti*, infantem, qui patrem non habet, hereditatem, aut deliberandi jus, si ante eam aditam decesserit, non transmittere eam in heredem suum, si tutorem non habeat, vel si, ut dixi, tutor ejus nomine ut potuit non adierit hereditatem, id inquam, ita verum est, si infans moriatur post annum à die, quo tutor ejus scivit ei extranei delatam esse hereditatem. Nam si intra annum moriatur ex hac *l.* jus deliberandi transmittet in quemcumque heredem suum, & ita eam partem legis *si infanti* esse accipiendam ex l. seq. declarat aperte Novel. 158. atque ita tres sunt constitutiones, quæ quod ad jus transmittendi pertinet, jus, quod sui heredes habent præcipuum, ad aliquid communicant etiam extraneis heredibus: alioquin potiora semper jura habent sui heredes in transmissionis causa, & notandum etiam exheredatos in transmissionis causa potiora jura habere, quoniam sui heredes futuri erant si exheredati non fuissent. Nam exheredatio abscindit jus sui heredis, *l. filium, §. videamus, D. de bonor. poss. contra tab. l. 1. §. post suos, D. de suis, & legit. hered. l. si quis posthumos, §. si filium, D. de lib. & post.* sed quia exheredati liberi possunt rescindere exheredationem, & totum testamentum, in quo scripta est, si agant querela inofficiosi testamenti, & obtineant adversus heredem scriptum, ideo quasi assumitur pro suis heredibus, ut si interim moriantur, querelam inoff. testamenti transmittant in heredes suos, modo si vel comminati sint se acturos querela inoff. testamenti, ut appareat eos noluisse se abstinere bonis paternis, vel etiam si litem denuntiarunt heredi scripto, vel si ei dederint libellum conventionis: comminatio sufficit, vel libelli datio, sive editio actionis, vel denuntiatio, ut transmittant querelam in heredes, quam nondum contestati sunt tamen: quæ omnia non desideraremus ab herede suo. Sed quia exheredatus est, & exclusus jure sui, interim dum judicetur de ejus meritis, modo processerit comminatio, vel denuntiatio, vel libelli datio, querelam transmittit in quoscunque heredes suos, quam tamen nunquam transmitteret si suus futurus non erat, nisi post litem contestatam, vel etiam post agnitam bonorum possessionem, litis de inofficioso ordinandæ causa, vel post cœptam, & præparatam controversiam hereditatis, quæ non sunt tamen necessaria in eo, qui suus futurus erat ut transmittat querelam, quia denuntiatio, vel sola comminatio, vel libelli datio sufficit, in *l. 6. §. ult. & l. 7. D. de inoffic. testam, l. 5. sup. de inoff. testam.* & hoc quidem si heres scriptus in testamento adierit, à quo tempore demum incipit actio inofficiosi testamenti: nec enim nascitur ante aditam hereditatem, quoniam datur contra heredem, non contra lignum, sicut bonorum possessio contra tabul. quæ competit etiam ante aditam hereditatem, quia, ut dicitur, est contra lignum, non contra heredem, *l. quod dicitur, D. de bon. poss. cont. tab.* Querela est contra heredem scriptum: ergo ea agi non potest, antequam heres aliquis extiterit, cum quo exheredatus congrediatur, & de hereditate litiget: ergo ubi heres scriptus adiit, si quæratur an exheredatus, qui interim moritur, querelam transmittat, utemur superiori distinctione ejus, qui suus futurus erat, ab eo, qui suus futurus non erat, quoniam facillime ille transmittit querelam: verum si is, vel ille moriatur deliberante herede, *il n'y a point de partie encores*, hoc casu placet distinctio, ut querelam inofficiosi

ciosi transmittant non in heredes quoscunque, sed in liberos tantum, in *l. si quis filium*, *in l. penult. §. ult. D. de inoff. testam.* atque ita explicatæ sunt duæ leges, *si infanti*, *& l. cum in antiquioribus*.

Ad L. XX. Quidam elogio condito *heredem scripsit in certas uncias, & post certa verba testamenti eundem in alias uncias, vel tantas, vel quantascumque, & tertio, vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam unciarum modum: ille autem unam institutionem, vel duas admittens, unam, vel duas, vel quantascumque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, & quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri ejus heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit: & postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutio locum sibi vindicavit. Cumque substitutus eandem partem admittere noluit, quæsitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare. Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit etenim nobis, sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. prid. Calend. Maii Constantin. post consulatum Lampadii, & Orestis. VV. CC.*

Ad L. XXI. Cum aliquis scripsit *heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium ejus vindicabat, in judicio adversabatur: is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, ut acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere: dubitatio veteribus exorta est, si qua pœna imponatur hujusmodi insolentiæ. Veteres in multas trahuntur sententias, sed nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus, ut distinctio subtilis causæ ei imponatur: ut si quidem ita scripta est institutio,* Illum servum illius heredem instituo: *quia apertissimum est, intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnimodo per competentem judicem eum compelli adire quidem hereditatem, & eam adquirere: nulli autem ex post facto subjici gravamini, si liber pronuncietur, sed omne sive lucrum, sive damnum ad eum redundare, qui in servitutem eum trahebat, & denegari ei, & adversus eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex hoc præjudicio generando. Sin autem quasi liber institutus est, nulla domini, vel servi mentione in institutione habita: tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem, nec denegari ei liberale judicium: sed & hereditatem per suum jus decurrere, & liberale judicium suam exspectare sententiam, sive agente eo, sive pulsato: ut si quidem servus pronuncietur, tunc domino suo hereditatem adquirit: sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit. Dat. Cal. Maii Constantinopoli, post consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.*

EXponam legem 20. *quidam elogio*, *& l. pen.* id est 21. Species legis 20. hæc est. Quidam Lucium Titium in eodem testamento ex pluribus partibus heredem scripsit. Primo loco ex semisse, alio ex triente, alio ex sextante, & defuncto testatore, vult. L. Titium unam partem, vel duas repudiare, & aliam amplecti, vult scindere judicium defuncti: quæritur an possit? & lex ait non posse, & omnino eum debere vel repudiare judicium defuncti, vel omnino amplecti, honorem delatum sibi non fastidire superbe, & inconstanter. Itaque unam partem repudiando omnes amittit, vel unam partem adeundo omnes acquirit, ut *l. 2. & l. si solus, D. de acquir. hered.* Una enim est hereditas, quamvis data sit per partes: unam autem hereditatem scindere est incongruum, & inconstans nimis varietas est, & inconstantia non ferenda. Nam & ita unum legatum scindi non potest, puta, ut quis rei legatæ partem velit, partem nolit. Nam & agnita parte una rei legatæ, totam videtur rem agnovisse, *l. 4. l. si cui res, D. de leg. 2.* Et ab hereditate exemplum pervenit ad legatum, ut eleganter ait Paulus *2. sentent. de leg.* ut quemadmodum una hereditas non potest scindi ab ipso herede, cui delata est, partim probato, partim improbato honore defuncti, ita nec unum legatum scindi posse. Nam & legatum honor est. Subjicitur in hac l. similis quæstio ei, quam eodem libro Ulpianum tractasse apparebit, conjuncta *d. l. 2. de adqu. hered.* cum *l. sed si plura, §. filio, D. de vulg. sub.* Species hæc est: Pater filium impuberem, quem habuit in potestate ex parte heredem scripsit, & L. Titium extraneum ex alia parte, eundemque L. Titium filio impuberi substituit pupillariter in 2. casum: existente casu substitutionis, puta mortuo filio intra pubertatem, quæritur an L. Titius possit amplecti hereditatem patris pro ea parte, ex qua scriptus est heres, vel qui jam amplexus est hereditatem patris pro ea parte, an possit postea delatam sibi hereditatem pupilli ex substitutione pupillari repudiare? Denique an possit patris hereditatem amplecti, & pupilli hereditatem repudiare, & ita dividere judicium defuncti, & unum testamentum. Nam patris, & filii testamentum habetur pro uno, *l. patris, D. de vul. substit.* & ait similiter non posse eum amplecti hereditatem patris, & pupillarem substitutionem repudiare, & vice mutata *d. §.* ait, nec posse eum patris hereditatem amplecti, & repudiare substitutionem, id est hereditatem filii impuberis: & huic tamen sententiæ æquissime, & vehementer obstare videtur *l. si filius, qui patri, D. de vulg. subst. & l. filius, D. de acq. hered.* In quibus ostenditur heredem institutum, & substitutum pupillo filio testatoris, posse separare bona, vel hereditatem, & patris hereditatem omittere, pupilli autem hereditatem complecti: quod quis non videt adversari sententiæ hujus l. omnimodo. Sed ne vos diutius morer in ea re, quæ non est difficilis, animadvertendum est, aliam esse speciem hujus legis, longe aliam earum legum, quæ objiciuntur. Nam hic agimus de coherede coheredi filio impuberi testatoris substituto pupillariter, hic non potest repudiare hereditatem patris, & amplecti hereditatem pupilli ex substitutione pupillari, quia repudiata hereditate patris, jam non sunt duæ hereditates, sed una hereditas, quæ coalvit in personam pupilli coheredis, cui portio à substituto coherede repudiata accrevit, ut substitutus ille amplectendo substitutionem pupillarem, plane etiam amplectatur bona patris, quæ repudiavit, Itaque necesse est, vel eum habere utriusque bona, vel neutria, & idem evenit in specie *l. si tu me ex parte, D. de acq. hered.* quæ talis est. Quidam me instituit ex sextante, id est duabus unciis, Titium ex dextante, & me substituit Titio vulgariter, si non esset heres Titius: ego repudiavi institutionem meam, Titius æque repudiavit institutionem suam, ut sit locus substitutioni vulgari: & licet repudiaverim institutionem meam, possum adire ex substit. vulgari, quæ locum habet, & si adiero, assem consequar. Ergo non tantum dextantem, ex quo Titius fuit heres scriptus, sed etiam sextantem, quem repudiavi, vel etiam si adiero sextantem ex institutione mea Titio repudiante, mihi invito obveniet portio Titii, id est dextans, ut *l. Si quis heres institutus, D. de acq. hered.* & sic habebo assem: aut si nolim dextantem Titii amplecti ex substitutione vulgari, debeo recedere à sextante, quod adivi: atque ita fit, ut quod per meam personam habere non possim, habeam propter alium, id est, propter coheredem, ut in *l. cum hereditate, D. eod. tit.* Nam per me non possum quod semel repudiavi, adire postea, vel quod semel adivi, repudiare postea: sunt certissima principia juris, sed propter alium, sive occasione alterius sæpe fit, ut repudiem quod adivi, & retro, ut adeam quod repudiavi, ut puta obveniente mihi portione coheredis, si eam nolim, & recedere debeo à mea portione, licet eam adiverim, vel etiam obvenientem mihi portionem coheredis, si velim amplecti, debeo etiam meam amplecti portionem, licet eam repudiaverim, ne scindatur judicium

testa-

testatoris; ne fiat pro parte testatus, pro parte intestatus, destituto pro parte testamento, nec tota hereditate complexa: & hæc de specie bujus legis. Longe alia est species legum, quæ objiciuntur, *d. l.si filius*, *& l.filius*. Nam in eis legibus proponitur filius à patre, in cujus fuit potestate, heres institutus ex asse, vel ex parte, & substitutus pupillariter alii filio impuberi exheredato, id est, patri suo filius, qui heres institutus est, si abstineat se hereditate patris beneficio Prætoris, etiamsi sit institutus ex asse, non ideo corruit substitutio pupillaris, quia per abstentionem non desinit esse heres: sed desinit tantum rem habere: est igitur heres sine re, & nudum nomen heredis, quod notandum, quod retinet etiam qui abstinuit se beneficio Prætoris, quia Prætor non potest efficere, ut qui semel heres extitit jure civili, desinat esse heres. Ergo & qui abstinuit se, heres est, *l.2. §.sed si sint sui, D.ad Tertul. l.6. §.pen.D.de bonis liber. l. cum quasi, §.Sed etsi sunt, D. de fideic. libert.* & nudum nomen heredis conservat substitutionem pupillarem, id est ἀνάφανσις, heredis sola, & omnia, quæ in testamento scripta sunt, *d.l.si filius, l.sciendum, D. de man. test. l. si post mortem, D.de leg.*1. Et hæc est alia vis ἀναφάνσεως, sive existentiæ: ergo in ea specie etiamsi filius heres institutus ex asse abstineat se, non ideo minus valet substitutio pupillaris. Quod si is filius sit institutus ex parte, plusquam manifestum est à coherede, qui adiit, sustineri testamentum principale, id est, testamentum patris: & pupillare igitur, quod paterni pars, & sequela est. Verum potest filius ipsemet etiamsi abstinuerit se hereditate patris, ut est proditum in illis legibus, quæ objiciuntur nostræ constitutioni, potest, inquam, fratris hereditatem amplecti ex substitutione pupillari, etiamsi se abstineat bonis patris, & ita separare bona: quia scilicet omnino habiturus est hereditatem fratris ab intestato, & frustra repelleretur à substitutione pupillari, qui mox ad bona pupilli venturus est ab intestato, ut non sit ei invidenda separatio bonorum, quam lex induceret ab intestato, quæ est ratio illarum legum, expressa in *d.l.si filius*. Verum rursus illis legibus objicitur, retenta eadem specie, *l.quæsitum, D.de acq. hered.* quæ heredem institutum ex asse, & substitutum pupillo exheredato, quæ est species illarum legum, ostendit alligari hereditati paternæ, etiamsi eam omiserit, cave abstinuerit se, si quidem velit amplecti hereditatem pupillarem. Denique hanc non posse amplecti, qui nec illam amplectatur, illiusque onera sustineat. Ergo non posse separare bona: quod tamen superiores leges permittunt. Eam *l. quæsitum* sequitur illa *lex filius*, cui objicitur ut non sit verisimile inter leges ita vicinas ullum esse dissidium: eo observandum illam legem *filius*, loqui de filio herede instituto ex asse, aut ex parte, nihil refert, & substituto fratri impuberi exheredato, quem dicit, spreta hereditate patris, posse amplecti hereditatem fratris exheredati. At *l.quæsitum*, cum non sit palam de filio, proculdubio accipienda est de extraneo, herede instituto ex asse, non ex parte, & substituto filio impuberi testatoris exheredato, quo repudiante hereditatem patris, certe corruit substitutio pupillaris: quia ubi principale testamentum non consistit, nec pupillare valere potest, & ita traditur in hac eadem specie *l. sed si plures, §. Si ex asse, D.de vulg. sub.* extraneo igitur herede repudiante, corruit substitutio pupillaris, & ideo ex ea venire non potest, sed si præoptet habere hereditatem pupilli, si affectet nimis hereditatem pupilli, debet subire libens onera hereditatis paternæ, licet eam repudiarit. Hæc est sententia edicti *si quis omissa causa testamenti*. Quod si ille extraneus sit heres institutus ex parte, quia à coherede, qui adiit, sustinetur testamentum patris, & filii, per consequentias, hoc casu potest sine metu onerum hereditatis paternæ, repudiata hereditate paterna, amplecti substitutionem pupillarem. Igitur in extraneo distinguitur utrum sit institutus ex asse, an ex parte: in filio, qui est suus heres non distinguitur: & hæc est sententia *d.l.quæsitum*, qua hac ratione explicata, satis apparet nullam ei cum l.vicina esse discordiam, & nihil est præterea,

A quod huic l.20. addi, vel detrahi possit. Quæstio *l. pen.* hæc est: an is, qui est in possessione libertatis, cogatur adire hereditatem sibi delatam jussu ejus, qui se dominum ejus dicit, quique eum petit in servitutem præjudiciali actione instituta. Et eleganter in *l. pen.* Justinian. ita distinguit: aut ille homo institutus est propter dominum, ut loquitur *l.aditio, §.pen. D.de acq. hered.* id est, contemplatione domini, hoc modo: *ille servus Titii heres esto*: hoc casu cogitur adire per judicem, jussu ejus, qui se dominum dicit pendente liberali causa, & ei intelligitur acquiri hereditas, quæ etiam contemplatione ejus fuit relicta servo velut servo, & si postea is liber pronuntietur, liberabitur oneribus hereditariis, cum res sit acquisita ei, cujus contemplatione fuit relicta, & ita etiam liber homo, qui bona fide servit, si quasi jussu domini adjerit, B non obstringitur oneribus hereditariis, quia veluti ex necessitate adiit, non sua sponte, sed coactus, quasi alieno periculo, non suo, *l. qui putat, §. 1. D.de acq.her. l. liber homo in princip. D. de hered. instit.* Sed si ille sit heres institutus ut liber, nulla facta mentione domini, aut servi, hoc modo: *ille heres esto*: non cogitur adire pendente liberali judicio, cum sit institutus ut liber, & exitus liberalis judicii declarabit sibi, an domino, adeundo, eam hereditatem adquirat, hæc est sententia *l. pen.* Cui tantum objicitur *l.3. de hered. instit.* adducta ab Accursio perperam, quod lex dicat, servum, quamvis jubente domino, posse nolle adire: nec igitur compelli posse adire, hoc vero pugnatne cum *l.pen.*? Minime, & idem vult *l.pen.* in 2. parte, & in ea ipsa specie, quæ proponitur in *d. l.3.* servum fuisse institutum ut libertum, nulla facta C mentione domini, aut servi, ac merito eum posse nolle adire, quamvis jubente domino, maxime si habeat substitutum vulgarem datum in hunc casum, *si nolit esse heres*, in cujus arbitrio testator existimabat posse velle adire, & non adire: igitur tantum abest, ut *d.l.3.* pugnet cum hac *l.penult.* cum maxime consentiat.

Ad L.ult.Scimus jam duas esse *promulgatas à nostra clementia constitutiones: unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint: aliam autem de improvisis debitis, & incerto exitu per diversas species eis inposita. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate* D *defuncti invenerint: ipsorum autem bona à creditoribus hereditariis non inquietentur. Cujus sensus ad unam præfatarum constitutionum à nobis redactus est. Arma etenim magis, quam jura scire milites sacratissimus Legislator existimavit. Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum: & non solum milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum si improvisum emerserit debitum: sed etiamsi onerosam quis inveniat, quam adiit, hereditatem: ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui & ea timent, quæ nulla digna sunt suspicione.*

Ad §. Cum igitur hereditas *ad quendam sive ex testamento, sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem, & spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet: nullo indigent inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo si non titubante animo respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem, & apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit.*

Ad §.Sin autem dubius est *utrumne admittenda sit, necne defuncti hereditas: non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem*

tatem cognoverit, numerandos, exordium capiat, inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat: & hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum, cæterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda res apud eum remaneant: vel si ignarus sit literarum, vel scribere præpediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis præposito, testibus videlicet adsumendis, qui heredem cognoscant, & jubente eo tabularium pro se subscribere, interfuerit.

Ad §.Sin autem à locis, *in quibus res hereditariæ, vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spatium à morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem: sufficit enim præfatum tempus, & si longissimis spatiis distant: tamen placuit dare eis facultatem inventarii conscribendi, vel per se, vel per instructos procuratores, in loca, ubi res positæ sunt, mittendos.*

Ad §. Etsi prælatam *observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: & eis satisfaciant, qui primi veniant creditores: & si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur: & nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: nedum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed & si legatarii interea venerint: eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.*

Ad §.Sin vero creditores, *qui post emensum patrimonium nec dum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverint res, quarum pretia in legata, vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione, uti & hæc, quæ acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari: legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.*

Ad §.Sin vero heredes *res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, & à posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.*

Ad §.Contra ipsum *tamen heredem (secundum quod sæpius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur.*

Ad §.Sed nec adversus *emptores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis, vel legatis, vendidit, venire alii concedatur: cum satis anterioribus creditoribus à nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, & suum jus persequentibus.*

Ad §.In computatione *autem patrimonii damus ei licentiam excipere, & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam temporum; tamen prærogativa inter creditores servanda.*

Ad §.Licentia danda *creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam à defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis, quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quæ de quæstione servorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint, ut undique veritate exquisita, neque lucrum, neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel in hereditatis quantitate computare compellantur.*

Ad §.Donec tamen *inventarium conscribitur: vel si res præsto sint, intra tres menses, vel si absuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis, vel fideicommissariis, eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias, quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditatis citra temporalem præscriptionem præjudicio generando.*

Ad §.Sin vero postquam *adierint, vel sese immiscuerint, præsentes, vel absentes inventarium facere distulerint, & datum jam à nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur; nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.*

Ad §.Et hæc quidem *de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curaverint: quam putavimus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, & debere ei derogari. Cum enim liceat eis & adire hereditatem, & sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate: quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam, vel vana formidine, vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, & hereditatem inspicere, & alias contra eam machinationes excogitare, & eandem deliberationem flebilibus adsertionibus, repetita prece sæpius accipere: ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem, vel à nobis, vel à nostris judicibus: non tamen amplius ab imperiali quidem culmine, uno anno, à nostris vero judicibus novem mensibus: ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur: sed & si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim, & non sæpius eam peti concedimus.*

Ad §.Sin autem hoc *aliquis fecerit, & inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio: sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur. Cum enim gemini tramites inventi sint: unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & novus à nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, & beneficium ejus sentire: vel si eam aspernendam existimaverit, & ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere: & si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: & non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, & sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen, & ideo ad ipsam deliberationis dationem, & divinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, & vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur: sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur. Quod si post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto: tunc res hereditarias creditoribus, vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen à judice statuenda.*

Ad §.Notissimum autem *est hac constitutione, quæ omnes casus continet, nostris constitutionibus jam pro eisdem capitu-*

pitu-

pitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianæ constitutionis sensus continebatur. Cum enim ampliore tractatu habito, melior exitus inventus sit, & tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat & in milites, & in alios omnes juris probabilis articulus: ea propter ex anterioribus inquietari nostro subjectos imperio non patimur: scilicet ut milites etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Quam patres conscripti, in hujusmodi casibus in posterum obtinere sancimus. Dat. 5. Calend. Decembr. Constantinop. post consulatum Lamp. & Orest. VV.CC.

ORatio est Justiniani ad Senatum, quam idem Justinianus valde nobis commendat, dum eam dicit esse æquissimam, & nobilissimam in *§. sed nostra, Instit. de hered. qual. & diff.* usu certe frequentissima observatio est, & diligentissima, adeo ut ab ea aberrare sit amittere commodum, quo ex ea heredes afficiuntur. Nam & sic semper novæ servantur constitutiones strictius, & diligentius, ut si vel tantillum ab eis aberres, nihil ex illis petere possis: & finis hujus constitutionis omnimodo est heredes periculo aditionis, vel immistionis omnimodo liberari, ne posthac cunctentur adire, vel immiscere se bonis metu onerum defuncti. Nam aditio, vel immistio est quasi contractus, qui heredes obligat æri alieno defuncti, etiamsi sit exigua hereditas, heredem implicat omnibus negotiis hereditariis, omnibus oneribus etiam supra vires hereditatis, si forte hereditas non sit solvendo, si exiguus sit census hereditatis in l. 3. *§. ult. & l. 4. D. quibus ex causis in poss. eatur, l. 8. D. de acq. hered.* Et hoc est, quod dicitur omnem hereditatem esse solvendo, quæ heredem invenit, *l. libertus, D. de bonis lib. l. quæ dotis, D. sol. matrim. l. si quis locuples, D. de manum. test.* quia scilicet heres de suo solvit, si quod morientis fuerit, non sufficiat solvendis creditoribus demortui: cur enim temere adivit, & inconsiderate, & inconsulto, non bene excussis facultatibus defuncti? Quamobrem etiam, atque etiam ii, quibus defertur hereditas aliqua plerunque consultant, & deliberant adire bona, vel miscere se bonis debeant, necne. Nam post immistionem, vel aditionem sera pœnitentia est, si sunt majores annorum 25. Nam majoribus non potest dari venia, ne teneantur supra vires hereditatis, ne teneantur in solidum, non spectato modo hereditatis: non possunt etiam majores restitui in integrum abstinendi causa, *l. 10. hoc tit.* Igitur priusquam adeas, deliberare opus est maxime, ait in *§. extraneus, Inst. de hered. qual. & diff.* qui locus est singularis, *il n'y en a pas autre part*, refertur, Divum Adrianum etiam majori 25. annis, qui temere adierat damnosam hereditatem, veniam dedisse, ne teneretur supra vires hereditatis, cum scilicet post aditionem grande æs alienum emersisset, quod latebat aditæ hereditatis tempore. Sed hoc beneficium Adriani, ut ait, fuit personale, id est, datum fuit certæ personæ, non fuit generale: ergo in exemplum trahi non debet: qui locus maxime facit ad *§. sed quod Principi, Inst. de jure nat.* cum ait personalia beneficia principia non trahi in exemplum, debes enim ad illum locum apponere exemplum ex d. *§. extraneus* ex eo rescripto Adriani: deinde vero Gordianus Imperator generaliter idem beneficium dedit militibus, non etiam paganis, ut si milites forte per ignorantiam adiissent damnosam hereditatem, non tenerentur supra vires hereditatis ejus, non compellerentur de suo satisfacere creditoribus hereditariis, sicut tenentur pagani, qui inconsulte adiverint sibi delatam hereditatem, veniam dari simplicitati militum. Postea Justinianus paganis quoque non omnimodo, sed aliquatenus subvenit hac in re, promulgatis duabus constitutionibus, quarum mentionem fecit initio *l. ult.* quæ scilicet fuerunt in priori editione Codicis: non sunt in hac posteriore editione, quia eis derogavit *l. ult.* quam interpretamur: Et una constitutio fuit de heredibus, qui petunt tempus ad deliberandum, altera fuit de debitis hereditariis, quæ ex improviso emergunt post aditionem hereditatis: sed utrique constitutioni, ut dixi, derogat Justinian. in hac *l. ult.* per quam viam aperit, qua omnibus heredibus, qui modo suo beneficio uti volent, succurrat, ut sine mora deliberationis, sine consultatione ulla, sine metu onerum, sine periculo ullo, adeant sibi delatam hereditatem, non solum si emergant improvisa debita, sed etiam, inquit, si onerosa inveniatur esse hereditas, ut puta si inveniantur prædia hereditaria debere immensas pensitationes fisco, & graviorem censum, ut in *Novel. 7. Authent. Sicut alienatio, sup. de sacros. Eccl.* Via, quam aperit Justinianus hæc est: ut heres repertorium, sive inventarium faciat rerum hereditariarum, atque ita pro quantitate tantum earum rerum subeat onera defuncti: hanc viam si insistat heres, & ita inventarium faciat, & adeat, nulla re suppressa ex fide bona, qua de re coargui potest ab iis, quorum interest, ut in *§. licentia h. l.* recte dices eam hereditatem non esse solvendo, quæ talem heredem habeat, quoniam non tenetur supra vires inventario comprehensas ex fide bona. Triplex est via, qua adire possis, & immiscere te: alia est recta via, si adieris, vel immiscueris te intrepide, & incunctanter, ut simili via repudiare possis, vel abstinere te: alia est si habita deliberatione hoc facias excussis bonis defuncti: sed utraque via est anceps, periculosa, & longe facilior, & securior est hæc 3. via conficiendi inventarii, quam patefacit Justinianus in hac *l. ult.* Ita scilicet, ut à quo die sciveris tibi hereditatem delatam, adeas, vel misceas te, & intra dies 30. incipias facere inventarium defuncti, præsentibus publicis personis, & iis, quorum interest, ut in *Novel. 1.* id, quod absolves intra alios 60. dies, adhibita subscriptione tua. Ergo intra tres menses non admodum requiro, ut incipias facere inventarium intra 30. dies: nam etsi post 30. dies cœperis facere, ut Bartolus docuit recte, & Paulus de Castro, modo id absolvas intra 3. menses, confectio inventarii pro justa, & legitima haberi debet, quod est æquissimum. Cæterum 30. dies districte observandi sunt, alioquin non erit in te frui beneficio inventarii, quod quidem postea apparebit esse multiplex, & varium. Aditio, vel immistio plerunque præcedit confectionem inventarii, *§. donec*, & tamen heres interim dum dat operam inventario conficiendo, licet adierit, non potest conveniri à creditoribus hereditariis, non magis quam si deliberaret, *d. §. donec*. Quia nondum constat pro qua parte conveniri debeat, vel an conveniri possit. At confectionem inventarii, etiam potest sequi aditio, vel immistio: nam & sunt qui deliberant, necdum adeunt, & tamen conficiunt inventarium, interim dum deliberant, non ut exonerent se, & fruantur beneficio inventarii, ne teneantur supra vires hereditatis; sed ut excutiant bona defuncti, & explorent, atque ita cautius deliberent de adeunda hered. vel non, ut in *§. sin autem hoc aliquis* in hac l. & hoc quidem casu is, qui deliberat, & inventarium facit, simul, si adeat, proculdubio tenetur insolidum omnibus creditoribus hereditariis, etiamsi non sufficiant bona defuncti, qui deliberavit, & post declarationem adiit, nec petiit beneficium Justiniani hac *l.* concessum, quo exclusa omni deliberatione exoneratur heres, ne teneatur ultra quantitatem bonorum. Quia igitur nudo hoc beneficio inventarii usus non est, sed inter moras deliberandi inventarium fecit, caret beneficio inventarii, & in hoc tantum ei prodest inventarium fecisse, ut legatariis, vel fideicommissariis non teneatur, nisi deducto ære alieno, & deducta Falcidia: cæterum creditoribus tenetur in solidum, etiamsi bona non sint solvendo: ubi autem heres mavult repudiare hereditatem, nihil attinet conficere inventarium, & est certissimum: sed ne res trahatur longius, repudiare debet intra 3. menses, qui decrevit repudiare, id est, apertissime debet repudiare intra 3. menses, qui hoc ita facere decrevit, nec morari diutius in eo exequendo, quod constituit semel, in *§. similique modo, hoc tit.* & intra 3. menses similiter, ubi mavult adire, debet conficere inventarium, ut diximus. Neque quicquam obstat *d. §. similique modo*

l. sci-

l. scimus, §. ult. sup. de inoff. testam, quam objicit Accursius, quia scilicet illa lex est de herede cunctante, & deliberante, & de die, in quem illa deliberatio datur, qui est angustior in specie *d. l. scimus*, *§. ult.* quam præscribatur in *§. sed quia, h. t.* ne scilicet fiat longior mora filio notato infamia exheredationis, qui acturus est querela inofficiosi test. adversus heredem scriptum, qui non potest agere antequam is adierit: ergo ut mature adeat, nec diutius moretur filium defuncti exheredatum, dantur ei tantum 6. menses ad deliberandum à judice, cum soleant dari novem ex *§. sed quia*. Sed id facit odium exheredationis. Ille autem *§. similique modo*, non est de deliberante, sed de eo, qui certo consilio repudiare instituit, ut repudiet, non intra 6. menses, sed intra 3. menses, intra quos etiam concluditur inventarii conficiendi potestas, quo exemplo etiam Græci in Basilicis definiunt & tutorem priusquam aggrediatur administrationem tutelæ, intra 3. menses debere conficere inventarium rerum pupillarium, & nominatim Harmenopulus 5. *Epit. tit.* 11. & sic etiam Leo Imperator *in Nov.* 150. ut mulier post mortem mariti, nisi velit amittere dotem, & lucra nuptialia, ut intra 3. menses, exemplo heredis, conficiat inventarium rerum mariti, ne qua fraus fiat liberis, ut sæpe contingit, matres à morte mariti, non habita ratione pietatis debitæ liberis dilapidare pretiosa quæque mobilia, & monilia, ut inde possis statuere in confectione cujuscumque inventarii generaliter esse servandam præscriptionem 3. mensium: & notandum est angustiora esse tempora inventarii, quam deliberationis, nimirum inventarii trium mensium, & deliberationis novem mensium, in *§. sed quia*. Et notandum etiam præscriptionem 3. mensium præscribi heredi præsenti in loco, in quo sita est hereditas: Nam heredi absenti ab eo loco, conficiendi inventarii datur annus à morte testatoris, ut ait d. *§. Sin autem, & §. donec*: & placet valde, quod Accurs. notat in *d. §. Sin autem*, annum numerari à morte testatoris, videlicet si & heres scierit sibi delatam esse hereditatem, nam & iidem auctores Græci, idemque Harmenopulus scribunt tres menses numerari à morte testatoris, & tamen supra exigimus, ut concurreret scientia heredis, ut sciret heres sibi delatam hereditatem. Ignoranti enim iniquum est cedere tempora vel anni, vel trium mensium, & ut huic quæstioni finem imponamus, notandum est tria esse potissimum beneficia inventarii. Primum hoc est, ut heres non teneatur supra vires hereditatis, ut sit heres sine onere amittendi sui. Omisso inventario tenetur supra vires hereditatis. Secundum beneficium hoc est, ut facto inventario heres præstet legata, primo deducto ære alieno, *car il faut payer premierement les creanciers*, & ex reliquo deducta Falcidia: omisso autem inventario, quod valde novum est, heres non tantum tenetur creditoribus in solidum, etiamsi non sufficiant bona defuncti, sed etiam legatariis tenetur in solidum, nec deducta Falcidia, nec habita ratione æris alieni, id est, etiamsi æs alienum defuncti obsumat omnia bona, tamen heres, qui noluit facere inventarium, præstat integra legata. Ea igitur præstat nec deducta Falcidia, nec deducto ære alieno, quod nunquam antea obtinuit, *l. 1. §. denique, D. ad Trebell.* Tertium, & ult. beneficium hoc est, ut facto inventario non confundantur actiones, quas heres habuit adversus defunctum, id est, ut inter cæteros creditores defuncti & ipse numeretur, & ipse sibi solvat, quod defunctus debuit, & deducat etiam funeris impensas ante omne æs alienum, & sumptum, quem fecit in insinuationem testamenti, ut ait in *§. in computatione, hac l.* ut sumptum, quem fecit in confectionem inventarii, *l'inventaire se faict aux despens de l'heritier*, & item sumptum, quem fecit in auctionem forte rerum hereditariarum, ut ex pecunia inde redacta absolvat creditores hereditarios in *l. quod privilegium, D. depos. in l. in quantitate, D. ad l. Falcid. in l. 19. in fine, D. ad Trebell. les fraiz des criées sont les premiers payez*, & deducit, ut dixi, omne quod sibi debuit defunctus: ergo aditione non confunditur actio, quam habuit cum defuncto, videlicet cum adivit facto inventario ex beneficio hujus legis: omisso autem inventario actiones confunduntur. At observandum est ab hac constitutione semper excipiendos esse milites, ut Gordianus voluit: nam etiamsi milites non faciant inventarium, non tenentur supra vires hereditatis. Idem beneficium ex communi sententia interpretum datur etiam fisco: nam & fiscus non tenetur supra quantitatem bonorum, quæ ei obvenerunt, *l. 1. §. an bona, D. de jure fisci.* Idem non datur minori 25. annis, qui non fecit inventarium, sed restitui potest in integrum, quod omiserit confectionem inventarii, ut liceat ei postea ex inventario adire, ex quæstionibus propositis in hac *l.* à doctoribus, una tantum mihi videtur digna honore quæstionum. Quærunt an possit testator heredi prohibere confectionem inventarii, ne scilicet utatur beneficio hujus legis, sicut videmus testatorem prohibere posse tutori confectionem inventarii in *l. ult. sup. arbitr. tut.* & sine controversia verum est, posse etiam heredi interdici confectionem inventarii, quasi volente testatore, ut is heres, quem scribit, subeat omnia onera hereditaria, sive ea possint ferre sua bona, sive non, ut suscipiat tuendam famam defuncti, vel ut de suo solvat fidem defuncti, alioquin ut non sit heres: nam invenio etiam ex Nov. prima Just. testatorem posse prohibere Falcidiam, ut heres præstet solida legata sine deminutione, ut plenum sibi obsequium solvat, plenamque pietatem exhibeat, eam solam habiturus pro lucro, & vice lucri: & eodem argumento, eodemque modo poterit prohibere confectionem inventarii, & inde vero, quod recte prohibeat testator Falcidiam, quod non potuit prohibere olim, *l. nemo potest, D. de leg. 1.* inde apparet legem Falcidiam esse valde recisam à Iustiniano: Nam non habet locum contra voluntatem defuncti, ut habuit olim, nisi vetuerit testator confectionem inventarii: item non habet locum, si heres inventarium non fecerit, si adierit recta via, vel habita deliberatione, omisso inventario, & hæc sunt, quæ præcipue dici possunt in hac quæstione.



AD TITULUM XXXI.

DE REPUD. VEL ABSTIN. HEREDIT.

SEQUITUR tit. 31. *de repud. vel abst. hered.* hic tit. opponitur superiori *de adeunda, vel adquir. hered.* ita ut verbo *adeunda*, ex adverso respondeat verbum *repudianda*, & verbo *adquirenda*, verbum *abstinenda.* Quæ collatio demonstrat in tit. superiori, verbum *adquirenda*, proprie pertinere ad suos heredes, qui immiscent se, id est, qui immistione acquirunt hereditatem parentum, sicut in *h. t.* verbum *abstinenda*, constat proprie pertinere ad suos heredes, quibus solis jus abstinendi prætor tribuit, & ita in *l. ult. §. similique modo, tit. sup. si respuendam*, inquit, *vel adsumendam hereditatem esse crediderit.* Repudiatio autem est professio omittendæ hereditatis, quæ fit in jure: nam repudiationem fieri in jure docet *l. 3. & 4. hoc tit. & l. 1. sup. de repud. bonor. poss.* Repudiationem fieri in jure, id est, apud prætorem, vel præsidem: jus est locus, in quo jus dicitur, *ramus in jus*, id est, ad prætorem: aditio quoque hereditatis, ut opinor, fiebat in jure, id est, in conspectu prætoris, quia est actus legitimus, *l. actus, D. de reg. jur.* Nam & ea tantum tutoris datio, de qua ibi etiam agitur, est actus legitimus, quæ fit in iure, quod notandum, non quæ fit testamento: unde etiam recte assumes acceptilationem, & servi optionem in jure solemniter fieri solitas: de emancipatione non est dubium. Ii sunt quinque actus legitimi, qui enumerantur in *d. l. actus*, qui omnes, ut dixi, olim peragebantur in jure. Duæ autem de repudianda, vel abstinenda hereditate regulæ potissimum proponuntur in *h. t.* una regula hæc est: extraneum, qui semel adivit, vel suum heredem, qui semel miscuit se rebus hereditariis, postea

eam

A eam hereditatem repudiare non posse, etiamsi damnosa sit, nisi sit minor 25. annis, qui restituitur in integrum, ut se abstineat. Suo autem jure nemo quod acquisivit, repudiare potest, ut *§. extraneir, Instit. de hered. qual. & diff. l. 1. §. decretalis, de success. edict. l. Titia, §. Lucia, D. de leg. 2. Et Paulus 3. Sent. tit. 4. in fine.* Altera regula hæc est: qui semel repudiavit, rursus ad ea bona, quæ repudiavit, reverti non potest, *l. 1. sup. de repud. bon. poss. l. 9. sup. tit. prox. & l. 4. hoc tit.* cujus l. 4. sententia hæc est: eum, qui semel acquisivit hereditatem, postea renuntiando, vel repudiando eam hereditatem nihil agere: ergo jus quod habuit retinere. Objiciebat aliquis, quod dicitur, *confessos in jure haberi pro judicatis*, posita specie hujusmodi: heres, qui adierat hereditatem, dixit in jure, forte cum lis esset cum alio de hereditate, se heredem non esse. B Interrogatus ab adversario, vel à prætore, respondit, se hered. non esse, qui tamen heres erat, qui adiverat, vel immiscuerat se: an jus, quod acquisivit, amittit? Sic videbatur quibusdam, quod confessi in jure pro judicatis habeantur, non etiam confessi extra jus, vel extra judicium ex 12. tab. *æris confessi, rebusque jure judicatis*, comparat confessum cum judicato, vel adæquat, ut in *l. post rem, D. de re jud. l. donari 29. §. 1. D. de don. l. 1. §. proinde, D. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. D. ad l. Jul. majest.* Ergo qui confessus est in jure se heredem non esse, pro eo habetur, ac si judicatus esset heres non esse. Res judicata habetur pro veritate, quamvis verum sit eum acquisivisse hereditatem, & heredem esse, & confessio igitur illius est habenda pro veritate, licet acquisiverit hereditatem, sed respondet Imperator in *l. 4.* id, quod vulgo dicitur, *confessum in jure pro judicato haberi*, pertinere tantum ad C heredem, qui in jure confitetur se debere certam pecuniam, ut hic pro rite damnato habeatur: Non pertinet autem ea sententia ad eum, qui falso negat se heredem esse repudiandi causa post adquisitam hereditatem? Nam nec hac ratione, quod semel adquisivit repudiare potest, & hæc est sententia *l. 4.* hæc autem regula, *ut quod adquisitum est, repudiari non possit*, ita procedit, ut nemo id, quod adquisivit, possit repudiare per se, id est, per personam suam: Nam propter alium sæpe fit ut repudiet, puta propter portionem coheredis, quæ ei defertur deficiente coherede: nam si eam portionem coheredis vacantem amplecti nolit, & à sua portione, quam adivit, recedere debet. Denique aut totum amplecti, aut à toto recedere debet, quod facit interventus vacantis portio- D nis, & accessio illius, nec recedendi ab eo, quod semel amplexus est jus habet ex se, sed ex alio, ex coherede, qui portionem suam repudiavit, quod ostendit in *l. quidam, sup. tit. prox.* & probat *l. cum hereditate, & l. si tu me ex parte, D. de adq. hered.* Item propter fideicommissarium Trebellianum sæpe fit, ut heres, qui repudiavit, adeat hereditatem, ut si rogatus sit restituere hereditatem Titio, postulante Titio, etiamsi eam hereditatem repudiaverit, per prætorem compellitur adire periculo fideicommissarii, & restituere hereditatem, nec detracta Falcidia, maxime si res sit integra, id est, si nondum bona attigerint creditores hereditarii, si nondum bona venierint: nam distractis bonis, & facta auctione rerum hereditariarum, ne pupillus quidem heres per prætorem compelletur adire, & restituere hereditatem fideicommissario, nisi ex causa, & hæc est sententia *l. nam quod, §. 1.* E *ad Trebell.* in qua jam ostendi, & probavi cunctis, esse in Florentino perperam scriptum, *præceptorem*, pro *per prætorem compelli ad restitutionem*. Ergo si omnia sint in integro, inque statu eodem, omnia, scilicet defuncti bona, & negotia propter fideicommissum, id est, ne intercidat fideicommissum, heres, tametsi repudiaverit, cogitur adire, & restituere, & ita propter fideicommissarium pleraque admittuntur, quæ alioquin non admitterentur: unum legatum scindi non potest: propter fideicommissar. scindi potest, ut si legatarius sit rogatus partem rei legatæ restituere, eam potest agnoscere, & restituere, alteram repudiare, quo genere scinditur legatum, & recte propter fideicommissarium, cui rogatus

A est restituere, *l. Imperator Antoninus, D. de leg. 2.* & ita etiam, qui est incapax hereditaris capiendæ, capit tamen hereditatem propter fideicommissarium, cui rogatus est restituere, & eam adit, *l. cogi, §. is, qui solidum, D. ad Treb.* quia nihil honoris apud eum remansurum est, cum mox aditam hereditatem sit fideicommissarius restituturus, & ita, ut dixi, propter alium, vel per alium sæpe fit, ut qui repudiarunt bona, ea sæpe adeant postea recte: Ac præterea hæc posterior regula ita est accipienda, ut quod quis repudiavit semel, rursus suo jure amplecti non possit, vel suo marte: nam beneficio restitutionis in integrum minor 25. annis, qui hereditatem repudiavit, eam postea adire potest, si res sit integra, id est, si bona defuncti nondum venierunt. Nam rebus distractis, & finitis omnibus negotiis hereditariis, si velit beneficio resti- B tutionis venire ad pecuniam partam laboribus substituti, ad quem post repudiationem ejus venit hereditas, vel laboribus legitimi heredis, qui explicavit omnia negotia hereditatis, purgavitque hereditatem omnem, repelletur, inquit *l. quod si minor, §. Scævola, D. de minor.* ergo nec minor quidem, qui repudiavit, restituetur ut adeat, si res non sit integra: major autem 25. annis, qui repudiavit semel, rursus redire non potest ad bona, quæ repudiavit, neque suo jure, neque beneficio restitutionis in integrum. Nec quidquam obstat huic sententiæ *l. si ii, D. ad SC. Tertull.* quæ manifesto ait, filium, qui repudiavit matris hereditatem intestatæ, postea mutata sententia eam hereditatem adire posse, & pœnitentiam ejus admitti usque in annum. Sed eadem *l. filii* ostendit hoc fieri, sive permitti propter verba SC. Orfitiani, quo filius vo- C catur ad hereditatem matris intestatæ exclusis agnatis matris, licet ipse matri sit cognatus, non agnatus, quia verba SC. sunt extensiva, nimirum etsi nemo filiorum mulieris hereditatem volet, tunc proximi cognati heredes sunto: verbum, *volet*, est extensivum, vel *παρατατικόν*, id est, tractum habet temporis, extenditur. Igitur ille sermo saltem in annum, in quem filius potest petere bonorum possessionem unde liberi, vel unde legitimi, intra annum pœnitentia admittitur, quoniam tacite in annum extenduntur verba Senatusconsulti: & ita etiam olim herede instituto cum cretione, puta hoc modo, *in dieb. cent. prox. cernito, aditoque*, si heres repudiasset intra centum dies, nihilominus poterat cernendo heres fieri si supererant dies centum, quia spatium centum dierum ei datum est ad decernendum de hereditate, ut interim li- D ceat ei pœnitere, si initio forte repudiaverit, vel si initio forte adierit, quandiu supersunt centum dies, aut ex eo tempore dies aliquot. Et hujus rei est auctor Ulp. in *lib. reg. t. 22.* his igitur casibus exceptis, extraneus heres, qui repudiavit, neque suo jure, neque beneficio restitutionis postea adire, vel amplecti bona potest: & notandum hac in re differentiam esse inter extraneum, & suum heredem. Nam suus heres etiam major 25. annis, qui repudiavit bona patris, postea se bonis immiscere potest, eaque amplecti, si res sit integra, id est, si nondum bona venierint, *l. si quis suus, D. de jur. del.* nec necesse habet petere restitutionem in integrum eo nomine: sed si res sit integra, suo jure redire potest ad bona patris, quæ repudiavit: Quod Justinianus ita limitat in *l. ult. hoc tit.* ut si suus heres sit major 29. annis, id est, si excesserit quadriennium, quod post impletos 25. annos, datur ad E petendam restitutionem in integrum, ut *l. ult. supra, de temp. in integ. restit.* & res sit integra, intra triennium, ut dixi, tantum possit redire ad ea bona, quæ inconsulto repudiavit, vel si sit minor annis 29. æque impleto anno 29. intra triennium ad eadem bona redire potest: & hæc est sententia *l. ult.* nec quicquam restat, quam ut exponamus *l. 3. hoc tit.* & ut intelligatur, cum ea sunt conjungendæ 4. leges *l. 1. sup. de repud. bon. poss. l. 4. sup. de postul. l. transactio, sup. de transact. & l. si filius, de pet. hered.* una fuit constitutio, quæ fuit discissa in 5. partes, quod inscriptio, & subscriptio eadem judicat, quo argumento, & artificio utimur sæpe in constitutionibus interpretandis, & invenio eodem uti Thalelæum in libro 45.

Basilicῶν; dum ducta conjectura ex inscriptione, & subscriptione, conjungit *l. si quæ mulier, inf. ad Tertull.* cum *l. 1. sup. de secund. nupt.* porro ex conjunctione earum *§. ll.* sive partium unius, ejusdemque constitutionis, intelligimus esse differentiam inter filium præteritum, & emancipatum, quod filius suus præteritus injustum faciat testamentum statim ab initio, *l. 3. §. ex his, D. de injust. rupt.* Emancipato autem præterito, testamentum valet, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabul. Quam tamen si emancipatus semel repudiaverit, rursus ad eam redire non potest, nec si dicat bonorum possess. in jure repudianti advocatum sibi non adfuisse, non potest hoc colore redire ad bonorum possessionem, quam repudiavit per causam absentiæ advocati sui, non potest ad quæstionem jam finitam reverti: hoc est, quod ait *l. 1. sup. de rep. bon. poss. & l. 4. sup. de post.* Suus quoque heres non potest reverti regulariter ad hereditatem, quam repudiavit, nisi sit res integra, & intra triennium, ut dixi supra: verum quæso quid sit dicendum si suus heres miscuerit se bonis, atque ita adquisiverit hereditatem parentis, an postea ab hereditate recedere potest? an repudiare eam? ut utique videtur se miscuisse, si diu possedit bona, ut in *d. l. si filius, sup. de pet. hered.* filius videtur miscuisse, & agnovisse hereditatem patris, si injustum testamentum dixerit, in quo fuit præteritus, & egerit adversus heredem scriptum de hereditate: ergo & hoc casu eam hereditatem repudiare non potest. At finge, quæ est species *l. 3.* post motam litem de hereditate, filius in jure professus est transigendi animo, decidendæ litis causa, se eam hereditatem ab herede scripto non petiturum, quo genere videtur repudiasse hereditatem, & recte: quia in jure professus est. Sed repudiatio nullius est momenti, quia quod adquisitum est, repudiari non potest. Transactio etiam nullius momenti est, quia qui discedit à lite transigendi animo, si nihil ei detur, vel promittatur, vel si ipse nihil retineat ex bonis, de quibus transigit, transactio nulla est, & qui ita transigit oihil agit. Nam transactio gratuita nulla est quæ fit, ut facta est in proposita specie, nullo dato, vel retento, vel promisso, ut ait *h. l. 3.* Quod etiam repetitur in *d. l. transactio, sup. de transact.* Ergo in hac specie, neque transactio, neque repudiatio valet: si pacisceretur donandi animo: non transigendi se non petiturum, valeret pactio, sed non ea mente pactus est, sed transigendi causa, nullo dato, vel promisso, vel retento: Non valet ergo: neque repudiatio valet, neque transactio, & addamus ad hæc ex *l. 1. & 2. hoc tit.* In suum heredem, qui se abstinuit bonis, sive se abstinuerit suo jure, vel beneficio ætatis restitutus, creditoribus hereditariis non dari actionem, *l. necessariis, D. de acqu. hered.* neque in fidejussores ab eo datos, *l. 88. D. eod. tit.* & ita in *l. 1.* ait, *si paterna hereditate te abstinuisti, ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit*. Ideo ait *procurator meus*, quia filius, qui se abstinuerat, conveniebatur à fisco, ex nomine à patre cum fisco contracto. Ergo judex competens, qui est, nunquam feret, ut conveniatur ex persona patris filius, qui se abstinuit, sed exigimus omnino ut non sit ficta abstentio, ut absit fraus, & simulatio omnis, nam, quod maxime notandum, si filius, qui se abstinuit bonis patris verbo tenus, per suppositam personam clanculum emat bona patris, quæ forte à creditoribus distrahuntur, perinde tenetur, ac si miscuisset se, *l. si is, qui bonis, D. de acquir. hered.* quia bona fide rem gessisse non videtur, qui per suppositam personam emit: & ita etiam in specie *l. sicut, §. supervacuum, D. quibus modis pignus, vel hyp. solv.* Si creditor hypothecarius permittat debitori vendere hypothecam, sane solvitur hypotheca. Sed si vendita hypotheca debitor, cui venditio permissa est à creditore, eam repossideat, ut est recte scriptum Florentiæ, & in Basilicis, *ἐὰν ἔλθῃ πάλιν εἰς τὸν χρεώστην*, id est, *si post venditionem per interpositam personam fecerit debitor, ut mox eam rem repossideat*, jus hypothecæ solutum esse non intelligitur, quoniam non id fecit debitor, quod permiserat creditor, & ita etiam in 1. oratione Demosthenis adversus Onetorem: *Καίτοι δεινὸν τῶν μὲν λέγειν ὡς ἀποτετιμημένα τὸ χωρίον, τῶν δ' ἀποτετιμηκότα φαίνεσθαι γεωργοῦντα*, id est, *non est consentaneum, ut qui dicit se prædium dedisse, & tradidisse pignori, eum tamen postea videri id prædium possidere, & excolere: non potest fieri sine simulatione, & fraude aliqua*. Igitur filius, qui se abstinuit, pro eo est, ac si non se abstinuisset, si mox per suppositam personam emerit bona patris, sed si palam, & bona fide, veluti ex auctione ipse emerit à prioribus creditoribus patris fundos pignori obligatos, rata emptio est, & à posterioribus creditoribus patris, qui ut ait *l. 2. hoc tit.* sub iisdem obligationibus, id est, sub iisdem pignoribus patri pecuniam crediderunt, non potest conveniri actione hypothecaria, oblata pecunia debita prioribus creditoribus, à quibus fundos emit: denique posteriores non habent jus auferendi filio, qui emit bona patris, quoniam abstinuit se, & res palam gesta est bona fide: in *l. 2. hoc tit.* non fuit abstentio simulata, non est etiam emptio simulata, ut ostendit *l. 1.* si filius, qui se abstinuit habitet in domo patris non ut heres, sed ut inquilinus, id est, conductor, *l'ayant prise à louage*, vel ut custos, id est, insularius, *comme concierge*, ideoque etiamsi habitet in domo hereditaria ut inquilinus, vel custos, non tenetur ex persona patris, quia non videtur se pro herede gerere. Pro herede gerere non tam est facti, quam animi. Et ita etiam confectio inventarii (de qua diximus heri, quod notandum est) non est idoneum argumentum aditæ, vel agnitæ hereditatis, vel pro herede gestionis. Nam & qui deliberat, quandoque inventarium conficit, ut *l. ult. §. sin autem hoc, sup. tit. prox.* & ad confirmationem horum omnium, quæ dixi, adferam constitutionem Antonini ex *lib. 3. Codicis Gregoriani*, quæ nondum est edita.

Imperator Antoninus Augustus Julio.

Si paterna hereditate abstinuisti, & à paternis creditoribus conveneris: secundum juris formam tueri te potes. Si vero permiscuisti te hereditati, nec ætatr permittente in integrum restitutus es, ut abstinendi jus haberes, intelligis te omnibus creditoribus hereditariis debere respondere. PP. 3. Cal. Septemb. Antonino Aug. Cons.

AD TITULUM XXXII.

QUEMADMODUM TESTAMENTA APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

AUT tabulæ testamenti aperiuntur, & publicantur, & insinuantur apud acta vivo testatore, in urbe apud magistrum census, qui habet jus actorum publicorum conficiendorum, & in provinciis apud præsides, ut scilicet tabulis testamenti major accedat fides, ut in *l. 2. 18. & 23. sup. de test.* Aut aperiuntur post mortem testatoris, ut innotescant heredibus, & legatariis, & fideicommissariis, & servis manumissis, & fisco, cui vicesima hereditatis debebatur, de qua dicemus tit. seq. vel aliis, quorum interest inspicere, & describere tabulas testamenti, aut partem earum, & ex l. Julia, & Papia heres non poterat adire hereditatem ante apertas tab. testamenti, ante insinuationem testamenti, ut in *l. cum antiquioribus, l. ult. §. sin autem dubius, & §. in computatione. sup. de jure delib.* nisi forte esset heres scriptus ex asse, ut *l. multum, D. de cond. & demonst. l. 1. §. ult. D. de juris. & fac. ignor.* & ex iisdem legibus Julia, & Papia, dies legatorum, vel fideicommissorum non cedebat ante apertas tabul. verum hodie ex constitutionibus Justin. restitutum, & reductum est jus antiquum, quod obtinuit ante l. Jul. & Pap. ut heres, sive sit ex asse scriptus, sive ex parte, possit adire hereditatem statim à morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti; & similiter, ut dies legatorum, & fideicommissorum cedat statim ante apertas tab. *l. un. §. cum igitur, & §. in novissimo, inf. de cad. toll.* & hoc in extraneis heredibus quibus solis est necessaria aditio: Nam in necessariis heredibus, id est, servis cum libertate institutis, & in suis here-

heredibus hoc semper obtinuit, ut heredes existerent statim à morte testatoris, etiam ante apertas tab. *l. 3. sup. de jure del. l. ex parte, D. de adq. hered.* Et idem postea à Theodosio datum est liberis testatoris non necessariis heredibus, ut scilicet intelligantur parenti heredes extitisse statim à morte in hoc, ut etiamsi ipsi moriantur ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem parentis, eam nihilominus transmittant ad liberos, non ad quoscunque heredes extraneos, *l. un. inf. de iis, qui ante ap. tab. aperire* autem h. t. non tantum est tabulas testamenti patefacere naturaliter, id est, clausas recludere, & resignare, rupto, vel inciso lino, quo colligatæ sunt, ut in *l. 3. §. aperire, D. de SC. Syll.* Sed hoc loco *aperire*, est etiam civiliter aperire, id est, secundum leges, & mores civitatis, in qua fit apertura testamenti, *l. 2. h. tit.* solemni quodam ordine, qui plerunque explicatur præsente magistratu, in foro, vel in Basilica, claro lumine, id est, inter horam secundam, & decimam, ut ait Paulus 4. *Sentent. t. de vicesima:* quod hodie est secundum rationem, qua apud nos horæ numerantur, inter horam 8. & 4. pleno, differto foro, & adhibitis testibus, qui testamentum signaverunt, aut majore parte eorum, ita ut agnoscant signa sua, confitentes esse sua, & agnitis signis mox resignetur testamentum rupto lino, & recitetur palam, atque ita inspiciendi, & describendi, sive exempli sumendi fiat potestas heredi, vel legatario desideranti testamentum describere, vel alii, cujus interest, & quod descripserit, etiam conferendi, & recognoscendi, ne quod mendum in exemplo resideat: post descriptum, & recognitum, factum testamentum publico signo à magistratu obsignatum, reponitur in archiis civitatis, & hæc ostenduntur in *l. 4. & 6. & 7. D. eod. tit.* Et in sententiis Pauli *sup. lib. & tit.* & notandum, quod si aliquis ex testibus non cognoscat signum suum, sigillum suum, & quod ostenditur neget esse suum signum, suspectas quidem ea res facit testamenti tabulas: sed non ideo minus aperiuntur, ut sint usui ei, cujus interest, qui eas desiderat aperire, *l. 1. §. ult. D. eod. tit.* notandum etiam est ex *d. l. 7.* Si quis ex testibus, & signatoribus testamenti absit, vel si omnes absint peregre, ad eos mitti debere tabulas testamenti, ut sigilla sua, & manus cognoscant: nam cognoscendi signi sui, manusve suæ causa, omnes non debere revocari, quia ut ait elegantissime d. l. 7. & notandum est valde, *cum magno sæpe incommodo, & detrimento à rebus nostris revocamur, & iniquum est officium, quo functi sumus in signando testamento alieno, nobis esse damnosum.* Ergo qui postulat aperiri tabulas testamenti, non debet nos revocare à negotiis nostris, sed debet ad nos mittere tabulas, ut signa nostra noscamus: neque quidquam obstat huic sententiæ *l. 3. §. hoc interdictum, D. de tab. exh.* quæ ait, tab. esse exhibendas apud prætorem, ut ex auctoritate ejus signatores, id est, testes testamentarii veniant, non etiam mittantur ad eos ad recognoscenda signa sua, & addit, non obtemperantes jusso prætoris, non venientes, etiam coerceri posse à prætore, contumaciam eorum esse plectendam. Sed nihil est, quod facilius expediri possit. Loquitur ille §. de præsentibus testibus, l. 7. de absentibus peregre, qui non possunt sine magno detrimento negotia sua derelinquere, quæ gerunt peregre, quod si forte absentibus omnibus testibus, aliqua urgeat necessaria causa, quam primum aperiri tabulas testamenti, ita ut non possint ad singulos mitti tabulæ ad recognoscenda sua, quid fiet? tum adito prætore, vel præside pro tribunali, vel per libellum, præsentibus honestis viris, id est, optimæ opinionis, & integerrimæ famæ, tabulæ aperiuntur, & earum inspiciendarum fit copia ei, cujus interest, atque describendarum: & post descriptum, & recognitum; rursus ab iisdem honestis viris obsignetur: tum deinde mittantur ad testes, ut cognoscant sigilla sua libere, neque arctentur nimis: ergo post factam aperturam testamenti, cum ea desideraret celeritatem, & rursus obsignatum testamentum, non ideo minus testes, qui absuerunt, signa sua debent recognoscere, ut videatur apertura facta legitime, &

A hoc etiam ostenditur in *d. l. 7. in l. 2. hoc t.* ergo præsentibus honestis viris, cum illi absunt, fit apertura testamenti, deinde inspectio, quo nomine significatur etiam lectio, nam frustra inspicias, nisi legas, in *l. 2. §. inspectio, D. eod.* & post inspectionem, & lectionem fit descriptum: descriptum dicit *d. l. 7.* ut *l. Prætor, §. ult. D. de edendo.* Quod Græci vocant *ἀντίγραφον*, & *ἀπόγραφον*, & ita in antiqua inscriptione Canusina, descriptum, & recognitum factum in pronao æde Martis: Sic loquitur *l. 7.* unde dicitur, *le prone*, quod fieri solebat in pronao Ecclesiæ, & notandum quod ait l. 2. ut fiat apertura testamenti, adiri prætorem, vel præsidem pro Tribunali, vel per libellum, *par requeste*, per libellum, si effectum rei inspicias, id est, de plano transeunte prætore, *en son chemin*, è solo, è plano, eo non sedente pro tribunali, quoniam hæc B res non desiderat causæ cognitionem, non desiderat decretum prætoris, vel præsidis: quid est decretum? est sententia, quæ sequitur causæ cognitionem, decretum non potest interponi de plano, sed tribunal exigit, & sellam prætoris, *l. 9. §. ubicunque, D. de off. proc.* & ita dicitur excusationem tutelæ eum, qui se excusat, posse contestari pro tribunali sedente prætore, *πρὸ βήματος*, vel etiam per libellum, *χαμόθεν*, quod non est, ut vult Augustinus, supplici prece, *se mettant à genoux*, sed *χαμόθεν*, id est, de plano, ex transitu, *ἐμπαρόδῳ*. Contestatur ergo excusatio etiam de plano, sed non recipitur nisi pro tribunali, hoc non potest expediri per libellum, *l. 13. §. penult.* conjuncta *l. 15. de excus. tut.* Et ita aperturam testamenti l. 2. ait fieri præsente magistratu, etiamsi non sedeat pro tribunali. Denique ei magistratus au- C ctoritatem accommodare etiam per libellum, & de plano, in transitu, in processu. At nunc notandum est, non semper ei, qui desiderat inspicere tabulas testamenti, dari copiam inspiciendarum omnium partium testamenti. Primum ea tantum pars inspicienda est, quæ ad eum pertinet, & totum, si totum ad eum pertineat: verum semper excipienda est ea pars testamenti, quam testator vetuit aperiri, & inspici, cui superscripsit ne aperiretur, *l. 3. hoc tit.* Et hoc solent plerique testatores superscribere tabulis pupillaribus, id est, substitutioni pupillari, quam seorsum obsignaverunt, ne aperirentur, videlicet, ne quis sciat, quis sit pupillo substitutus, ne substitutus insidietur vitæ pupilli, *§. sin autem, instit. de pup. subst.* Imo etsi testator nominatim non vetuerit aperiri tabulas pupillares, tamen si eas seorsum signatas D reliquerit proprio lino, propriaque cera, tacite videtur vetasse ne aperirentur. Ac proinde licet sint pars testamenti principalis, tamen non aperientur, nisi causa cognita à prætore, propter quam quis eas aperiri vult, *l. pupillares, D. eod.* excipienda etiam semper est ea pars testamenti, quæ pertinet ad ignominiam alicujus, veluti pars exheredationis filii. Nam exheredatio est ignominia, quæ etiam quandoque fit cum convicio, cum elogio infami, *l. 3. D. de lib. & post.* ac similiter præteritio ignominia est. *l. quidam, inf. de fideicommiss.* nihil autem attinet inspicere eam partem, quæ pertinet ad infamiam alterius, nec honestum est desiderium postulantis eam partem inspicere, quæ alteri dedecori est, *l. 3. hoc tit.* ex qua etiam *l. 3.* notandum maxime est, eum, qui desiderat tabulas exhiberi, & aperiri, non audiri, nisi ju- E ret de calumnia se non desiderare frustra, & inutiliter, vexandi tantum illius gratia, penes quem sunt tabulæ testamenti, sed quod maxime è re sua sit aperiri tabulas, ut eis utatur in controversia aliqua pendente ex his tabulis, quam non potest persequi non cognitis, & inspectis verbis testamenti: debet ergo primum se purgare de calumnia. Et notandum etiam ex eadem *l. 3.* nunquam cuiquam dari potestatem ut describat diem, & consulem testamenti, ut in *l. 2. §. diem, D. eod. tit.* non valebat testamentum jure civili, jure solemni, in quo non esset adjectus dies, & consul. Quod nominatim scribit Joannes Chrysostomus in Homil. 3. de verbis Esajæ, *Vidi dominum, &c.* Et quod circumfertur fragmentum Modestini in hæc verba: *Cum in testamento*

dies, & consul adjecti non sunt, nihil nocet, quo minus valeat testamentum, hoc verum esse possit jure prætorio, non jure solemni. Ideo autem nulli patet facultas describendi consulia, & diei testamento adscripti, ne quid excogitet falsi: *inspectio*, inquit Fabius, *ipsa etiam sæpe falsum deprehendit, & ut inspectio falso deprehendendo materiam instruit, & fabricando sæpe etiam falso*. Nam cognito die, & consule, posset quis proferre diem confecto alio testamento, vel confecto codicillo, quo aliquid testamento relictum adimatur, & descripto die posteriore, multum igitur interest ne edatur dies, & consul, ne ex eo excogitetur aliquid falsi, & prolato die fiat. Quod obtinuit in omnibus instrumentis, quæ à nobis edi desiderantur, ut edantur sine die, & consule, *l.1. §.edit. D.edendo*, unum tantum restat, ut adnotemus, hunc tit. loqui de testamento, *quemadmodum testamenta aperiantur*. Titulus ait *testamento*, sed pertinet etiam ad omne id, quod pertinet ad causam testamenti, ut puta, ad codicillos, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. hoc interdictum, D. de tab. exhibendis*, & ad substitutionem pupillarem, nisi vetuerit testator eam aperiri, *l.2. §.ad causam, D. eod. tit.* & ad libellum quoque, quem reliquit defunctus si aliquatenus pertineat ad supremam ejus voluntatem, *l.1. in princip. D. de tab. exhib.* & ad epistolam fideicommissariam, quæ est imitatio codicilli, *l.cum quis, §. pater, D. de leg. 3.* & generaliter ad omnem scripturam testamenti, etiam imperfectam, nam & vitiosum, & vitiatum testamentum quandoque inspicere expedit, & recte *l.2. hoc tit. Ejus, quod ad causam testamenti pertinet*, quæ fuerunt verba prætoris non tantum in interdicto de tabulis exhibendis, quo tenetur is, qui negat penes se esse id, quod ad causam testamenti pertinet, in id quod interest, atque etiam in remedio extraordinario, quo is, qui non negat penes se esse tabulas testamenti, vel id, quod ad causam testamenti pertinet, omnimodo viribus prætoris id exhibere compellitur *in l.2. §.ult. D.eod.tit. & l.1. §.1.D.de tab. exhib.*



AD TITULUM XXXIII.

DE EDICTO DIVI ADRIANI TOLLENDO, ET QUEMADMODUM SCRIPTUS HERES IN POSSESSIONEM MITTATUR.

POST aperturam, & recitationem testamenti, de qua est tit. superior proximus: post aperturam, inquam, & recitationem testamenti rite perfectam, solet heres scriptus mitti in possessionem rerum hereditariarum, quas mortis tempore testator possedit. Nam in possessione earum rerum, quas alius ex justa causa possedit, non testator, non ante mittitur in earum possessionem, quam egerit petitione hereditaris cum possessore, vel rei vindicatione: ergo in eas tantum rea statim post mortem testatoris, aut in earum tantum rerum hereditariarum possessionem statim mittitur, quas liquido constat testatorem mortis tempore possedisse, *l.3.hoc tit.* Et similiter Paulus *3.sentent.tit.5. in fine: in possessionem*, inquit, *earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus priusquam jure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat*: ergo debet prius agere jure hereditario, id est, petitione hereditatis adversus possessorem rerum, vel actione in rem, quam desideret extra ordinem se mitti in earum possessionem, excluso possessore: & fiebat hæc missio in possessionem ex edicto D. Adriani, atque ideo beneficium edicti conditi à divo Adriano appellatur in *l. 26. Cod. Theod. quorum appellationes non recipiantur*: quia qui heredis beneficio utitur, necesse non habet petere bonorum possessionem secundum tabulas, vel secundum nuncupationem, quam tamen si elegerit, & amplecti maluerit, hoc beneficium amittit, ut *l.ult. Cod. Theod. de testam. & in Novell. 1. Justiniani*. Et præterea ex edicto Divi Adriani heres scriptus statim post mortem testatoris; & post apertas, & recitatas tabulas testamenti, agnitamque hereditatem mittitur in possessionem rerum hereditatiarum (& hoc est beneficium edicti) quas testator possedit, etiamsi testamentum dicatur esse falsum, vel irritum, vel ruptum, vel nullum, vel inofficiosum. salva tamen eorum manente disceptatione, an sit falsum, vel irritum, vel ruptum, vel inofficiosum, vel nullum. Sed interim dum de eo disceptatur, is, quem paret esse scriptum testamento heredem, protinus mittitur in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit, *l.2. hoc tit.* & Paulus in *sententiis suprad. lib. & tit.* & ab ea quoque missione in possessionem non est appellatio, non est provocatio, id est, non admittitur adversarius appellans à decreto missionis in possessionem, quo placuit heredem scriptum protinus mitti in possessionem, *l. quisquis, in fine, quorum appellationes non recip. l. ult. D. de appell. recip.* Et sic postulatur ab herede scripto missio in possessionem ubi sunt res hereditariæ, & corpora hereditaria, quæ possidere vult auctore judice, *l. un. sup. ubi de hered. agit. & ubi heres scriptus in possess. mitti post. deb.* cum autem plures sunt, inter quos est controversia, quod evenit frequentissime, qui volunt mitti in possessionem rerum hereditasiarum, quas testator habuit, & tenuit sæpe magna contentione, quæritur uter præferri debeat, uter potius mitti debeat interim in possessionem, dilata quæstione principali de hereditate? sane si inter institutum & substitutum sit controversia, quod evenit frequentissime. Nam & substitutus aliquando excludit institutum, ut in specie *l. ult. sup. de necess. hered. inst. & l. si is, qui solvendo, l.57. D. de hered. instit.* licet institutio valeat, & institutus adierit, vel adire voluerit; sunt casus singulares, quibus instituto præfertur substitutus contra seriem testamenti, & aliquando etiam substitutus admittitur in partem hereditatis, ut in specie *§. ult. inst. de vulg. subst.* & jure veteri, ut Ulpianus scribit *lib. reg. tit. 22.* herede scripto cum cretione, non cernente, sed pro herede gerendo, substitutus in partem admittebatur, substitutus destringebat ei partem, quod non crevisset, uti in testamento præscripserat testator, sed pro herede gerendo hereditatem adquirere maluisset: unde & in specie *l.verbis, D. de vulg. subst. & l.Lucius, D. de hered. inst.* non immerito dubitatur, an substitutus veniat in partem hereditatis, quoniam hoc sæpe contingit, ut abradat substitutus instituto partem hereditatis. Cum vero est ista controversia inter institutum, & substitutum, & quæritur uter potius debeat mitti in possessionem ex edicto D. Adriani, quæ missio expedienda est celeriter, dilata quæstione principali in largius tempus, melius est, ut præferatur is, qui primo loco scriptus est, itaque institutus mittetur potius in possess. quam substitutus, donec de eorum jure liqueat: & hæc est sententia *l.1. h. t.* quæ exstat etiam apud eundem Paulum *eod. lib. & tit.* Si inter heredem institutum, & substitutum, inquit, controversia sit, magis placet eum mitti in possessionem rerum hereditariarum, qui primo loco scriptus est, primoque gradu, neque refert substitutus quis sit directo, an per fideicommissum: Nam heres institutus ante restitutam hereditatem ex fideicommisso, potius mittitur in possessionem rerum hereditariarum, quam fideicommissarius Trebellianicus, quæ est sententia *l. filiam, D. ad Treb.* quæ pertinet ad edictum Divi Adriani, & generaliter, ut definit *l.3. hoc tit.* quoties inter aliquos est controversia, ea discussa summatim, & exactiori disputatione dilata in aliud tempus, debet judex mittere in bonorum possessionem eum, qui potiora jura habere videtur, *l.3. h.t.* Hodie heres scriptus mittitur in possessionem, non ex edicto D.Adriani, quod titulus declarat esse sublatum, sed ex constitutione Justiniani, id est, ex *l.3. h.t.* videamus quid distet edictum D. Adriani à Justiniani constitutione, non idem utriusque constitutionis fuit ordo, non idem jus. Primum ex edicto D. Adriani heres scriptus missionem post annum impetrare non poterat,

terat, ut indicat hæc lex. 3. Et definit aperte Paulus in suprad. loco ex constitutione Justiniani etiam post annum impetrat missionem, imo nec postulanti heredi scripto missionem ulla obstat præscriptio longi temporis, quod maxime notandum ex l. ult. atqoe ita imitatur missio petitionem hereditatis, quæ etiam est actio perpetua, *l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 21. in quib. caus. cessat longi temp. præsc.* tollitur tamen petitio hereditatis præscriptione 30. annorum. Nam hæc præscriptio perimit omnia, & hæc dicitur peremptoria, quæ dicitur à Cassiodoro *patrona humani generis*. Ergo heres scriptus, postulans missionem, similiter non excluditur præscriptione longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum, sed excluditur præscriptione 30. annorum, vel etiam usucapione, si rei hereditariæ, aut quarundam rerum hereditariarum dominium possessor, quem vult heres scriptus repellere missione in possessionem, acquisierit usucapione. Quod etiam declarat l. 3. quia enim quæstio principalis, quæ est de dominio, usucapione perimitur, vel præscriptione 30. annorum, quia petitio hereditatis perimitur præscriptione 30. annorum, sequitur necessario perimi jus missionis in possessionem: *Qui n' à point de droict, au principal, n' en à point aux dependances*, & hoc argumento etiam utitur hæc l. 3. Sed notandum est, heredem scriptum non aliter mitti in possessionem, quam si testamentum proferatur, & publice recitetur: præcedit enim apertura, & recitatio testamenti, sequitur missio: ut inde appareat quam apte h. t. sequatur superiorem, qui est de apertura, & recitatione testamenti: non fiet igitur missio, nisi prolatum sit testamentum, & apertum, & recitatum, & nisi etiam inventum fuerit integrum, atque perfectum, non abolitum, non cancellatum, ut ait l. 3. non ulla ex parte vitiatum, sive corruptum, non imperfectum, sed quod habeat signa, & subscriptiones 7. testium, & uno verbo, quod sit legitime formatum. Nam ex eo testamento, quod legitime conceptum est, atque conscriptum, heres scriptus in eo, protinus inducitur in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit mortis tempore ex auctoritate judicis, mittitur in possess. per officiales judicis, per publicas personas, & hoc est quod ait *l. 3. & eas cum testificatione publicarum personarum*, id est, officialium prætoris, aut præsidis accipiat: nec quicquam interest heres sit scriptus ex asse, an ex parte: nam & scripto ex parte datur missio in possess. *l. filiam, D. ad Trebell.* Præterea edicto Divi Adriani occasionem dedit lex Julia, quæ proprio nomine *lex vicesima hereditatum, vel hereditatium*, appellatur. Et ex veteribus initio l. 3. sic est legendum, edicto Divi Adriani, quod sub occasione vicesimæ hereditatum introductum est. Et paulo post, quia vicesima hereditatum ex nostra recessit repub. *antiquatis*, non *antiquitatis*, ex eadem lege vicesimis hereditatum: fisco debetur vicesima pars omnium hereditatum, quæ nobis ab extraneis obveniunt: tempore Augusti onera Imperii, quæ erant gravissima ob præterita civilia bella, coegerunt vectigal vicesimæ institui, sicut & caduca institui coegerunt: caduca legata, caducas hereditates certis ex causis, & fuit specialis quidam procurator Cæsaris, & dicebatur procurator vicesimæ hereditatum sæpe in antiquis inscriptionibus, *procuratori vicesimæ hereditatum*. Ex etiam in *l. sed si accepto, D. de jure fis.* & in inscriptione *l. 1. inf. de usur. rei judic.* procuratoribus hereditatum, & apud Scribonium Largum medicum, inter Tiberii libertos *supra hereditates*: huic autem præstationi vicesimæ erant tantum obnoxii extranei heredes, non sui heredes: Plinius in Panegyrico Trajani his verbis: *vicesima reperta est*, inquit, *tributum tolerabile, & facile heredibus duntaxat extraneis, domesticis grave. Itaque illis irrogatum est, his remissum videlicet, quod manifestum erat quanto cum dolore laturi, seu potius homines non laturi essent, destringi aliquid, & abradi bonis, quæ sanguine, gentilitate sacrorum, denique societate meruissent, quoque non ut aliena & speranda, sed ut sua semper possessa, ac deinceps, proximo cuique transmittenda cepissent*. Nam multa tradit de vicesima illo loco, & ostendit tantum immunitatem vicesimæ Trajanum dedisse liberis quibuscunque, etiam emancipatis, qui non sunt sui heredes, & parentibus etiam cujuscunque gradus, & fratribus, & sororibus, quæ immunitas postea data est omnibus heredibus. Nam, ut ait in h. l. 3. vicesima hereditatum recessit ex repub. & postquam Plinius illo loco multa retulit de vicesima hereditatum, & liberalitate Trajani, qui eam remisit omnibus liberis, & parentibus, & fratribus edicto suo, subiicit: *Additum est*, inquit, *ut qui ex ejusmodi causis in fidem edicti vicesimam deberent, nondum tamen intulissent, non inferrent*. Quid est illo loco *in fidem edicti*: facile est animadvertere mendum esse, cujus etiam correctio facillima, ut mirer non animadverti. Nam legendum est, *in diem*: remisit, inquam, vicesimam in diem edicti, quæ debebatur fiscu. Quæ remissio Trajani, & indulgentia reliquorum, maxime vicesimæ in diem edicti sui, commendatur etiam in antiquis inscriptionibus, & antiquis nummismatibus: vetus inscriptio sic habet. IMPERATORI TRAJANO, QUOD OMNIUM PRINCIPUM, ET SOLUS REMITTENDO SESTERTIUM NOVIES MILLIES, ET SEPTENA MILLIA NUMMUM DEBITUM FISCI NON PRÆSENTES MODO, SED ET POSTEROS PRÆSTITIT HAC LIBERALITATE SECUROS, & in antiquo nomismate Trajani, RELIQUA SESTERTIUM NOVIES ABOLITA, id est, novies millies centena millia: neque est prætermittendum ex l. Julia non tantum deberi vicesimam hereditatum fisco, sed etiam legatorum ab extraneis relictorum: nam ita scripsit Dion. 55. τὴν εἰκοστὴν τῶν τε κλήρων ϗ τῶν δωρεῶν, id est, *vicesimam, & legatorum, & hereditatum*. Δωρεὰς enim semper Dion legata vocat, & omnino de hoc onere vicesimæ accipiendam esse opinor *l. 2. sup. de transact.* hoc modo: frater transegit de hereditate patris cum sorore, ita ut ille retineret hereditatem, corpora omnia hereditaria, & sorori certam pecuniam numeraret. Is frater veluti heres ex asse solvit fisco: quid? nisi vicesimam, an quasi plus debito solverit, potest repetere quod solvit, quod integram vicesimam solvit, qui habuit sororem coheredem, ait non posse petere, cum ex transactione teneat omnia corpora hereditaria, & ita de hoc vectigali est accipienda *l. filiusfam. §. Divi, D. de leg. 1.* Si testator prohibeat alienare bona hereditaria, ut potest, ne exeant de familia; hæc prohibitio, inquit, non potest esse fraudi fisco: hoc quid sit, quærunt alii, qui sunt imbuti ab interpretibus. Sed manifestum est Jurisconsultum loqui de illa prohibitione, quæ non est fraudi fisco, sicut non est etiam fraudi creditoribus, quo minus pignora distrahant: Ultimum hic est ut adnotemus, ad hanc legem vicesimam hereditatum pertinuisse edictum D. Adriani, quod fuit etiam de aperiendis tabulis testamenti, quod indicat *l. ult. D. de appel. recip.* Ac deinde mittendo herede scripto in possessionem, & voluit Adrianus tabulas aperiri confestim post mortem testatoris intra 3. vel 5. dies, si heredes præsentes essent, quod si absentes essent, eis dedit itineri peragendo in vicena millia passuum singulos dies, ut ita reversi mox intra dies tres, aut 5. tabolæ aperiantur, ne fiat mora necessario vectigali, id est vicesimæ, ut ait eleganter Paulus 4. *sent. tit. de vicesima in fine*.



AD TITULUM XXXIV.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT, VEL COEGERIT.

FISCI, aut vicesimæ hereditatum fisco debitæ ab extraneis heredibus mentio facta in tit. superiore, nos vocat ad alias species, quibus etiam fisco aditus patet ad hereditates, & bona defunctorum, & ut superioris tituli origo proficiscitur ex una constitutione, sive edicto Divi Adriani, ita & istius tit. causa, & origo manat ex alia constit. ejusdem Imperatoris, ut ostendit *l. 1. D. eod. tit.* quæ quidem hoc vult, ut qui dum captat hereditatem

tem legitimam ab intestato prohibuit volentem facere A testamentum ne faceret, vel qui cum esset heres scriptus priore testamento, prohibuit volentem mutare testamentum per vim, aut dolo malo ne mutaret, ut si impediverit ne testes introirent, ne testamentarius, id est, scriptor testamenti, qui exciperet testamentum dictante testatore, vel Eunomio (Eunomius dicebatur scriptor testamenti) ingrederetur, ut ei velut indigno auferatur hereditas legitima, sive testamentaria, & caduca fiat, id est, ut redigatur in fiscum, *l. 2. h. tit.* Et ut redigatur in fiscum igitur cum suo onere: nam hoc est perpetuum, caduca fieri cum suo onere. Ideoque libertates, & legata, & fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca fit, salva esse, & præstari à fisco debere, *l. quidam, §. quotiens, D. de leg. 1. l. cum fisco, D. ad Senatusc. Syllan. l. in facto, §. ult. D. de cond. & dem. l. cum secundis*, B *§. ult. D. de iis, quibus ut indign.* & ita in proposita specie, caducam hereditatem fieri cum suo onere proditum est in *l. 2. §. ult. D. eod. tit. & l. 3. §. ult. ad Treb.* Finge: is, qui prohibuit testatorem mutare testamentum, quod esset scriptus heres in priore, si in priore testamento rogatus sit eam hereditatem restituere alteri, caduca fit hereditas cum onere fideicommissi, & restituendæ hereditatis alteri, deducta tamen Falcidia, quam heres scriptus detraxisset, si bono more se gessisset, nec mutasset testator voluntatem, ut dodrans tantum perveniat ad fideicommissarium. Sed hic quæres, cur tamen legatum, quod legatarius rogatur est alteri restituere, qui dolo malo effecit ne testamentum mutaretur, cur caducum non fiat legatum? Nam ita est scriptum in *l. 1. §. pen. D. eod. titulo*, eum, qui dolo malo impedimento C fuit, quo minus testamentum mutaretur, si in eo testamento ei fuerit legatum relictum, idemque mox rogatus fuerit legatum restituere alteri, admitti eum ad legatum, quod ipse legatum non sit habiturus, sed mox ad alium translaturus. Cur non dicit legatum fieri caducum? Ratio est evidens: quia nihil commodi ad fiscum perveniret, quandoquidem eum oportet statim integrum legatum restituere fideicommissario non detracta Falcidia. Nam solus heres habet Falcidiam: legatarius, vel qui in locum legatarii venit ex fideicommisso à se relicto, non detrahit Falcidiam: frustra igitur esset, si vocares fiscum, & similiter ex eadem constitutione Divi Adriani, qui per vim, aut dolum malum coegit aliquem testamentum facere, & se heredem scribere, & ut indigno hereditas aufertur, & cadit in fiscum. Imo vero, & D si quis aliquem compulerit testamentum facere, & alium, quam se heredem scribere, verius est æque heredi scripto ut indigno auferri hereditatem, licet vim ipse, aut dolum nullum adhibuerit. Cur ita? quia non habet voluntatem defuncti, optima ratio, *l. cum quidem, D. de his, qu. ut indig.* indignus est hereditate, qui eam non tenet ex voluntate defuncti: neque enim intelligitur voluisse, ut is sibi heres esset, qui coactus voluit. Nam & legimus in fragmentis quibusdam Ulpiani, quæ edidit in lucem Claudius Puteanus, vir clarissimus, etiam non intelligitur voluisse manumittere, qui coactus manumisit: Coacta voluntas non est voluntas: quod confirmat *lex si privatus, D. qui, & à quibus man. lib.* In manumissionibus, quæ res est magni pretii, exigitur expressa, & integra, & libera voluntas, & ubi exigitur E libera voluntas, & integra, & plena, non intelligitur voluisse, qui coactus voluit, id est, coacta voluntas non habetur pro voluntate. Testamentum certe exigit liberam voluntatem, liberum stilum, ut ait *l. 1. sup. de sacros. eccl.* Igitur non intelligitur voluisse facere testamentum, qui coactus voluit. Igitur, qui in eo testamento est scriptus, non habet voluntatem defuncti. Ac proinde indignus est bonis defuncti. Quædam sunt negotia, in quibus sufficit qualis qualis voluntas, etiam non expressa, id est, in quibus taciturnitas pro consensu habetur, etiam remissa voluntas: & in iis etiam coacta voluntas sufficit, ut in aditionibus hereditatum, quæ explicantur quolibet indicio amplectendæ hereditatis,

A maxime hodie sublatis cretionibus: ergo in adeunda hereditate etiam, qui coactus adivit, obligatur hereditati, quia voluisse intelligitur, *l. si mulier, §. penult. D. quod metus causa, l. si metus, D. de acquirend. heredit.* & idem etiam obtinet in nuptiis: nam & qui cogente patre duxit uxorem, voluisse eam intelligitur, quod in nuptiis sufficiat nudus consensus, qualis qualis consensus, etiam remissus: quod sunt, qui non ex animo ducant uxores; & tamen matrimonio alligantur, *l. si patre, D. de ritu nuptiar.* abesse debet simulatio semper, & fallacia: nam simulatæ nuptiæ non valent, *l. simulatæ, eod. tit.* Et simulata quoque aditio non valet: nam hæc nullam habet voluntatem, *l. 6. §. ult. de acquir. hered.* non intelligitur voluisse, qui simulavit: at in negotiis illis intelligitur voluisse & qui coactus, & invitus animo suo B voluit, ut ait Homerus, ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, *sponte, & invito animo*, ut coactus sua voluntate: merito igitur etiam is, qui heres scriptus est cogente altero, etsi non sit conscius sceleris, indignus tamen judicatur hereditate, quia non habet liberam voluntatem testatoris, & notandum ex hac constitutione Adriani excipi tantum vim, vel dolum malum, non etiam blanditias. Nam, ut ait *lex ult. D. eod.* heres scriptus testamento uxoris, qui iratam uxorem, & contra se codicillos facere parantem placat, & demulcet ne codicillos faciat, ne codicillis se oneret legatis, quod potest facere usque ad dodrantem, non incidit in crimen. Ideoque fisco non vindicatur, quod mulier per codicillos erogare potuit, & abradere marito in testamento scripto: potuit autem dodrantem, *l. 4. D. ad leg. Cornel. de falsi.* & similiter C *lex ult. hujus tit.* ait, ut æque legimus apud Apul. 2. *Apologia*, non esse crimen, si quis supremum judicium uxoris in se provocet, ut ab ea aliquid promereatur blanditiis quibusdam: Nec enim blanditias possis dicere vim esse, aut dolum malum. Et tamen Plutarch. in Roman. refert Solonem non admisisse legata morientium, quæ extorsisset suasio uxoris, quæ legasset γυναικὶ πειθόμενος, id est *persuasu uxoris*, quod nos etiam probamus, si quid suaserit dolo malo, sed possit suadere bono animo, & honesta ratione, *l. 1. §. persuadere, D. de servo cor.* & in crimen incidit ex constitutione Adriani is tantum, qui vim, & malitiam malam, moremque malum, & improbatum adhibet in prohibendo, ne quis testamentum faciat, vel ne mutet, vel in cogendo ut faciat, & scribat quos non vult heredes: & hujus criminis nullam invenio esse pœnam in D libris nostris: licet quidam Græci interpretes relegatione dignum judicent, & eum plecti dicant, quod non est in jure nostro proditum: nullam, inquam, pœnam patitur, præter quam, ut indignus judicetur hereditate, qui hoc faciat, qui hoc ipse sibi lucrum patefacit, ac proinde ut in ejus locum veniat fiscus: non tantum incapacium, sed etiam indignorum locum fiscus occupat, & aufert: & observandum est ex *l. 1. hoc tit.* ex hac causa etiam competere civilem actionem, id est, actionem de dolo, in id quod interest, quæ dabitur iis, quorum interest non esse locum factum fisco, non esse apertam viam fisco, id est, iis, quos defunctus heredes scripturus erat, si non fuisset coactus alios scribere, vel si non fuisset prohibitus testamentum scribere, vel nun- E cupare, vel iis, ad quos bona defuncti redibant ab intestato, si non fuisset coactus facere testamentum: Nam heredi quidem scripto fiscus aufert hereditatem criminali judicio, sed & idem, cui aufertur hereditas, civiliter tenetur iis, quorum interest actione de dolo malo, quod dolo malo ejus factum sit, ne ad eos hereditas perveniret, *l. Lucius, §. Semproniam, ff. de leg. 2.* & Nov. 115, adjuncta interpretatione Juliani antecessoris, ut cujus interpretatio est necessaria, & ita puto accipiendam esse civilem disceptationem in *l. 1. hoc tit.* non pro petitione hereditatis, ut vult Accursius, ita ut lex dicat, eum, qui coegit defunctum facere testamentum, teneri civiliter iis, quorum interest, actione de dolo malo, vel in factum, quæ est succedanea actionis de dolo se-

cun-



cundum qualitatem, & dignitatem personæ, cum qua agitur: & præterea criminaliter possit accusari, & deferri ejus causa ad fiscum. Nam omnis delatio ad fiscum fit criminis causa, fere & criminalis accusatio est: atque ita ex hoc tit. habemus unum casum, quo hereditas aufertur velut indigno. Sequuntur alii plures casus tit. sequenti.



AD TITULUM XXXV.

DE HIS, QUIBUS UT INDIGNIS HEREDITAS AUFERTUR, ET AD SENATUSCONSULTUM SYLLANIANUM.

IN titulo superiore proposita est causa una, ex qua aufertur hereditas ut indigno: ea est crimen prohibiti, aut extorti testamenti: in h. t. proponuntur plures aliæ causæ, & est totus de jure fisci: nam quæ ut indignis auferuntur, auferuntur à fisco, exceptia casibus certis, qui notabuntur in *l. un.* *§. quæ autem*, *inf. de cad. toll.* fiscus est successor indignorum, & non tantum ab indignis auferre dicitur, sed etiam eripere, ut in *l. pen. ff. de jure fisci*, *l. 26. ad l. Cornel. de fals.* & inde *legatum ereptorium libro reg. Vlpiani tit. 19.* Sic enim nuper Lutetiæ legi in ipso Authenticu, non *ereptitium*, & generali nomine *ereptoria*, id est, quæ ut indignis auferuntur, etiam caduca dicuntur, *l. 2. §. ult. ff. si quis aliqu. test. prob. l. cum fisco*, *ff. de SC. Syllan.* omne quodcunque cadit in fiscum, cadutum est, & specialiter caduca fiunt, quæ nondum delata, aut adquisita sunt: eripiuntur, vel auferuntur quæ jam adquisita sunt: caduca fit hered. quæ non adita est, alioqui eripitur, quæ jam adita est: indignus igitur est, qui capere potest, & vero etiam cepit, sed quod cepit retinere non potest, vel quod eum esse male meritum de testatore, testator ipse judicavit, vel lex: vel quod quodammodo pudendum sit apud eum remanere quod cepit: unde satis apparet, quam longe distet incapax ab indigno, cum hic jus capiendi habeat, non retinendi: ille non habeat jus capiendi.

Ad L. I. Heredes, quos necem *testatoris inultam omisisse confiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt. Ex hereditate autem rerum distractarum, vel à debitoribus acceptæ pecuniæ post motam litem, bonorum usuras inferant, quod in fructibus quoque locum habet quos in prædiis hereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est: usuras autem semisses dependere satis est.*

Ad L. VI. Minoribus 25. annis *heredibus non obesse crimen inultæ mortis placuit. Cum vos autem accusationem pertulisse, & quosdam ex reis punitos proponatis, licet is, qui mandasse cædem dicitur, provocaverit: vereri non debetis, ne quam hereditatis paternæ quæstionem à fisco meo patiamini. Convenit enim pietati vestræ respondere causam appellationis reddendi. Quod si majoris ætatis fuisseis, etiam ex necessitate provocationis certamen implere deberetis, ut posseis adire hereditatem.*

PRimum in *l. 1. hoc tit.* quam hodie explicaturus sum, adjuncta l. 6. proponitur crimen inultæ cædis defuncti, ex cujus causa heredi, qui in hoc crimen incidit, aufertur hereditas, ut indigno videlicet, si non defenderit mortem defuncti, id est, necem, & cædem defuncti, si eam ultus non fuerit, jure, judicioque instituta accusatione adversus auctores cædis ex l. Cornelia. Neque enim aliter, quam jure, judicioque se ulcisci licet, vel defunctum, cujus vicem, personamque refert. Et eleganter *l. scientiam*, *§. pen. ff. ad l. Aquil.* jus tuendi se esse naturale, jus ulciscendi se, manu scilicet, & viribus, non esse naturale. Tuemur nos ex continenti, in ipso articulo rixæ, ulciscimur nos ex intervallo. Quod non licet aliter, quam jure, judicioque invocato magistratu, cui Deus dedit ultionis (qui honos est soli Deo competeus) jus, potestatem, gladium: Et hunc honorem soli Deo competentem vere contaminat, qui se ipsum, non adito magistratu ulciscitur malo more, & improbato. Si igitur heres non desideraverit à magistratu ultionem necis defuncti, à quo ad se pervenit hereditas, nimirum postulato reo cædis lege Cornelia, ei eripitur hereditas, sed etiam si sciens, prudensque omiserit ultionem necis defuncti, auferuntur ei fructus omnes, quos percepit antequam fiscus faceret ei controversiam bonor. quia malæ fidei possessor est, qui sciens omittit debitum officium pietatis: & hoc ita proponitur in prima parte *l. 1.* & licet lex dicat, eum hereditatem restituere fisco, & fructus perceptos integros, id est, omnes: tamen & percipiendorum, id est, quos percipere potuit, aut debuit, licet non perceperit, recte dices habendam esse rationem, id est, & percipiendos in restitutionem venire, *l. 1. ff. de pet. hered.* & ita sæpe, qui dicit restitui fructus perceptos, si hoc dicit sine taxatione, id est, sine hac adjectione, *duntaxat*, non continuo excludit fructus percipiendos, ut quod dicit simpliciter de perceptis, facile possis trahere ad percipiendos, ut in *l. si fundum*, *sup. de rei vind. l. si pater*, *sup. de usuf.* & in hac l. 1. præterea is, qui sciens omisit vindictam necis defuncti, amittit actiones, quas habuit cum defuncto, ut si quid ei defunctus debuit. Nam ablata hereditate tanquam indigno, non ei restituentur actiones, quæ sunt confusæ aditione. Nam post aditionem aufertur hereditas, & aditione actiones sunt confusæ, id est, confusione extinctæ, quoniam idem cœpit esse creditor, & debitor ejusdem pecuniæ: confusæ sunt servitutes, si prædium defuncti prædio heredis servitutem debuit, aut contra: verum ob fidem malam heredis erepta hereditate, cum sic remaneat heres sine re, non restituentur ei actiones, vel servitutes confusæ per aditionem hereditatis, *l. indigno*, & *l. heredem*, *ff. de his, quibus, ut indign. auf. l. ejus*, *§. ult.* de jur. *fisci*, in bonæ fidei possessore aliud est, puta qui deceptus est ignorantia facti, qui existimabat testatorem mortuum fuisse, cum fuisset occisus. Nam bonæ fidei possessor, fructus, quos bona fide percepit, & consumpsit (nam consumptio eum plenum dominum facit, non perceptio sola) eos non restituit fisco, & actiones confusæ ei restituuntur, & resuscitantur cum ei eripitur hereditas: puta quod postea cognita nece testatoris eam ultus non sit postulato reo cædis admissæ, *d. l. heredem*, & hæc de 1. parte legis. In 2. parte agitur de usuris. Prima est de fructibus: Secunda de usuris: finge: qui sciebat necatum fuisse testatorem, à quo hereditatem accepit, atque ita malæ fidei possessor omisit vindictam testatoris, & ex venditione rerum hereditariarum, vel ex venditione fructuum inventorum in hereditate, aut fructuum à se perceptorum ex corporibus hereditariis, ex rebus hereditariis pecuniam redegit, vel etiam à debitoribus hereditariis pecuniam accepit, an fisco debeat restituere, sive præstare ejus pecuniæ usuras, quod dicantur usuræ esse vice fructuum in l. *usuræ*, *ff. de usuris*, & ex quo die, si debet usuras inferre, eas infert? & mirum est, quod ait hæc *lex* 1. in 2. parte, eum tantum debere usuras post motam controversiam ejus pecuniæ, quam redegit ex venditione, ut dixi, vel quam accepit à debitoribus hereditariis post motam controversiam. Atque ita manifesto statuit hæc lex differentiam inter fructus, & usuras: nam restituit heres, qui non ignoravit cædem defuncti, nec eam ultus est, fructus etiam perceptos ante motam à fisco bonor. controversiam: usuras autem pecuniarum, post motam controversiam, & est sane in re ipsa magnum discrimen inter fructus, & usuras. Nam fructus natura proveniunt ex ipso corpore hereditario, usura non item, sed ex jure, & obligatione, ex stipulatione, *l. si navis*, *de rei vindic.* & inde existunt aliæ differentiæ inter fructus, & usuras: nam malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, non de usuris percipiendis, sed de perceptis duntaxat, *d. l. si navis*, &

l. item

l.item veniunt, *§.Papin. de pet. hered.* Item novatio obligationis non perimit fructuum persequutionem, qui ante, vel post novationem percepti sunt, & perimit tamen usurarum petitionem, *l.4. ff.de usur.* Item in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt ex mora demum, fructus etiam ante moram, *l.videamus*, *§.pen. de usur.* Et ita non mirum est si hæc l.1. & quartam differentiam constituat inter fructus, & usuras: verum inde nascitur magna quæstio, quod in hac parte de usuris præstandis, idem jus hæc lex faciat in malæ fidei possessore, de quo loquitur, & bonæ fidei possessore, ut usuras malæ fidei possessor non inferat, oisi pecuniæ redactæ sint post motam controversiam, quod est contra Senatusconsultum auctore D. Adriano factum de *pet. hered.* quod à Græcis dicitur Senatusconf. Adrianum, in *l.quod si possessor*, *de pet.hered.* Nam ex eo Senatusconsulto soli bonæ fidei possessori hoc datur, ut non inferat usuras redactæ pecuniæ ex venditione rerum hereditariarum, nisi post litem contestatam, nisi post petitam hereditatem, vel controversiam motam. Itaque Ulpianus in *l. item veniunt*, *§.cæterum*, *de pet. hered.* ut hanc discordiam dissiparet, mira quadam ratione, ac pene calumniosa adstringit hanc *l.1.* cujus mentionem fecit in *d. §. cæterum*, ut scilicet locus huic *l.* sit, si malæ fidei possessor vendiderit res hereditarias, quas vendi expediebat, quæ magis onerabant hereditatem, quam fructui erant, puta, res steriles, aot tempore perituras, ut scilicet pretii earum rerum usuras non inferat fisco vindicanti bona, & eripienti quasi indigno, nisi quas redegerit post motam controversiam à fisco. Et secundum hoc, quod & satis explicatu difficile hac in re, ut integra *lex item veniunt*, ostendit, Ulpianus hanc facit differentiam inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem, quod bonæ fidei possessor non teneatur in usuras ob pretium, vel usuras pretii rerum distractarum ante motam controversiam, vel in res ipsas, sed ut si bonæ fidei possessor res distraxerit post motam controversiam, & inde pretium redegerit, res ipsæ veniant in petitionem hereditatis, & fructus earum, id est, ut res ipsas præstet, quas vendidit, & fructus earum, vel si non possit eas recipere ab emptore, ut præstet quanti petitor hereditatis in litem juraverit, id est, quanti eas res, & fructus juratus æstimaverit, quæ æstimatio possit esse immensa, & immodica, & ioiqua, quoniam licet in infinitum jurare, licet io infinitum æstimare rem suam, cum eam ioviti distrahimus, invitus nemo vendit vero pretio, ut vult regula, *jure invitus vendit*, *quis pretio immenso*, *quod modo juraverit*, id est, quod juratus fecerit: ergo cum dicimus res debere restitui, aut fructus, omnino hoc sic intelligimus, si quidem possint restitui, sin minus, quammaximum pretium earum, non verum, & justum, sed quod iratus, vel juratus fecerit actor pro affectu animi sui, *d.l.item veniunt*, *§. ult.* Sed addenda est exceptio, nisi bonæ fidei possessor post motam controversiam vendiderit res steriles, aut tempore perituras: Quia tunc eæ res non veniunt omnino in petitionem hereditatis, vel fructus earum. Sed venit tantum verum pretium, quod duplex est, quod verum in re ipsa, & in natura est, quanti res, & fructus digni sunt re ipsa, hoc est, verum pretium: Et aliud verum pretiom est, quod venditor accepit ex conventu, & hoc casu erit in electione actoris, ut vel petat verum pretium rei, & fructuum quantum est in re ipsa, vel pretium, quod distraxit, & usuras pretii: eliget utique majus pretium, *d.l.item veniunt*, *§.quod si post petitam*: & hoc, inquit, in bonæ fidei possessore: si malæ fidei possessor sit, qui res hereditarias distraxerit ante, vel post controversiam motam, res ipsæ, si eas possit recipere, & fructus omnes veniunt, vel qnanti in litem juratum erit, quod est plerunque iniquum pretium. Addamus eandem exceptionem, nisi distraxerit res steriles, & tempore perituras, aut quæ erant potius oneri, quam fructui, quas si non distraxisset, etiam hoc ei imputaretur, *l.nisi*, *§.Julianus*, *de pet. hered.* & si eas res distraxerit ante motam controversiam, quo tempore magis actori præstabit verum pretium earum quanti fuerit in re ipsa. Sed si eas distraxerit post motam controversiam, quo tempore magis in mala fide versatur, qui nec judicio lacessitus vult agnoscere fidem bonam, tum in arbitrio erit actoris qualem computationem faciat, id est, æstimationem, *d. §.cæterum*, ut vel eligat æstimationem rei, & fructuum veram in re ipsa, vel eligat pretium redactum ex venditione ipsa, & usuras pretii, si forte pretium illud conventum majus sit vero pretio. Pretium conventum possit esse majus vero pretio, nec tamen iniquum: nec enim est iniquum, nisi excedit dimidiam veri pretii, *l. 2. sup. de rescind. vend.* & ita miro modo, ut videtis, eam adstringit, & hanc epistolam, sic vocat, id est, ut hanc l. in concordiam adducat cum Senatusconsulto Adriano, miro modo eam adstringit: interpreti juris, qualis ille fuit, multa licent. Ergo ex hac *l.1. hujus tit. quibus ut indignis*, *&c.* intelligimus heredem, qui mortem testatoris, quem interfectum esse scit, non exequitur, & vindicat, amittere hereditatem, & pertinere eam ad fiscum, ita ut & fisco restituere debeat fructus omnes, quos percepit ante, vel post motam controversiam bonorum à fisco: redactæ autem pecuniæ ex pretio rerum hereditariarum, post motam tantum controversiam eum fisco usuras præstare, maxime secundum interpretationem Ulpiani, si vendiderit res steriles, & tempore perituras, quæ onerabant hereditatem, magis quam augebant, & maluerit fiscus pretia earum rerum, quanti venierunt, & usuras, quam veram æstimationem earum rerum, & fructuum. Sed quæ usuræ inferentur: besses, an semisses, an centesimæ, nondum diximus: quod tamen non prætermisit lex 1. quæ ait usuras semisses fisco esse dependendas: hæ sunt usuræ fiscales, usuræ semisses, *l.cum quidam*, *§.si debitores*, *ff. de usur. l. ult. de fisc. usur. lib.* 10. quæ scilicet in centenos aureos, quotannis reddunt senos, quod nos Gallice dicimus, *au denier seize, & deux tiers*, *c'est usura semis*. Nunc ut absolvamus ea omnia, quæ continentur in hoc tit. de hoc crimine inultæ cædis defuncti, quod & recte dixeris crimen ingrati, quod obiicitur heredi ingrato, qui non est ultus mortem ejus, à quo hereditatem accepit, ex *l.Gajus*, *in fine*, *D.de Senatusc. Syll.* Notandum est, primum heredem excusari, nec incidere in crimen ingrati, si auctores cædis diu quæsitos reperire non potuerit, *l. 7. hoc tit.* excusari etiam eum, si alius eum prævenit in accusatione homicidæ, id est, ejos, qoi testatorem necavit, *l.10. hoc tit.* Nam accusatum ab alio heres, vel alius accusare non potest, *l.hi tamen*, *§.ult. ff.de accus.* nec tamen pœna, quam sufferret heres non accusato homicida, erit præmium ejus, qui eum in accusatione antevertit, ut scilicet ei hereditas cedat, quia neque ei cedet, qui homicidam occupavit accusare, nec cedet fisco, quia non stetit per heredem scriptum, quin accusaret, sed fuit præventus ab alio, forte spe potiundæ hereditatis in locum heredis scripti, spe vana: nec enim heredi, qui in culpa non est, hereditatem auferre potest vel fiscus, vel is, qui eum in accusatione prævenit: & hæc est sententia *l. 10. hoc tit.* *& l. si sequens*, *in principio*, *D. de Senatusconf. Syll.* excusantur etiam heredes minores 25. annorum natu, *l. 3. hoc tit.* pupillos dicit tantum. Sed proculdubio pupillis etiam addendi sunt minores 25. annorum ex *l.6. hoc tit.* Nam hujus ætatis homines excusat ignorantia juris, *l. pen. in principio, de juris*, *& facti ign. l.5. ff. ad leg. Cornel. de fal.* & ita *l.6. hoc tit.* ait, *minoribus annis 25. non obesse crimen inultæ mortis*. Quoniam eis jus ignorare permissum est, id est, quod heredibus jus injungit, vel quod periculum amittendæ hereditatis eis ex legibus imminet non ulciscentibus necem defuncti: & ideo si heres minor 25. annorum non accusaverit reum cædis paternæ, non incidit in crimen, & multo minus incidit in crimen si accusaverit quidem, & damnaverit, sed interposita appellatione desierit: & observandum in hac *l. 6.* *perferre* accusationem plus esse, quam accusare: *perferre* accusationem significat perfectionem criminis, ut loquimur,

id est,

id est, crimen ad finem usque perducere, ut in *l. 8. hoc tit.* Idem potest verbum accusare, nempe perorare causam usque ad sententiam, *l. 14. §. accusasse, ff. de bonis libert.* & eodem quoque sensu dicimus, *peragere, & perferre litem, causam, quæstionem, l. filius, §. 1. ff. de inoff. testam. l. 6. de col. dot. l. dominus, ff. de usufr. l. 2. §. mirabile, de vet. jure enucl.* & non hi tantum, inter quos lis est, causam, vel litem perferre dicuntur, sed etiam advocati eorum, quod Græcis est διαμένειν τὴν δίκην, *perferre causam*, & sic advocati perferunt causas in *l. 2. supra de jurejur. propt. calumn.* & Plinii 5. Epistolar. *Si causam Vicentinorum eodem animo, quo susceperat, pertulisset*, id est, si peregisset reum. Quid ergo si quis reum peregerit, & condemnaverit, sed interposita à reo appellatione, causam appellationis persequutus non fuerit, nec responderit reddenti causam appellationis, ut ait *l. 6.* an videtur accusasse, & pertulisse accusationem? Non utique major 25. annis, ut in *d. §. accusasse.* Nam non satis est eum rem perduxisse ad sententiam unam, nisi & eandem rem perducat ad alteram sententiam, interposita appellatione à reo priore sententia damnato: debet ergo heres major 25. annorum reo condemnato, si appellaverit reus, perseverare, & causam appellationis exequi, & ut ait *l. 6.* respondere reddenti causam appellationis, alleganti meritum appellationis, & ut Paulus loquitur 5. *Sentent. tit. de reddend. causis appellationis*; reddere causas appellationis, est quod in foro dicimus *proposer les griefs*, non possis dicere latine, nisi hoc modo, reddere causas appellationis, quibus is, qui vicit necesse habet respondere cum agitur de ulciscenda morte testatoris: alioqnin non videtur pertulisse accusationem, non videtur plenum officium pietatis exhibuisse defuncto: heredi tamen minori 25. annorum natu parcitur, sive non accusaverit, sive accusaverit, sed destiterit ab incœpto, interposita appellatione: nam ut ait *l. 6.* elegantissime, *convenit quidem pietati etiam heredis minoris 25. annorum respondere reo homicidii reddenti causam appellationis*, sed non est necesse: excusat enim ætas: non omne, quod convenit, est necesse: non est criminosum minorem 25. annis interposita appellatione desinere, cum non incipere non sit criminosum, id est, non ei crimini deputetur, aut vitio: & species *l. 6.* integraque sententia hæc est: minor, cui delata est hereditas patris ab alio occisi, reum cædis paternæ accusavit, auctoresque cædis, atque etiam mandatorem cædis, qui perinde atque homicida tenetur, & omnes condemnavit: auctores cædis non appellaverunt, & supplicio affecti sunt: mandator cædis appellavit, cum valeret gratia, & opibus: nam plerunque qui; cædem fieri mandant, sunt potentiores quidam, qui obnituntur quantum possunt, nec facile se vinci patiuntur: & ita cum mandator cædis appellasset, minor destitit, nec crimen persequutus est: ignoscetur ei propter ætatem, ne patiatur à fisco quæstionem hereditatis paternæ, id est, ne fiscus ei eripiat hereditatem paternam: nam conveniebat quidem pietati ejus & crimen exequi post appellationem: sed si hoc prætermisit, non ideo amittit hereditatem paternam, cum & venia detur omnino non accusanti rerum cædis paternæ. At majori 25. annis, ut possit adire hereditatem, quæ verba sunt notanda *l. 6.* fuit necesse, & implere causam appellationis, ut possit adire hereditatem, inquit: ex his verbis colligitur heredem non posse adire hered. antequam ultus sit necem defuncti, à quo hereditas proficiscitur: adeuntem autem vindictam & ultionem cædis relinquere, & accusari eum posse ut indignum, & auferri etiam ab eo hereditatem, quod etiam significat *l. 9. hoc tit.* dum ait, *testatore occiso veneno, vel quo alio more malo, veluti vi carminis, sine ullo veneno*, ut est apud Lucanum:

Mens hausti nulla sanie polluta veneni
Incantata perit . . . .

Vel ut notat Accursius, quod potest esse usui in *l. ult. de malefic. & math.* depicta imagine cerea, inquit, quod quid sit, ego non admodum cupio scire: & ita explicanda sunt illa verba *l. 1. §. occisorum, ff. de Senatusc. Syll.* si necatus sit veneno, vel quo alio malo more, sic Florentinæ recte, occiso, inquam, testatore veneno, vel alio malo more, *l. 9. hoc tit.* ait posse heredem adire hereditatem, deinde exequi mortem testatoris, quando scilicet proponitur clandestinis insidiis appetitus, veluti veneno: quod argumentum præstat ex contrario, ut dicamus testatore occiso aperta vi, non per insidias, heredem non posse adire hereditatem antequam ultus sit cædem defuncti: verum non est ita statuendum generaliter, ut necesse sit ultionem præcedere ante omnia, quandoquidem legimus in *l. ejus, §. ult. ff. de jure fisci*, eum tantum heredem indignum judicari, qui post aditam hereditatem non est ultus necem defuncti: potest ergo adire antequam ulciscatur necem defuncti, & erit rata aditio, id est, cum effectu, si postea ulciscatur necem defuncti: videamus quæso quomodo sit respondendum *l. 6. & l. 9.* hujus tit. Et dico omnino *l. 6. & 9.* hujus tit. pertinere ad Senatusc. Syll. ad quod Senatusc. non pertinet vindicta ejus, qui veneno necatus est, aut occultis insidiis, sed ad eum tantum, qui per vim, & cædem (cædes significat ferrum, & sanguinem) interfectus est: nam mens, & ratio Senatusconsulti hæc est, ut si defunctus à familia necatus esse dicatur per vim, & cædem, ut heres non possit adire hereditatem, vel miscere se hereditati si sit suus, vel bonorum possessionem petere, vel tabulas testamenti aperire, recitare, describere, priusquam habita fuerit quæstio de familia, id est, de servis, qui in potestate occisi patrisfamilias fuerunt, & qui sub eodem tecto fuerunt, & opem ei ferre potuerunt: forte in SC. fuit scriptum, qui *suffuerunt*. Nam Festus interpretatur *suffuerat* esse, qui sub eodem tecto fuerat, sed idem est etiam si extra tectum dominus sit occisus præsentibus servis quibusdam, vel omnibus in itinere forte, ut Paulus ostendit in 4. *Sententiar. tit. de SC. Syll.* & confirmat *l. ult. hoc tit.* ergo priusquam adeat, habenda est quæstio de servis, qui sub eodem tecto fuerunt, cum dominus occisus est, vel qui in eodem loco fuerunt, quo occisus est, ut in *l. lex Cornelia, D. de SC. Syll.* deinde necesse etiam est priusquam adeat, ut de servis noxiis facinoris, vel qui opem domino non tulerunt, quoniam & hi pro noxiis habentur, sumatur ultimum supplicium, ut in *l. 11. §. servus, D. ad leg. Falcid.* alioquin si hæc non observaverit heres scriptus ante aditionem, vel immistionem, hereditas ei eripitur ut indigno, & ingrato, ac proinde causa ejus hereditatis vindicandæ à fisco erit agenda apud procuratorem Cæsaris, qui est judex inter fiscum, & privatos, & hoc vult *l. 3.* hujus tit. crimen peragitur apud præsidem provinciæ, causa bonorum apud procuratorem Cæsaris, & ratio SC. est multiplex: una proponitur in *l. 3. §. non tantum, D. de SC. Syll. ne heres*, inquit, *propter suum compendium*, id est, *ne scilicet amittat servos, familiæ ejus facinus occultet, dum adire hereditatem festinat antequam de servis quæstionem habuerit, & supplicium sumpserit ultimum*, & additur alia in *l. propter veneni, eod. tit.* quæ satis obscura, ne testamento manumissis libertas competat. Nam si liceret adire hereditatem, statim servis manumissis testamento libertas competeret, & necesse esset quæstionem habere de liberis hominibus, neglecta libertate, quam per aditionem adepti sunt, quod fit ægre: vix unquam liber homo quæstioni subjicitur: & tamen hoc casu necesse esse, eruendæ veritatis causa, etiam testamento manumissos, qui adita hereditate ad libertatem perveniunt subjici quæstioni, ut *l. 1. §. de iis, ff. eod.* & melius est non negligi eorum libertatem, *qu'on ne foule point leur liberté*. Ne igitur cogeretur eam negligere, prohibetur hereditatem adire heres, ut quasi de servis habeatur quæstio, sumaturque supplicium nulla libertate illæsa: quæ ratio non intervenit, cum proponitur paterfamilias veneno peremptus, quoniam hoc casu non puniuntur servi, nec subjiciuntur quæstioni, qui adversus hu-

jusmodi insidias nihil potuerunt. Ideoque licet heredi impune occiso testatore veneno, vel occultis insidiis, protinus adire hereditatem, deinde exequi crimen: at priore casu cum occisus est vi aperta, non ante potest adire, quam crimen perfecerit, & ita relata *l. 6. & ult. ad Senatusc. Syll.* ut distinctio illa exigit inter occisum veneno, & occisum vi, quæ proponitur in *d. l. propter veneni, & l. 1. §. quid ergo, & l. necessario, §. ult. ff. eod.* apparet non idem esse dicendum de quocunque testatore occiso, qui non dicatur esse occisus à familia, qui non pertineat ad SC. Syllanian. Nam hujus mortem heres exequi potest post aditionem, quam tamen si non exequatur, aditio sine effectu constituitur, erepta hereditate à fisco: unum tantum est, quod *l. 6.* quam potissimum volui explicare, & in eam tamen includere *l. 3. & 7. & 9. & 10. & pen. & ult.* nam & hoc omisi *ex l. pen.* testatore occiso per vim, differri aditionem, ut differantur libertates manumissorum testamento, sicut attigi sup. qui tamen habita quæstione de servis, & sumpto supplicio de noxiis adita hereditate perveniunt ad libertatem. At mora illa aditionis, sive dilatio eis videtur esse damnosa: finge: medio tempore dum quæstio habetur de servis, & crimen peragitur, delata est servis quibusdam hereditas, vel delatum est legatum, aut fideicommissum, eo lucro fraudabuntur, eave acquisitione, quod non sunt facti liberi maturius adita hereditate. Ideoque oratio D. Marci philosophi conservat eis servis, quorum ex SC. suspenditur libertas, acquisitionem medii temporis, puta hereditates, legata, fideicommissa, & tamen oratio D. Marci nihil loquitur de libertatibus, qui tamen cum fuerit philosophus Stoicus, & philosophiæ plenus, ut ait Justinianus, debuit esse studiosissimus libertatum. Nam Stoicorum hæc fuit vox apud Laertium: *φαύλη ἡ δεσποτεία, c' est une chose mauvaise que d' avoir un maistre*, & quid omisit in ea oratione M. Philosophus? non exposuit, quid esset dicendum, si medio tempore ancilla hereditaria testamento manumissa, dum non aditur hereditas, pepererit, an partus erit liber? Quod non videtur, cum sit natus ex serva. Et tamen ut suppleat orationem Marci Justinianus, in *l. pen.* vult, ut partus perinde sit liber, & ingenuus, atque si ex libera natus esset, ut non minus conserventur libertates servis manumissis testamento, quam acquisitiones medii temporis. Et quod est ultimum in *l. 6.* quam, ut dixi, potissimum explicandam suscepi, in quam inclusi multas alias, quatenus loquitur de majore 25. annis, ut non possit adire, antequam interposita appellatione à reo condemnato, causam appellationis ad finem usque perduxerit: ei opponitur *lex propter, §. ult. D. de SC. Syll.* quæ dicit absoluto eo, quem heres reum cædis fecit, si heres non appellaverit, non incidere eum in crimen ingrati, vel inultæ cædis defuncti. Et tamen *l. 6.* ait eum incidere in crimen, si ab interposita appellatione destiterit: verum, ut recte Bartolus adnotavit melius, quam Accursius, observandum est *l. 6.* loqui de reo condemnato, ut eo appellante, heres incidat in periculum amittendæ hereditatis, nisi causam appellationis persequatur: at *l. propter, §. ult.* loquitur de reo absoluto, ut heres sine periculo amittendæ hereditatis possit acquiescere sententiæ, quam forte justam esse agnoscit, nec appellavit: nam hoc tantum ab herede exigimus, ut rem perducat ad sententiam, non etiam ut vincat, & hæc sufficiunt de crimine inultæ mortis defuncti.

Ad L. II. Polla quidem liberam *habuit administrandi patrimonii sui potestatem: nec idcirco quod pupillus illi heres exstitit, ea, quæ ab ipsa finita sunt, revocari in disceptationem oportet: sed si pupilli nomine falsum dicere vis testamentum, de quo per Pollam transactum est, potes experiri: dum memineris, si in ea causa non obtinueris, & portionem, quam ex eo testamento pupillus habet, te salvam facturum (quam adimi pupillo necesse erit secundum juris formam) & de calumnia tua Præsidem deliberaturum, quamvis pupilli nomine agere videaris, cum retractas ea, quæ finita sunt per heredem.*

Ad L. IV. Hereditas in testamento *data per epistolam, vel codicillos, adimi verbis directis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus suis declaravit: merito ejus portio non jure ad alium translata, fisco vindicata est: libertates autem in eadem epistola datæ peti poterunt.*

Ad L. V. Non oportet ut indignis *heredibus successiones auferri prætextu, quod in sepultura supremis judiciis, vel voluntatibus defunctorum obtemperatum non fuisset.*

Ad L. VIII. Alia causa est ejus, *qui falsi instituta accusatione ad finem usque quod insimulabat, perduxit, & contrariam sententiam meruit: alia ejus, qui inchoatam accusationem non pertulit: cum in illius quidem partem succedat filius: hic autem, qui contrariam judicis sententiam non sustinuit, suæ partis non perdat persecutionem.*

Ex hoc tit. restant tantum leges quatuor, quæ nondum explicatæ sunt, 2. 4. 5. & 8. post crimen inultæ cædis defuncti, quod est crimen ingrati, impii, inofficiosi heredis, datur in *l. 2.* & 8. crimen aliud heredis, qui per calumniam falsum testamentum dixit, in quo ex parte heres institutus est, qua etiam ex causa fiscus vindicat portionem hereditatis quasi indigno ablatam: & omnino ita est, heredi, qui per calumniam falsum testamentum dixit, nec obtinuit in accusatione, in qua perseveraverit usque ad sententiam, fiscus aufert portionem hereditatis, ex qua in eo testamento heres scriptus fuit: recte pono eum pertulisse accusationem falsi, & perseverasse usque ad sententiam: Nam si desistat ante sententiam, vel moriatur, fisco locus non est, *l. 8. hoc tit.* Recte etiam pono, eum non obtinuisse in accusatione falsi testamenti: nam si obtinuit, id est, si pronuntiatum sit falsum testamentum esse, fisco locus non est, sed legitimis heredibus ab intestato: & rursus etiam pono, recte eum fuisse heredem institutum ex parte: Nam vix quisquam heres ex asse scriptus unquam dicit falsum testamentum: ex parte scriptus possit dicere falsum spe obtinendi assis, si sit proximior heres ab intestato, & quemadmodum ætati subvenitur heredis, qui necem defuncti ultus non est, ut *l. 6. hoc tit.* Ita notandum, ætati subveniri heredis, qui falsum testamentum dixit falso, vel per calumniam, atque adeo non obtinuit, hoc est, subveniri minoribus 25. annis, quos constat etiam accusationem instituere posse ex *l.* Cornelia testamentaria, quæ est de falsis testamentis, vel ex aliis legibus publicorum judiciorum, præterquam ex *l. Julia de adult. & l. 15. §. lex, D. ad l. Jul. de adult.* Cæteræ leges publicorum judiciorum recipiunt accusatorem etiam minorem 25. annis, quin etiam pupilli de falso testamento patris, *l.* Cornelia testamentaria ex consilio tutorum agere possunt, *l. 2. de accus.* recte ex consilio tutorum: non dicit tutore auctore, sed ex consilio tutoris, ut Paulus *5. Sent. tit. de jure fisci, & populi: ætati,* inquit, *ejus, qui accusat testamentum, si non obtineat, subveniri solet in id, quod ita amisit, maxime si consilio tutoris, aut curatoris actio instituta sit.* Consilium tutoris sufficit: Nam ante constitutionem Justiniani, id est, ante *l. 4. sup. de auct. præst.* in criminalibus causis minoribus non erat necessaria auctoritas tutoris, vel curatoris, quæ eo distat à consilio, quod consilium accusationem præcedit, & litem criminalem, auctoritas in lite agenda, & peragenda tutore assistente tanquam defensore, & patrono interponitur: pupillis igitur, & adolescentibus, qui falsum testamentum dixerunt, in quo ex parte instituti sunt, nec obtinuerunt, subvenitur maxime, si consultore, vel tutore auctore, aut curatore accusationem instituerunt: idemque erit si tutor pupilli nomine, ut potest, vel curator adolescentis nomine falsum testamentum dixerit, nec obtinuerit: Nam & hoc casu pupillis, vel adolescentibus subveniri necesse est, quia ipsi accusasse videntur, non tutor, qui nomine pupilli, non suo in falsi crimen subscripsit: denique ipsi in crimen incidisse videntur,

ut

at plane indigeant auxilio, ne quod amiserunt, jure A
amittant, vel ut quod jure amiserunt, retineant. At quæso, quomodo eis subvenitur (nam non subvenitur iis ipso jure, cum ipso jure hereditatem amittant, quod temere testamentum impugnaverint, & improbe) sed iis subvenitur principis beneficio, ut indicat *l. tutorem, in fine, D. eod.* quod facile impetratur, vel etiam iis subvenitur jure ordinario per actionem tutelæ, aut negotiorum gestorum, per quam indemnes servabuntur, si eorum nomine tutor, vel curator temere falsum testamentum dixerit, ut in hac *l. 2. hoc tit.* & puto hac *l. 2.* significari in *l. 5. §. ætati, D. eod. tit.* dum allegat rescriptum Severi, & Antonini: Nam l. 2. est Severi, & Antonini. Igitur subvenitur illis facile beneficio principis condemnatis heredibus pupillis, aut adolescentibus, ut in fine *l. tut. D. eod.* vel beneficio actionis tutelæ, aut B
negot. gest. in reposcenda ratione administrationis: & huc pertinet species l. 2. elegantissima, quæ talis est. Quidam filiam natu majorem, & filium pupillum ex partibus heredes scripsit, adjectis aliis coheredibus extraneis ex aliis partibus: filia testamentum falsum dixit, nec tamen pertulit accusationem, sed transegit de testamento patris cum coheredibus extraneis: ita ut certa pecunia contenta discederet à lite, & extraneos coheredes sineret habere suas partes, quæ sunt eis adscriptæ in testamento: deinde mortua filia, ei heres extitit pupillus frater jure consanguinitatis, & mox tutor ejus nomine falsum testamentum dixit, retractatis his, quæ jam finierat transactio sororis coheredis, & re perlata usque ad sententiam, tutor non obtinuit contra coheredes pupilli sui extranei: lex ait partem pupilli vindicari fisco quasi C
indigno ablatam, quoniam ipse accusasse videtur testamentum, cum ejus nomine sit accusatio instituta à tutore: Partem vero, quæ pupillo jure legitimo obvenit, à sorore fiscus non vindicat, quia qui falsum testamentum dixit, heredi testatoris heres existere non prohibetur, quoniam non est in ea parte testatoris heres principaliter, sed per consequentiam, per mediam personam, *l. 5. §. qui accusavit, & l. qui Titii, ff. eod. tit.* At partem adscriptam pupillo, qui non obtinuit in quæstione falsi testamenti fiscus vindicat, ut dixi, sed indemnem eum damno præstabit tutor, qui temere, vel improbe ad eam accusationem prosiliit sub pupilli nomine, vel qui in ea exercenda non probe functus est officio suo: at præterea si tutor sciens, prudensque calumniosam accusationem instituerit, etiam reo tenetur D
de calumnia, licet non suo, sed pupilli nomine egerit: alioquin tutor sæpe abuteretur nominibus pupillorum, & sub eorum nominum prætextu propter suas simultates calumniosas accusationes institueret. Ergo æquum est, ut non tantum pupillo præstet indemnitatem, qui amisit partem hereditatis culpa tutoris, sed etiam ut de calumnia reo absoluto teneatur, licet non suo, sed pupilli nomine egerit, perinde atque si gessisset suo, *l. 2. inf. qui accus. non poss.* ubi alias ostendi non esse legendum *proprio nomine* accusasse tutorem, sed *pupilli nomine:* & in eadem quæstione idem error insedit in pandectis Florentinis in *d. l. tutorem*, illo loco, *Si libertum patris pupilli suo nomine capitis accusaverit*, cum manifesto sit scribendum, *pupilli sui nomine*, non, *suo nomine*. Sed & exponamus etiam, & absolvamus l. 4. & 5. Notandum E
est ex l. 4. ei etiam eripi hereditatem ut indigno, ut adjudicatur fisco, quem testator in codicillis declaravit non mereri suam voluntatem, quæ declaratio satis evidens est ademptio hereditatis, atque est inutilis, quia codicillis, vel per epistolam dari, aut adimi hereditas non potest secundum regulam juris, de qua cras dicemus ad tit. sequentem, & epistolam vocat in hac l. 4. epistolam fideicommissariam, quæ sic dicitur in *l. 7. sup. qui testam. fac. poss. l. cum quis, §. pater, ff. de leg. 3.* potest tamen in codicillis jure fideicommissi hereditas ad alium transferri, quæ data est testamento heredi scripto in testamento, rogato in codicillis, vel epistola fideicommissaria, ut eam hereditatem alii restituat: Denique

codicillis potest alii relinqui hereditas per fideicommissum verbis precariis, atque etiam in epistola fideicommissaria, non etiam verbis civilibus, directis verbis, nec etiam illa nuda declaratione, heredem scriptum testamento non mereri voluntatem suam. In specie autem h. l. 4. non proponitur hereditas data testamento, fuisse codicillis translata in alium per fideicommissum, sed proponitur tantum in codicillis declarasse testatorem heredem testamento scriptum non mereri voluntatem suam, quæ ademptio cum sit inutilis, poterit heres adire hereditatem, sed ei auferetur à fisco veluti indigno, quia non habet supremam voluntatem defuncti, ut in *l. cum quidam, ff. eod. tit.* Caduca igitur fit hereditas, sed cum onere præstandorum legatorum ab eo herede relictorum, & ut nominatim scribit in hac l. 4. cum onere præstandorum legatorum ab eo herede relictorum, & cum onere præstandorum libertatum datarum in epistola fideicommissaria, id est, datarum per fideicommissum: huic l. 4. opponit Accursius primum *l. ex parte, ff. de adim. legat.* Quidam heredem scripsit ex parte, & ei prælegavit aliquid, deinde cum eo suscepit gravissimas inimicitias, nec tamen cum instituisset mutare testamentum, id perficere potuit, morte præventus: an capiet hereditatem? an capiet legatum, sive prælegatum? non capiet, quia tacita voluntate legata adimuntur, & nuda, & præsumitur mutasse voluntatem, qui cum herede moriens gessit capitales inimicitias, longe aliud est in hereditate quia adimi non potest hereditas nuda voluntate, sed solemni, id est, alio testamento jure perfecto. Ergo prælegatum non capiet, hereditatem capiet, & tamen l. 4. ait, eum cum effectu non capere hereditatem, quem testator dixit non mereri suam voluntatem in codicillis, vel in epistola fideicommissaria post testamentum factum. Sed facile est respondere: dicamus in hac l. 4. testatorem dixisse immerentem heredem esse, & ademisse hereditatem quantum in eo fuit, addito elogio, *quod sit de me male meritus, quod non mereatur meam voluntatem.* In *l. ex parte*, nihil dixit, sed gessit tantum inimicitias cum herede: deinde opponit *l. 1. §. pen. D. si tab. test. nullæ ext.* si heres institutus non habeat voluntatem testatoris ultimam, ut puta, quia à testatore incisæ sunt tabulæ testamenti rupto lino, vel quia inductæ sunt, & cancellatæ tabulæ testamenti, vel quia ab eodem testatore turbata sunt signa, *Si*, inquit, *testator, qui hoc fecit, voluit intestatus decedere, legitimi heredes vocabuntur:* non vocat fiscum in locum heredis non habentis supremam ejus voluntatem, sed legitimos heredes: verum ut respondeam, ponderanda sunt illa verba *§. pen. Si voluit intestatus decedere*, & ita distinguendum est: Si ideo testator vitiavit tabulas testamenti, vel cancellavit, vel rupit, vel confregit, quod judicaret heredem indignum esse, vel immerentem, vel ingratum, fiscus vocatur. Sin vero id eo animo fecit, ut intestatus decederet, legitimi heredes vocantur. Si non id fecit odio heredis scripti, vel forte quod eum indignum judicaret, sed quod mallet postea agnatos heredes sibi esse ab intestato, hoc casu fiscus non vocatur, sed legitimis heredibus incumbit onus probandi eam fuisse voluntatem defuncti, ut in *l. pen. & ult. D. de iis, quæ in testam.* nam in dubio fiscus vocatur. Atque ita respondeo, quod ultimo loco objicit esse facillimum, ex *l. hac consul. §. pen. sup. de testam.* prius testamentum, in quo Titium heredem scripsit, non rumpitur posteriore imperfecto, id est, non jure perfecto, nisi in posteriore scriptus sit is, qui rem, sive hereditatem omnino ab intestato habere potest, vel nisi sit factum jure militari, ut in *l. 2. de inj. rup.* ergo Titius, qui est scriptus priore testamento, cum posterius est imperfectum, hereditatem obtinebit, & tamen non habet ultimam voluntatem defuncti, quia defunctus voluit mutare testamentum, & vero mutavit, sed non jure rem perfecit: sic respondeo, hoc ideo, quia nullum extat argumentum, ex quo colligere possis testatorem Titium indignum judicasse hereditate sua, & quod vi-

dcatur non aliter Titio voluisse auferri hereditatem, A quam si jure valeret, quod fecit posterius testamentum: ultimum, quod notandum ad *l. 4.* vel ad *l. 5.* hoc est, quod olim obtinuit, & obtinet etiam hodie quodammodo, omnibus heredibus, qui contra voluntatem testatoris faciunt auferri hereditatem, ut indignis & addici fisco, & ita scribit Paulus 3. *Sententiarum d. . Syllan.* & probat *l. ult. . ult. de fideicomm. l. si periculum, ff. de statul.* nisi quæ fuerit voluntas testatoris inepta, ut si nimiam impensam fieri jubeat circa funus, vel circa sepulchrum, aut in eodem busto concremari vestes, & omnia ornamenta sua, *quæ habuit charissima in vita sua*, quæ voluntas inepta dicitur, cui non sit parendum, aut obtemperandum in *l. servo alieno, §. ult. ff. de leg. 1.* & apud Lucianum in Nigrino: *οἱ μὲν, ἐντεῦθεν ἑαυτοὺς κελεύοντες συγκατακαφλέγεσθαι τῶν παρὰ τὸν βίον τιμίων: οἱ δὲ* B *καὶ παραμένειν τινὰς οἰκέτας τοῖς τάφοις.* Et laudanda magis est parcitas Theophrasti, in cujus testamento ita scriptum fuisse refert Diogenes Laertius: *μηδὲν περίεργον περὶ τὸν ἐμοῦ τάφον, μηδὲ περὶ τὸ μνημεῖον*, & ad eam rem pertinet etiam *l. pen. ff. de cond. inst. & l. 5. sup. de relig. l. 5. hujus tit.* in ea, inquam, re funeris modus statuendus est pro dignitate, & conditione defuncti: quod militaris disciplinæ est, id in funebri pompa non sequuntur pagani, ut militaris disciplina, est æquum usque ad sepulchrum duci, & armigerum perversa arma gestare, supina etiam signa gestare, non erecta, ut Virgil. xi. *lib. Æneidos*, in funere Pallantis.

Post bellator equus positis insignibus Æthon
It lachrymans, guttisque humectat grandibus ora. C

Et ibidem etiam docet, omnia quæcumque virtute ornamenta sibi comparasset defunctus, ea in pompa funerum mortuum condecorasse, nec omittendum vulgo in in hac l. 5. ita legi non oportere, *ut indignis heredibus successiones auferri prætextu, quod in sepultura supremis judiciis, vel voluntatibus*, cum omnes libri habeant simpliciter *supremis*, & in *l. 5. de test. mil. supremis judiciis, il ne faut point*, sed tantum *supremis*, ut in *l. cum pater, §. donationis, D. de leg. 2.* & in *l. 3. §. ult. de muner. & bonor.*

AD TITULUM XXXVI. D

DE CODICILLIS.

QUÆSTIO *l. ult.* est nobilissima: An is, qui egit ex testamento de hereditate, si contra testamentum pronunciatum sit, possit transire ad jus codicillorum, sive fideicommissariæ hereditatis persecutionem, vel quod idem est, an quia ex scriptura, ut testamento, non potuit obtinere hereditatem, possit deinde ex eadem scriptura, ut codicillis eandem obtinere, & vindicare: Nam nihil prohibet eidem eodem testamento eandem hereditatem dare verbis directis, & verbis precariis, id est, per fideicommissum jure testamenti, & jure codicillorum, utro maluerit uti heres institutus. Sicut eandem rem eidem constat posse relinqui directo simul, & per fideicommissum: verbis directis, & verbis E fideicommissariis, veluti hoc modo: *Illi do, lego: darique volo, l. alumnæ 4. de alim. leg. Do, lego*, sunt verba directa: *dari volo*, precaria, vel fideicommissaria verba, *§. ult. Instit. de reb. sing. per fideicom. relic. l. illud, §. 1. ff. de jur. codicill.* verbum *volo*, est precarium, non directum, non imperativum: vel etiam hoc modo: *Quisquis mihi heres erit do, lego, fideique ejus committo, ut det Cajo centum, l. Publius, ff. de condit. & demonstr. l. quisquis, de leg. 3. l. Aurelius, §. Titius, ff. de liberat. leg.* Sic eadem res eidem legatur, & per fideicommissum relinquitur eadem scriptura, sive conjuncta scriptura, & eo casu in arbitrio est ejus, cui res eo modo relicta est, utrum velit eam persequi ut legatum, an ut fideicommissum:

Sed si elegerit jus legati (ut infra demonstrabitur) exemplo hereditatis, postea non potest transire ad jus fideicommissi, electionem quidem habet utro jure malit uti. Omnis electio fit semel. Igitur post electionem, mutatio consilii, & variatio non admittitur, & ita etiam libertas recte datur servo & directo, & per fideicommissum, & in potestate est servi, utrum ex directo, an ex fideicommisso ad libertatem pervenire velit, id est, an velit esse libertus orcinus, an libertus heredis, *l. si quis servo, ff. de manumiss. testam.* Sed si elegerit directam libertatem, nec forte eam obtineat adversus heredem scriptum, qui forte contendit non esse jure datam, non poterit transire ad fideicommissariam, quia peccavit in eligendo, & de se queri debet, qui elegit male: & ita etiam, quæ est inspectio hujus legis, eidem eodem testamento potest dari hereditas & directo, & per fideicommissum, veluti hoc modo: *Titius heres esto* (hæc est institutio directa) *si quo casu forte fiat ne meum testamentum valeat, institutioque directa heredis: quisquis mihi legitimus heres erit, fidei ejus committo, ut hereditatem Titio restituat.* Sic eidem relinquitur hereditas & directo, & per fideicommissum, eadem scriptura, eodem instrumento. Idem fit adjecta clausula codicillari, id est, si testator caveat, testamentum se etiam vicem codicillorum obtinere velle, *l. 3. ff. de mil. testam.* vel si caveat, se suum testamentum omni jure valere velle: vel *ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, l. ex ea scriptura, in fi. ff. qui testam. fac. poss.* Et in testamento Gregor. Nazianzeni, *ταύτην μου τὴν διαθήκην κυρίαν, καὶ βεβαίαν εἶναι βούλομαι ἐπὶ παντὸς δικαστηρίου, καὶ πάσης ἐξουσίας, εἰ δὲ καὶ ὡς διαθήκη μὴ ἰσχύζοιεν ὡς βούλησιν ἔτι οὖν κωδικέλλου αὐτὴν ἰσχύειν βούλομαι*, id est, *hoc meum testamentum ratum, & firmum esse volo in omni judicio (etiam apud prætorem, & omni jure) quod si non valeat ut testamentum, volo ut valeat ut voluntas scilicet ultima, vel ut codicillus:* hæc est clausula codicillaris, quam necesse est adjici expressim, si vis testamentum obtinere vicem codicillorum: alioquin si sit prætermissa hæc clausula codicillaris, clausula fideicommissaria, quæ voluntas jure non valet ut testamentum, non valebit ut codicillus: adeo ut nec fideicommissa in eo relicta valeant, quia testamentum facere voluit, non codicillum, & quod voluit, non fecit jure, & quod non fecit, nec fecisse intelligitur, *l. 1. ff. de jur. codicill. d. l. ex ea scriptura, in princ. l. coheredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. substit. l. ex testamento, inf. de fideicom. l. si jure, inf. de manumis. testam.* & in hac *l. ult. §. illud.* Est autem, ut in legatario diximus, & in servo manumisso, in arbitrio heredis instituti, si sit extraneus, & si sit institutus in testamento, quod vice codicillorum valere possit vi clausulæ codicillaris: est, inquam, in arbitrio ejus, utrum jure testamenti, quod est jus directum, hereditatem petere velit, an jure codicillorum, quod est jus fideicommissi, qua de re etiam, atque etiam deliberare debet, priusquam hoc, vel illud eligat, quia post electionem res non est integra, nec pœnitentiæ locus est, si extraneus heres sit, & jure fideicommissi idem non consequetur, quod jure testamenti: Nam jure fideicommissi, sive jure codicillorum à legitimo herede dodrantem tantum hereditatis consequitur, legitimus vero quadrantem Falcidianum retinet, *l. 4. ff. ad leg. Corn. de fals.* ex testamento consequitur assem, si sit ex asse scriptus. Sed quia sæpenumero testamenta multa vitia incurrunt, quæ irritum testamentum faciunt, quod sit testamentum multis periculis juris obnoxium, quasi alligatum nimiis solemnitatibus, nimiæ diligentiæ, ideo quidam malunt, cum testamento adjecta est clausula codicillaris, id est, fideicommissaria, spreto testamento contenti dodrante, veluti ex codicillis hereditatem petere, quam nihil forte omnino consequi agendo ex testam. Sed quod eligant potius, etiam, atq; etiam videant: nam electo testamento, licet ex eo rem non obtinuerit, non potest transire ad persecutionem fideicommissi, vel etiam omissa semel in medio causa testamenti semel inchoata, non potest migrare

ad

ad causam codicillorum, & videtur elegisse causam testamenti, ut declarat hæc lex ult. quæ multa continet. Is qui petiit bon. possess. secund. tab. videtur elegisse testam. vel qui petiit bon. possess. secundum nuncupationem testamenti, cum testam. constat sine scripto, ut in *l.2. sup. de bon. poss. secund. tab. l.si ita scriptum, §.ult. D. eod. tit.* est utilis bon. poss. ea, quæ est secundum nuncupationem, quia jure prætorio directo non datur bon. possessio, nisi secundum testam. scriptum, & obsignatum 7. testium signis: ergo quæ datur secundum testam. non scriptum .i. secundum nuncupationem, est utilis, sive decretalis, non directa, & edictalis bon. possessio. Additur in hac *l. ult.* eum etiam videri elegisse testam. qui petiit cæteras similes bon. possessiones. Quid hoc est? Non est tantum bon. possessio secund. tab. jure perfectas, vel secundum nuncupationem jure perfectam, sed & secundum testamentum militis quoquo jure factum, de qua est titulus specialis *de bon. poss. ex testam. mil.* & bon. possessio secundum gesta municipalia, cum quis apud gesta municipalia testatus est, ut in *l. omnium, sup. de test. & Novell.*1. Valent. *de test.* Item bon. possessio secundum voluntatem testatoris utilis, non directa, quæ datur ex æquo, & bono, cum nomen heredis post consummationem testamenti vivo testatore inconsultu, & incaute deletum est, ut in specie *l. un. ff. si tab. test. null. ext.* Videtur etiam elegisse testamentum, & neglexisse codicillos, qui omissa bonor. possessione oblato testamento, postulant ex edicto D. Adriani se mitti in possessionem rerum hereditariarum, quas moriens possedit, quod & proponitur in hac *l.ult.* Atque ita electo testamento, postea non potest transmigrare ad jus codicillorum, si sit extraneus heres, cui utriusque juris potestas, sive electio delata est eodem testamento, ultima voluntate. Nec hæc constitutio caret exemplis: nam videmus eum, qui agnovit testamentum, & quoquomodo probavit judicium defuncti, postea mutato consilio non admitti ad querelam inofficiosi, *l. si pars, §.ult. l. nihil interest, l. si ponamus, §.1. l.si is, qui, in fin. D. de inof. testam.* non admittitur quoque ad bonor. possessionem cont. tab. qui semel approbavit testamentum, *l. & si ex modica, in fin. & l. seq. D. de bon. lib.* Videmus etiam patronum, qui elegit munera, & operas liberti, qui eas prætulit successioni liberti, non admitti ad bonorum possess. cont. tab. *l.2. sup. de bonor. possess. contra tab.* quæ lex est pars hujus *leg. ult.* sicut *lex ult. C. Theod. de inoffic. testam.* quemadmodum apparet ex *l. ultima C. Theod. de testam. & codicill.* Videmus etiam mulierem, quæ elegit legatum sibi relictum testamento viri pro dote, ex edicto, quod dicebatur *edictum de alterutro*, postea non admitti ad petitionem dotis, de quo in *l. unica, §.1. sup. de rei uxor. act.* Et ita non est novum, quod cavetur hac *l. ultima*, ut heres institutus, qui elegit causam testamenti, excludatur à causa codicillorum, repellatur à causa codicill. & fideicommiss. Multa tamen huic definitioni objiciuntur, quæ diluere facile est. Primum *l. & an eadem, §. actiones, D. de except. rei judic.* Eadem res mihi debetur ex pluribus causis, pluribus obligationibus, & cautionibus, si ex una cautione egero, nec obtinuero, non prohibebor postea agere ex alia: quid mirum cum agam ex alia causa, & cautione? in hac specie *l. ultim.* ago ex eadem scriptura, ex eodem instrumento, & quam causam semel cepi pro testamento, nunc mutato consilio si velim accipere pro codicillis, non admittar: quia ex eodem instrumento ago, ex quo egi antea. Eodem modo nihil etiam obstat *l. eum, qui, sup. de inoffic. testam.* quæ ait, eum, qui egit de falso testam. & non obtinuit, postea posse agere de inofficioso, & è contrario, eum, qui egit de inofficioso, postea posse agere de falso. Primum, hoc jus tantum procedit in liberis, & parentibus, qui soli recte agunt de inofficioso testamento, & qui excipiuntur à constitutione hujus *leg. ultim.* Deinde etiamsi alii, quam parentes, aut liberi agant de inofficioso testamento, puta nemine eos repellente, tamen apertum est, esse aliam causam falsi, aliam inofficiosi testamenti, cum tamen eadem sit causa, qua agitur de hereditate, sive agatur ex directo, sive ex fideicommisso. Nempe causa summa est judicium defuncti, quod utique semper sequitur, & spectatur qui vel hoc, vel illo jure agit. Et multo minus obstat *l. 3. sup. de petit. hered.* quæ dicit, petitam hereditatem materteræ, non infringere alterius hereditatis petitionem ex alia successione. Ubi ex Græcis ita ponenda est species: Matertera mea possidet hereditatem matris meæ pro herede, vel pro possessore, quæ ad me pertinet: & moritur matertera, me præterito in suo testamento, id est, exheredato. Ago querela inofficiosi contra testamentum materteræ, quæ in eodem me prætermiserit, atque ideo exheredaverit, deinde non obtineo: recte agam de hereditate matris meæ, quia de alia hereditate ago, de alia successione. At cum ago ex directo, deinde ex fideicommisso, de eadem hereditate ago: quod si uno jure persequutus non obtinuero, nec alio jure obtinebo, quia eadem res est, & idem instrum. & eadem persona, & in quam ago. Sed ut dixi, hac *l.ult.* repellitur tantum variatio heredis extranei: Nam in liberis, & parentibus permissa est, sive agnati, sive cognati sint: nam liberi, & parentes alii sunt agnati, alii sunt cognati. Mater, & avus maternus mihi sunt cognati, non agnati: pater mihi agnatus, & ego vicissim patri, si in ejus potestate sim: nam emancipatus patri cognatus est, non agnatus. At in hac *l. ult.* excipiuntur ab ea, sine discrimine liberi, & parentes, sive agnati sint, sive cognati, cum tantum locum habeat in extraneis, & separentur ab ea liberi, & parentes, sive agnati, sive cognati, sed agnati usque ad quartum gradum, id est, ad abnepotem, vel abavum: cognati usque ad tertium gradum, id est, ad pronepotem, vel proavum: his usque ad eum gradum permittitur transire ad jus codicillorum electo prius testamento, si testamento exheredatus sit is, qui est proximior ab intestato, & illi liberi, aut parentes remotiores sint instituti: Nam si liberi, aut parentes instituti, erant proximiores ab intestato, certum est eos, rem omnimodo habituros, sive elegerint testamentum, sive non, *l. mater, D. de inoffic. testam. l. legitimam, D. de petit. hered.* Et ratio differentiæ inter extraneos heredes, ut non possint variare, & liberos, aut parentes, hæc adfertur in hac *l. ult.* quod extranei veniant ad aliena bona: liberi, & parentes quasi ad sua bona, aut quasi ad debita sibi jure sanguinis, jure necessitudinis: non sunt arctandi, & adstringendi nimis, qui pene ad propria bona veniunt, *l.1. §. largius, D. de successor. edict.* Ideoque cum agitur de bonis paternis inter fratres, prætor variantem filium non repellit, *l. nonnunquam, de collat. bonor.* Nam ut in persecutione rei omnino meæ, liberum est mihi variare, & subinde modo hoc, illo modo eam persequi; ita & in persecutione rei quasi meæ: fictio juris imitatur veritatem: eademque ratione institutis liberis, aut parentibus usque ad tertium gradum, legata, quæ legatarii non capiunt, non fiunt caduca, quæ tamen fierent caduca institutis extraneis, sed remanent apud liberos, & parentes heredes institutos, *l. un. §. & cum lex, inf. de caduc. toll.* Et eadem ratione liberis, & parentibus remittitur onus siliquarum inferendarum curiæ civitatis, quoties non curiales curialibus successerunt, *l. 1. in fin. de impon. lucrat. descript. lib.* 10. Et similiter liberis, & parentibus fuit vectigal vicesimæ hereditatis remissum: quia (ut ait Plinius in Panegyr.) ad eos hereditates videntur pertinere ut suæ, semperque possessæ, ut sit impium nominibus liberorum, & parentum inserere fiscum publicanorum dispensatorem, sive promagistrum vicesimæ hereditatum, ut vocatur in antiquis inscriptionibus: & merito igitur electo testamento, possunt eæ personæ transire ad fideicommissum, ut bona, quæ sunt quasi sua quoquo modo obtineant. Nec enim captant lucra, sed debita quasi sua. Nec obstat, quod diximus supra, eum, qui elegit testamentum, non posse postea transire ad querelam inofficiosi, quæ dari tantum solet

liberis, & parentibus; *l.1. D. de inoffic. testam.* Nam absurdum est, licere eidem evertere testamentum per querelam, quod sciens approbavit semel, & agnovit, *l.nam absurdum, de bon. libertor.* At qui agit ex fideicommisso, cum ante agere cœpisset jure directo, interclusa ea recte via, vel deserta: neque hoc, neque illo modo potest dici evertisse judicium defuncti: immo approbasse potius utrumque, licet non eodem jure, non eodem titulo: Sed utroque semper sequitur judicium defuncti, qui vel ex directo agit de hereditate, vel ex fideicommisso. Ideoque si sit ex liberis, aut parentibus, potest utroque jure experiri, quia utroque modo sequitur judicium defuncti: sed protestari debet, se ex altero tantum jure, prout judex arbitrabitur, velle consequi quod ad eum pertinet, aut ad eum pertinere videbitur, *l.1. §. qui autem, D. quod legat.* & ita filius, qui egit de falso testamento, postea recte agit de inofficioso, imo simul de utroque, sub protestatione, vel alternatione, quia utriusque judicii idem est finis, nempe eversio testamenti: Nec alium finem habet, qui dicit falsum testamentum, quam qui inofficiosum: utriusque idem est scopus. Et hæc est definitio hujus quæstionis.



AD TITULUM XXXVII.
DE LEGATIS.

POST testamenta, & codicillos, dat legata, quod hæc & testamento relinquantur, & codicillis testamento confirmatis. Legatum est, quod verbis directis ab herede instituto testator coheredi, vel alii relinquit: verbis, inquam, directis, quæ civilia dicuntur, & legitima, & imperativa, *l.ult. sup. de testam. tut. l. pen. de testam. manum. l.quoniam, sup. de testam.* unde Ulpianus *libro regul. tit.24.* deducere videtur nomen legati, quod legis modo, id est, imperative relinquatur: puta, *Capito, sumito, recipito, habeto, heres meus dare damnas esto.* Qua forma loqui solent leges: fideicommissum autem verbis precariis relinquitur: legatum est imperativa voluntas, directa voluntas, fideicommissum precaria. Et olim verba directa erant latina, & certa, solemniaque: hodie etiam Græco sermone relinqui potest: olim non nisi latino. Denique totum testamentum hodie etiam Græco, vel alio sermone conscribi, vel nuncupari potest, *l. hac consultissima, §. ult. sup. de testam. l. ult. sup. de testam. tut. l. pen. inf. de manumiss. testam.* Et legari hodie etiam potest quocunque verbo latino, d. *l. quoniam, & l.21. hoc tit.* etiam si sit minus solemne verbum, minus legitimum, quod scilicet non usurpent leges, etiamsi sit inusitatum, & *μιξοβάρβαρον*, quo fere omnia testamenta hodie videmus esse conscripta, unde litium seges. Et quod idem Ulpianus scribit *eod. lib. tit.19.* legato dominium adquiri ex l.12. tabul. *Paterfamilias uti legassit, &c.* confirmat etiam *lex quoties, §. ult. D. de pecul. & l.7. hoc tit.* quæ docet, legati duobus relicti disjunctim, & separatim per vindicationem, aut uni per præceptionem, alii per vindicationem, eis dominium adquiri concursu, id est, per concursum factis portionibus, si uterque legatum amplecti velit. Et notandum etiam hoc de legatis dictum, in fideicommissis aliud esse: nam in fideicommisso possessio, non dominium adquiritur, *leg. qui usumfructum, D. si usufructus pet.* dominium possessionis, ut est accipienda *l. 42. sup. de usur.* non dominium proprietatis: quia fideicommissa non sunt juris civilis: nec jus civile ea novit, cum cœperint tantum ex temporibus D. Augusti: denique non proficiscuntur ab ipso jure civili, id est, à jure 12. tab. quod est fundamentum juris civilis, & fons: sed proficiscuntur à nuda voluntate relinquentis, quam tuetur Prætor. Addamus his, legatum præstari ab herede instituto, qui adiit hereditatem, sine mora, sine laxamento temporis, si sine die, vel conditione relictum est. Et mora fieri videtur, cum legatum non datur postulanti, ut ait Paulus *in fine 3. sentent.* & ex mora debentur usuræ, aut fructus legati, vel fideicommissi: nam & in fideicommissis idem juris est, ut præstentur incunctanter, & sine frustratione ulla, ut in *tit. 47. inf.* Et hoc usque adeo verum est, ut etiamsi heredi instituto, à quo legata relicta sunt, id est, cui onus præstandorum legatorum injunctum est, si, inquam, ei fiat controversia hereditatis, etiamsi falsum testamentum dicatur, ex quo hereditatem adiit, tamen debeat statim postulantibus legatariis præstare legata, & fideicommissa pendente lite, pendente accusatione falsi testamenti, modo ita ei caveatur, evicta hereditate, legata restituiri cum omni sua causa, id est, cum usuris, & fructibus, *l. ult. sup. de petit. heredit. l.9. hoc tit.* quam exponamus. In hac *l. 9.* primum velim antiquum verbum reponas, *Restituiri*, ex vetustioribus libris, & ex formula cautionis, quæ est in *l. pen. D. si cui plus, quam per leg. Falcid.* ut ita legas: *interposita cautione* (hæc est formula cautionis hujus) *si evicta fuerit hereditas, ea restituiri*, non *restituturum*. Quod verbum antiquum est etiam frequentissimum in omnibus cautionibus, sicut & in Digestis occurrunt sæpe verba similia: *Reddituiri, datuiri, traditum, præstituiri, defensuiri, actuiri.* Et quod plerisque videtur, ut Antonio Augustino, non esse ferendum, in *l. fidejussor. §. pater, de pign. Metuiri*, quod pro ratione superiorum verborum, videatur potius dicendum *Metutuiri*, cum tamen studio brevitatis, & *εὐφωνίας*, certe maluerit dicere *Metuiri*: Namque studium tale hæc peperit compendia. Invenio & Julium Severianum antiquum Rhetorem, ita legere, quod nondum quisquam emendavit, in illo loco Ciceronis in prætura urbana: *Quis hoc non perspicit præclare nobiscum actuiri, si popul. Rom. istius unius supplicio contentus fuerit?* Ergo reponas, *restituiri*, & hic cave existimes in hac *l.* quod vulgo omnes volunt, agi de duabus cautionibus: de cautione evicta hereditate legata restituiri, & de cautione, quæ dicitur cautio legis Falcidiæ, *l.70. ad leg. Falcid.* quod interponatur servandæ Falcidiæ causa, quoties heres solvit legatum, nondum bene subducta ratione bonorum, legatorum, & æris alieni: cujus formula hæc est: *Quod amplius legatorum nomine, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis, restituiri.* Ut scilicet hæc cautio posterior interponatur, si heredi non fiat hereditatis controversia: illa prior interponatur, si fiat heredi controversia hereditatis. Nam hæc differentia falsa est: quandoquidem & illa cautio, evicta hereditate legata restituiri, interponatur, & præstatur heredi, qui solvit legatum, non tantum si patiatur controversiam hereditatis, sed & si speret, aut metuat, & ex quacunque justa causa, & probabili, non tamen temere, ne legatarius oneretur cautione supervacua, *l.3. §. si legatarius, l. 4. in princ. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Julian. §. Marcel. ff. ad exhibend. l. quod si possessor, D. de petit. heredit.* Sicut transigit etiam quis recte de re, aut negotio aliquo non tantum si controversiam patiatur, sed etiamsi speret, aut vereatur, *l. 2. sup. de transact.* Et præterea *l. 9.* loquitur tantum (quantum ex verbis apparet, & nisi ea liceat calumniari) de ea cautione, si evicta fuerit hereditas, legata restituiri. Et hoc vult, quod etiamsi hæc cautio nonnunquam præstetur nulla mota controversia, ut supra ostendi, non ideo minus præstabitur mota controversia, puta dicente aliquo testamentum falsum, imo vero tum magis præstabitur, & ita *lex 9.* est accipienda. Quod autem in definitione nostra legati notavi, etiam à coherede coheredi legatum relinqui, sciendum est, id quod ita relinquitur, appellari proprie prælegatum, præcipuum, & præceptionem, quod habeatur, & capiatur extra partem hereditatis præcipuo jure, & antequam dividantur bona inter coheredes. Et hujus præceptionis natura hæc est, ut cui relicta est, pro parte sua hereditaria, ex qua institutus est, præceptionem capiat jure hereditario, pro

pro parte coheredis jure legati, quod pro parte sua non possit præceptionem accipere jure legati, quia nihil à me ipso mihi potest legari, ne idem sim & legatarius, & debitor legati, denique heres prælegati partem capit jure hereditario ex sua persona; eamque possidet pro herede: partem autem capit jure legati ex persona coheredis: Et ideo hanc non imputat in Falcidiam: illam imputat *l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l. filium, supra, famil. ercisc.* Et inde sumitur materia dubitandi *l. 12. hoc tit.*

Ad L. XII.

LEX est singularis propter responsum Papiniani in ea relatum, quod alibi non extat. Quæstio est, an heres ex parte institutus, cui & aliquid legatum est per præceptionem, si repudiaverit portionem hereditatis, ex qua est institutus, possit vindicare prælegatum, sive præceptionem? Quærendi, & ambigendi causa duplex est. Primum, quia absurdum est hereditatem scindere, id est, partem agnoscere, partem repudiare, *l. un. §. his ita, inf. de caduc. toll.* Et videtur scindere hereditatem, qui omittit partem sibi adscriptam, & totum prælegatum amplectitur, quia pars prælegati, est pars hereditatis. Altera hæc est, quia qui repudiat hereditatem, videtur impugnare judicium defuncti: ideoque quatenus in eo est, intestatum defunctum facit deserto testamento, id est, repudiata hereditate: & qui impugnat judicium defuncti, indignus est ex eo quidquam consequi, *l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffic. testam. l. si patroni 55. §. quid ergo, ff. ad Trebell.* hæ sunt duæ rationes dubitandi, quibus non movetur Papinianus, quin respondeat, præcise heredem ex parte scriptum, qui repudiavit hereditatem, integrum legatum præcipere, quia scilicet (ut respondeamus primæ rationi) tunc cum repudiavit hereditatem, totum prælegatum videtur à coherede capere jure legati, non partim jure hereditario, partim jure legati, ut *l. qui filiabus 17. §. ult. & l. seq. l. quæsitum, §. duobus, de legat. 1.* Qua ratione etiam ei, cui aufertur hereditas ut indigno, non semper etiam aufertur præceptio, ullave præceptionis pars, *l. cum quidam, l. eum, qui, §. ult. ff. de his, quæ ut indign.* Et ita constitui sane melius est, ne dum non vis scindere hereditatem, eveniat, ut scindas legatum, quod est æque absurdum, *l. 4. de legat. 2.* Nam id testator voluit integrum præstari, nec dividi voluntatem, & liberalitatem suam. Et hoc ita est omnino, præsertim si is, qui indignus est de hereditate, puta, quod ejus tantum nomen testator deleverit data opera, non sit etiam indignus præceptione, quam non induxit, non delevit, sicut institutionem: Nam si utroque sit indignus, utrumque ei auferetur, ut si non sit ultus necem defuncti, quod est ingratitudinis, & impietatis crimen, ei & hereditas aufertur, & prælegatum, *l. si sequens, §. 1. ff. de Senatuscons. Syllan.* Itemque si falsum testamentum dixerit, vel inofficiosum, nec obtinuit: Nam & huic omne commodum aufertur, omne lucrum proveniens ex testamenti causa, quod non ita fiet, si injustum testamentum dixerit, id est, non solemne, & non obtinuerit, quoniam hic disputavit de jure, id est, dixit in testamento non esse observata solemnia juris: non etiam impugnavit judicium defuncti, sicut qui dixit falsum, vel inofficiosum. Qui dicit injustum, ducitur studio tuendi juris, ne quod testamentum admittatur injustum: qui falsum, vel inofficiosum dicit, ducitur studio impugnandi testamenti: & hoc ita demonstratur in *l. post legatum, §. pen. & l. seq. de his, quæ ut indig.* Et ita etiam (ut respondeam secundæ rationi) is, qui repudiat partem hereditatis, id non facit, ut impugnet testamentum principaliter, non animo impugnandi testamenti, ut non sit propterea indignus præceptione integra, sive prælegatione, quia hoc facit providentia quadam, ut sibi bene consulat, ne se implicet per aditionem negotiis, & molestiis hereditariis, *l. filio 87. de legat. 1.* Quod & *lex quid ergo 90. eod. tit.* ait fieri providentia quadam. Merito igitur Papinianus respondit *d. l. 12.* eum, qui repudiavit hereditatem, posse integram præceptionem vindicare, quia non scinditi hereditatem, imo legatum scinderet, nisi id integrum vindicaret, & quia repudiando hereditatem, non videtur impugnasse testamentum: nihil denique fecisse videtur, quo sit judicandus indignus integro prælegato, quod mavult, quam hereditatem. Neque obstat *l. ult. §. ult. D. de dol. except.* ad quam, ut nihil amplius addam, Accursius respondet rectissime, quem consulatis. Non obstat præterea *lex miles, §. ult. D. de legat. 2.* ex qua etiam in contrarium efficiunt, eum, qui repudiavit hereditatem, integrum prælegatum non transmittere ad heredem suum: quia ut perspicue respondeam, illa lex non loquitur de eo, qui repudiavit hereditatem, sed de eo, qui decessit inter deliberandum; hic, quia nondum in eo res fuit, ut totum legatum ad eum pertineret, quia deliberans decessit, transmittit tantum prælegatum in suum heredem pro parte coheredis: portio hereditatis, quæ est in prælegato, accrescit coheredi. Neque obstat *l. apud, §. si quis ex uncia, D. de dol. except.* Nam consentit omnino cum Papiniano, præterquam in posteriori parte, cujus species hæc est: Heredem, cui relictum erat prælegatum, pretium accepisse hereditatis à substituto, ut repudiaret hereditatem: is reipsa non repudiavit, licet repudiaverit, quia habet pretium, & ideo si integrum prælegatum petat, repellitur, quia reipsa non repudiavit hereditatem. Neque etiam obstat *l. si non solus, §. 1. ff. si quis omis. caus. testam.* quia ibi non loquitur de eo, qui repudiavit simpliciter hereditatem, sed de eo, qui dolo malo repudiavit hereditatem sibi delatam ex testamento, ut eam haberet ab intestato, cum esset ex proximioribus agnatis, in fraudem scilicet testatoris, & legatariorum, ut legata interciderent, non providentia sui commodi, aut onerum hereditariorum devitandorum, sed malitia quadam: atque ita impugnavit testamentum, & ipsemet patitur fraudem, quam aliis intentabat, ut scilicet ex testamento non feras prælegatum, qui causam intestati sequi maluit, ut in *l. quidam, eod. tit. l. bonorum, D. de legat. præstand.* Falcidiam tamen fert ex legatis: quia Falcidia capitur jure intestati, *l. filiusfamil. ff. ad leg. Falcid.* Neque postremo obstat *l. si patroni, §. quid ergo, ff. ad Trebellianum*, ubi ostenditur eum, qui recusavit adire hereditatem, vel qui eam repudiavit, quam erat rogatus restituere alteri, si coactus adierit, & restituerit, amittere Falcidiam, & prælegatum. Ratio hæc est, quia adiit alieno periculo sine metu onerum: nemo enim cogitur adire suo periculo: alieno cogitur. Nos autem loquimur de eo, qui repudiavit, cum non posset adire sine suo periculo. Atque ita dissolvi omnia, ut puto, huic legi contraria. Reliquas leges de legatis cras absolvam.

AD LL. I. III. XI. XVII. XXII. & XXV.

OBservandum hoc uno titulo multa contineri, quæ in Digestis in varios titulos dispertita sunt: nam & hic agitur de annuis legatis, de quibus proprius titulus in Digestis, & similiter de alimentis legatis: & de adimendis legatis, & de legatis, quæ ut indignis auferuntur. De annuis legatis est *l. 22.* Annuum legatum, aut fideicommissum est simile usufructui, quia finitur morte, & ad legatarii heredem non transit, id est, cohæret personæ legatarii, aut fideicommissarii, *l. 4. l. in singulis, ff. de annuis legatis, l. patrimonii, ff. de usufructu legato*, nisi scilicet etiam heredi relictum sit hoc modo: *Titio, & heredi ejus annuos aureos decem heredem meum dare jubeo.* Quo casu *l. 22.* declarat heredis appellatione, contineri etiam heredem heredis, & omnem successorem in infinitum: Quod tamen locum non obtinet in usufructu legato *Titio, & heredi ejus.* Et est hac in re dissimilitudo inter legatum annuum, & lega-

legatum usufructus: Nam annuum, quod legatum est certæ personæ, & heredi ejus, pertinet ad heredem heredis, & insequentes omnes heredes, qui aliis alii supervenitint, ut unda supervenit undam, ut inquit ille de heredibus loquens. Usufructus autem legatus Titio, & heredi ejus, pertinet tantum ad heredem proximum, non ad seqoentes deinceps, ex *l. antiquitas, sup. de usufr.* quia si usumfructum extenderes ad omnes successores, inutilem faceres proprietatem nudam, semper abscedente usufructu. Non potest usufructus semper abesse à proprietate: alioqui inane esset, & vanum proprietatis nomen. Ususfructus nullus est perpetuus: aut certe plena proprietas est potius, quam ususfructus: Et ita si quis forte vellet usumfructum transire à fructuario ad omnes successores fructuarii, proculdubio dicerem hunc nomine *ususfructus*, intellexisse plenam proprietatem, & non usumfructum. Sicut quum quis ab herede fructuarii legat rem, id est, proprietatem, cujus usumfructum legavit, sane videtur sub appellatione *ususfructus* proprietatem legasse, cum ab herede ejus proprietatem, id est, rem ipsam per fideicommissum reliquerit, *l. ult. D. de usuf. earum rerum, quæ usu consum. l. species, ff. de aur. & arg. leg. l. filios, ff. de usufr. leg.* Et simili ratione alia existit differentia inter legatum annuum, & legatum ususfructus: Nam legatum annuum relictum Ecclesiæ, templo, collegio, vel Reipublicæ, in perpetuum debetur, *l. 6. l. annua, §. ult. l. antepen. l. pen. ff. de annuis legatis, l. 45. quæ est Græca sup. de episcopis, & clericis*. Aliud est dicendum, si ususfructus legetor Ecclesiæ, vel Reipubl. ut legimus apud Capitolinum, Divum Pium patrimonium privatum in filiam contulisse, sed fructus Reipublicæ donasse. Ususfructus legatus Reipublicæ, non potest esse perpetuus, aut certe non est ususfructus, sed proprietas plena. Ideoque placet usumfructum legatum reipublicæ finiri centum annis: quoniam is est finis longissimus vitæ humanæ, *l. an ususfructus, ff. de usufructu, & l. si ususfructus, ff. de usufructu legato*. Comparatur Respublica homini: & ideo spectatur quantum temporis homo per rerum naturam longissime vivere possit, ut tanto tempore Respublica, quasi morte amittat usumfructum, & finis dicitur vitæ longævi hominis esse centum annorum: licet Mathematici apud Trebellium Pollionem *in Claudio*, dicant, homini ad vivendum datum esse 120. annos: nec amplius cuiquam jactant esse concessum, etiam addentes, Mosen solum Dei familiarem, vixisse 125. annis, qui cum quereretur, quod juvenis interiret, responsum ei ab incerto, ferunt, numine, neminem plus esse victurum. Quod si forte quis in perpetuum legaret, in omne ævum usumfructum, plane hunc dicerem abusum nomine ususfructus, & solidam proprietatem videri legatam: proprie enim ususfructus omnis temporarius est, longe alia ratio annui legati, annuæ pensionis, quæ potest esse perpetua. De alimentis legatis est *l. 1. hoc tit.* de alimentis, quæ testator legavit libertis suis, *quoad cum Claudio Justo morarentur*: quæ verba *Quoad* accipiuntur pro conditione, id est, si cum Claudio Justo morarentur, habitarent: & mortuo Claudio vivo testatore, proculdubio legata debentur libertis post mortem testatoris. Ita accipienda *l. annua, in princ. de annuis legat*: quia non stat per libertos, quo minus habitent cum Claudio, cum quo dicunt se libenter habitaturos, si supervixisset. Atqui mortuus est eo tempore, quo conditio impleri non potuit, nempe vivo testatore, qui post mortem suam demum eos voluit insimul habitare: mortuo autem Claudio post mortem testatoris, etiam *l. 1. hoc tit.* ostendit, & *l. Cajo, §. 1. de ann. legat.* in qua proponuntur verba eadem hujus *l. 1.* Dicitur, inquam, utroque loco, mortuo Claudio post mortem testatoris deberi alimenta libertis: hoc ita accipiendum est, ne quis fallatur, si liberti conditioni paruerint, conditionem impleverint, id est, si post mortem testatoris aliquanto tempore cum Claudio morati sint: vel si per eos non stetit, quo minus fieret, sed per Claudium, forte, qui eos exclusit, quo casu conditio habetur pro impleta, id est, cum non per eum, cui adscripta est, sed per eum, in cujus persona implenda est, stat quo minus impleatur, *l. 1. sup. de instit. & substit. l. in omnibus caussis, D. de regul. juris*. Ergo si post mortem testatoris liberti potuerint demorari cum Claudio, *demourer*, nec demorati sunt, licet Claudius postea decesserit, non debentur alimenta eis, quia intelligitur defecisse conditio in eis. Sed si cum Claudio morati sunt, impleta conditione legati, legata eis debebuntur quandiu vivent, etiam post mortem Claudii. Hæc est senteotia *l. 1.* cui etiam addendum est, ita demum locum esse, si alimentariorum, id est, libertorum gratia testator eis adscripserit habitationem certam: puta, ut apud Claudium habitarent, forte heredem suum. Proponitur in hac *l. 1.* testatorem legasse libertis suis alimenta, & vestiarium, ut in *l. 16. in prin. D. de aliment. legat.* Sed & si alimenta legaverit simpliciter, videtur & legasse vestiarium, & habitationem: quia sine iis ali corpus non potest, sine iis tolerare hanc vitam non possumus. Immo vero, quod mirum est, si legaverit alimenta simpliciter, ex voluntate defuncti etiam continetur disciplina, quod est suavissimum alimentum animorum, *l. legatis, & seq. & l. ult. eod.* Verum in hac specie testatrix, quæ libertis legavit alimenta, & vestiarium, alimenta rudius pro cibariis tantum accepit. Denique alimentorum appellatione, nec vestiarium complexa est, cum adjecerit specialiter vestiarium, nec habitationem, cum legato conditionem adscripserit, ut liberti habitarent apud Claudium: quam si adjecerit propter legatarios, sive alimentarios, ut habitarent ubi habitarent, ut certam eis habitationem designaret, sane etiam post mortem Claudii, apud quem eis præscripsit ut habitarent, alimenta eis debebuntur, & ita ponendum est in specie *l. 1.* & attigit Accursius, designatam fuisse, & indictam habitationem ipsorum alimentariorum gratia, ut non cibaria, & vestiaria tantum haberent, sed & habitationem certam: Nam aliud omnino dicendum erit, si propter Claodii utilitatem testator edixit, ut libertis præstarentur alimenta, si habitarent cum Claudio, puta, ut ei essent in obsequio, in ministerio, in actus administratione, & interim alerentur: Nam hoc casu, Claudio de medio sublato, finietur legatum, quod libertis relictum est contemplatione Claudii, ut ei Claudio usui essent, *l. illis libertis, ff. de condit. & demonst.* De adimendis legatis agitur *l. 3. 11. & 17.* Adimuntur legata eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis, vel pure, vel sub conditione, ut & dantur, *l. 17. hoc tit.* dum tamen adimantur eo modo, quo data sunt, ut olim obtinuit: nam si ita sint data, *Do, lego*, ita sunt adimenda, *Non do, non lego*, sin autem ita, *Heres dato*, ita adimenda, *heres non dato*, vel etiam, ut hodie obtinet, adimuntur quibuscunque verbis: Nam ut olim certis, conceptisque verbis dabantur, & adimebantur: ita hodie quibuscunque & dantur, & adimuntur, & vel adimuntur ipso jure, vel ope exceptionis: Ipso jure, si nominatim: Ope exceptionis si nuda, tacita & præsumpta voluntate, conjectura voluntatis, ut puta susceptis cum legatario gravissimis, & capitalibus inimicitiis, *l. 3. §. ult. l. ex parte, l. cum servus, D. de adimend. leg.* Opus exceptione, quod contra voluntatem legatarius petat, si legatum non sit ademptum nominatim. Et hoc etiam distat legatum à fideicommisso: nam fideicommissa etiam nuda voluntate adimuntur, & etiam codicillis non confirmatis testamento: & nuda tacita voluntate videtur adimere legatum, puta relictum filiæ, qui rem ei legatam, postea pro eadem dat in dotem, *l. 11. hoc tit.* sicut si quis rem legatam alii donet, vel si eam vendat alii, modo vendat sua sponte, non urgente necessitate, *l. cum servus, & l. rem legatam, D. de adim. legat. & l. fideicom. §. si rem, de legat. 3.* non tamen videtur ademisse legatum, si rem legatam dedit pignori creditori suo, & ita definitur in *l. 3. hoc tit.* cujus testimonio etiam utitur Justinianus in

§. si

§. si rem, Inst. de legat. Ergo qui rem legatam pignori, vel hypothecæ dat, non videtur mutasse voluntatem ex sententia *l.* 3. cui valde obstat *l. si maritus, sup. de donat. inter vir. & uxor.* cui similis est *lex cum hic status, §. si maritus, ff. eod. tit.* Nec scio an quisquam possit *legem* 3. in concordiam adducere cum *§. si maritus*. Loquitur de re donata uxori, quæ donatio ab initio non valet, sed morte confirmari potest, sicut legatum morte confirmatur, nec statim vires accipit à testamento. Donatio inter virum, & uxorem confirmatur morte, si in eadem voluntate perseveraverit donator ad mortem usque, ex oratione D. Antonini, quare recte dicitur, eam donationem factam inter maritos, legati, aut fideicommissi partibus fungi, ac proinde subjici Falcidiæ, *l. in donationibus, inf. ad leg. Falcid.* Cum igitur sit instar legati, cur sicut res legata non videtur adimi, si eam testator creditori suo oppignoraverit, idem non statues in re donata conjungi? cur vis, ut videatur donator mutasse voluntatem, qui rem donatam uxori pignori dat? Non potest idonea adferri ratio diversitatis, tamen quidam tentant adferre, sed non quo genere expleri possit animus: & ubi non est idonea ratio diversitatis, idem jus statuendum, ut eleganter ait *l. 3. §. 1. de inju. rupt. testam.* quamobrem deinde etiam Justinianus in *Novel.* 162. abrogat *l. si maritus*: idemque jus vult esse in donatione inter virum, & uxorem, quæ legati partibus fungitur, & in legato, ut neutrum videatur ademptum, quasi mutata voluntate, si res donata, vel legata, pignori, vel hypothecæ detur, *d. Nov.* Addit lex 3. hoc titulo, heredem, à quo legatum relictum est, licet post testamentum rem legatam testator oppignorarit, debere eam luere, & præstare liberam legatario, etiamsi actio in personam electa sit, quod notandum, id est, etiamsi legatarius malit petere legatum per actionem in personam, id est, actionem ex testamento, debet ei heres rem liberam præstare, id est, pignore solutam, ex quo apparet legem 2. pertinere ad legatum per vindicationem, quod peti potuit vel actione in personam, vel in rem, *l. cum filius, §. 1. de legat. 2. l. hujusm. §. ult. & l. seq. & l. si servus, §. cum bono, de legat.* 1. nam ante Justinianum, legatum damnationis petebatur tantum per actionem in personam: & ei quidem, qui agit in rem, si vicerit, res libera restituenda est, quia rem suam petit, & vindicat, utque optimo jure est, & optima conditione, immunem, liberam, optimam maximam petit, quod non ita petit qui agit in personam, id est, qui intendit rem certam sibi deberi: nam hic rei qualitatem non attingit, & tamen, ut ait *lex.* 3. etiamsi in personam agatur, non in rem, res præstanda est optimo quoque jure, & optima conditione quaque, non obligata, sed immunis.

Ad LL. V. & VIII. & pen.

DE legatis, quæ ut indignis auferuntur est *l. 5. 8. & pen. lex* 5. loquitur de portione hereditatis legata: Nam placet, portionem hereditatis posse legari, puta unciam, aut sextantem hereditatis, *l. mulier, §. ult. ff. ad Trebell.* quod satis mirum est, ut ex uncia scriptus pro legatario habeatur, cum unciarum nomina solis heredibus scriptis imponantur ad designandas portiones hereditarias, puta uno scripto ex uncia, alio ex besse, alio ex triente: Sed è contrario evenit etiam aliquando, ut heres scriptus habeatur pro legatario: puta si sit scriptus ex re certa adjectis coheredibus scriptis ex partibus, vel sine partibus: nam qui cum eis scribitur heres ex fundo certo, loco legatarii est, quod attinet ad creditores hereditarios, *l. pen. sup. de hered. instit.* Et ita etiam olim, qui ex Senatusconsulto Pegasiano hereditatem recipiebat, erat loco legatarii, non loco fideicommiss. heredis, *§. post quod Senatusconsultum, Instit. de fideicom. hered.* Nunc finge: portio hereditatis cuidam legata est: is de hereditate furatus est res aliquas: non est in eis rebus habiturus portionem ullam: in cæteris est habiturus portionem sibi legatam: in iis, quas surripuit de hereditate, nihil est habiturus, sed aufertur ei in rebus subreptis portio, quam habuisset, si eas non subripuisset, ut indigno, nec tamen fisco addicitur, sed heredi remanet: Non omne, quod eripitur ut indigno, confiscatur. Ita est accipienda *l.* 5. adjuncta *l. Paulus, §. si certa, ad Trebell.* Aufertur etiam legatum tutori testamento dato, cui remunerandæ fidei gratia, remunerandi officii gratia, pater legatum reliquit, si tutela se excusaverit, ut qui tutelam recusarit, non ferat præmium tutelæ, sive remunerationem, sed etiam hoc casu legatum non confiscatur, sed relinquitur pupillo, cujus utilitatem ille deseruit, vel heredi extraneo, ut *l. post legatum, §. amittere, ff. de his, quæ ut indig. l. tutor petitus, §. 1. ff. de excusat. tutor. l. pen. hoc tit.* Et postremo aufertur ut indigno, qui celavit testamentum in fraudem heredis scripti, & defuncti, sed hoc quoque legatum, quod ei aufertur non cadit in fiscum, sed remanet apud heredem, quem fraudare voluit celando testamentum, perinde ac si haberetur pro non scripto, *l. pen. hoc tit.* Et ita ex hoc titulo habemus tres casus, quibus erepta legata quasi indignis, non cadunt in fiscum, sed remanent apud heredes. Et ad secundum casum omisi pertinere *l.* 8. quæ docet, excipiendum esse tutorem non jure datum, cui legatum relictum est, ut si miles tutor datus sit, qui non jure datur, *l. 4. sup. qui dare tut. vel curat.* Hic si non gerat tutelam, cum non jure possit gerere, non amittet legatum. Hæc est sententia *l.* 8.

Ad LL. II. IV. X. XIII. XV. XIX. XX. & ult.

SEquuntur in hoc titulo quæ communia esse dicuntur inter legata, & fideicommissa, ea nos expedite, & communiter latius adhibita interpretatione exponamus. Inter legata, & fideicommissa jam hoc commune esse diximus, ut ab herede præstentur, quæ pure relicta sunt sine mora, vel statim post diem, aut conditionem expletam, etiamsi heres patiatur controversiam hereditatis. Commune, quod est de annuis in *l.* 22. & quod de ademptione in *l.* 17. & quod de verborum observantia, quibus relinquuntur *l.* 21. his addamus multa alia communia, quæ sunt, & proponuntur hoc tit. & post hunc titulum ex sequentibus adduntur, & alia complura, ut inde merito quæri possit, cur cum in hoc titulo, etiam in sequentibus, multa communia proponantur legatis, & fideicommissis, tamen detur infra titulus specialis de communibus, id est tit. *Communia de legat. & fideicomm.* quod explicabimus cum pervenerimus ad hunc tit. Interim hoc vobis dispiciendum relinquo. Addamus autem etiam communiter de legatis, & fideicommissis hoc esse proditum in *l. 2. hoc tit.* ut heres legatorum, & fideicommissorum nomine teneatur, etiam si vendiderit hereditatem, quia hereditatis venditione non desinit esse heres, sed quod solverit legatariis, aut fideicommissariis, quibus etiam post venditionem bonorum respondere debet, ut etiam omnibus creditoribus hereditariis, id ab emptore hereditatis consequi potest ex stipulatione emptæ, & venditæ hereditatis, quæ interponi solet, *§. ergo si quidem, Inst. de fideicomm. heredit.* & est nuda cautio, nisi placuerit fidejussores dari, ut in specie *l.* 2. quæ de fidejussoribus loquitur, vel non interposita stipulatione venditori, qui solvit eo nomine, in emptorem competit actio ex vendito, ut servetur indemnis damno, *l. si ex pluribus, de her. vel act. vend.* Addamus etiam commune aliud, quod proponitur in *l. 4. hoc tit.* ut & legatum, & fideicommissum sit inutile, quod servo proprio relinquitur sine libertate, *l. ex fideicom. inf. de fideicomm. l. pen. §. illo, sup. de necess. her. inst.* Et ex eadem *l.* 4. ut regula Catoniana tam ad fideicommissa, quam ad legata pertineat, id est, ut neque illa convalescant ex post facto, si ab initio inutilia fuerint: Ea regula est Catonis Jurisconsulti. Et aliud ex *l.* 13. hoc titulo, proprias res meas mihi legari, aut fideicommitti inutiliter, id est, mihi relinqui per fideicommissum. Et ita fidei-

committere non tantum est onerare fideicommisso heredem, aut legatarium, aut donatarium mortis causa, aut debitorem (oam ij omnes fideicommisso onerari possunt) sed etiam est relinquere aliquid per fideicommissum, scilicet, ut fideicommittere L. Titio, vel est à L. Titio fideicommissum relinquere, vel ipsi L. Titio fideicommissum relinquere, ut *l.* 13. *hoc tit.* & *l.* 1. *inf. de litig. l. si tibi certam*, *ff. de adimend. leg. l. si à me tibi*, *ff. ad leg. Falcid.* Et ita fideicommissarius non tantum est is, cui relictum est fideicommissum: sed & heres, à quo fideicommissum relictum est: vel alius, à quo fideicommissum relictum sit jure, ut in *l. quamvis*, *ff. de judic.* & *Novella* 108. Item *l.* 10. *hoc tit.* est communis de legato, & fideicommisso rei alienæ. Res aliena olim non potuit legari per vindicationem, ut probat *l. Stichus servus*, *ff. de man. testam. l. tantum* 88. *de verbor. signific.* Per damnationem legari potest, *l. alienus*, *ad leg. Falcid.* Itemque per fideicommissum relinqui: imo & per vindicationem ex SC. Neroniano, cujus meminit Ulpianus *lib. regul. tit. de legat.* Et ita demum valet legatum, vel fideicommissum rei alienæ, si testator scierit esse alieoam: quoniam hæc est cogitatio defuncti, qui non ignorat rem alienam esse, quam relinquit, ut heres eam redimat à domino, & præstet: vel si non possit, ut hæres præstet ejus justam æstimationem: Quod si ignorans testator rem alienam reliquerit ut suam, relictum non valet: quia si scisset esse alienam, forte non legasset: hoc ita (ut ostendit *l.* 10.) nisi rem alienam ignorans, & per errorem reliquerit ei, cui relicturus erat, etsi scisset esse alienam, vel eam ipsam rem, vel aliam ejusdem pretii, ut ∫si filio reliquerit, si fratri carissimo, si uxori, & adde, si alumno, arg. *l. in testamento*, *D. de fideicom. liber.* Nam in alumnum etiam nobis est præcipua quædam affectio, qui inter manus nostras crevit, & in manibus nostris alumnatus est. Item si heredi suo rem alienam reliquerit, ut si heredem scriptum præcepto fundo, qui erat alienus, jusserit hereditatem alii restituere: Nam etiam erga eum, quem honore heredis affecit, videtur duci affectione quadam præcipua, ut indistincte præcipere possit fundum alienum, aut æstimatiooem ejus: sive testator scierit, sive non, esse alienum, & hoc ostendit *l. heres præcepto*, *ff. ad Treb.* Ergo in personis his, erga quas ducimur affectione summa, non distinguimus inter scientem, & ignorantem. Nec moveor *l. cum pater*, *§. evictis*, *ff. de legat.* 2. ubi proponitur pater uoi ex filiis prælegasse prædia aliena, quæ existimabat esse sua: Et lex ait, filio cum fratribus, & coheredibus nullam actionem esse: unde efficinot, legatum rei alienæ, etiam filio relictum ab errante, qui eam legat ut suam, non valere, aut ejus legati nullam actionem esse cum coheredibus: Nam (ut respondeatur) lex non negat, coheredes filio teneri ad æstimationem præstandam prædiorum, si nondum ea acceperit: sed si ea acceperit, & evincantur à vero domino, negat ei esse actionem de evictione adversus coheredes, quia regulariter heres de evictione non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus res certa legata est: quia legatarii, aut fideicommissarii sunt rei lucrativæ possessores, *l. si à substituto*, *in fi. l. si legati servi*, *ff. de legat.* 1. Ergo in personis nobis conjunctissimis, & carissimis non distinguimus inter scientem, & ignorantem: non utimur etiam ea distinctione in re heredis legata, sed in re aliena, in re extranei: Nam sive sciens, sive ignorans testator legaverit rem heredis sui, legatum debetur, quia facilius legamus rem heredis nostri, quam extranei: & quia etiam heredi est faciliot præstatio rei suæ, quam alienæ, *l. unum ex familia*, *§. si rem*, *D. de legat.* 2. Non utimur etiam ea distinctione in libertate relicta servo alieno, *l. Paulus respondit*, *D. de fideic. libert.* hoc favor libertatis extorsit, quæ sine pretio ubique pretiosa habetur, *l. pœnales*, *in fi. D. ad leg. Falcid. l. generaliter*, *§. si quis servo*, *de fideic. libert. l.* 3. *de alien. judic. mut. caus. fac. §. ult. Instit. de donat.* Ergo his casibus exceptis, legatum rei alienæ ita demum valet, si sciens rem alienam testator legaverit, vel alio modo reliquerit: verum ut ne hoc quidem modo efficiant legatum rei alienæ valere, obiiciunt *l.* 20. *hoc tit.* ad quam sic respondeo: quod dico rei alienæ valere legatum, quod sciens reliqui, hoc sic intelligo, si in ea re nihil juris habeam: Nam si in ea re habeam aliquid juris, quæ est aliena, non videor rem ipsam legare, sed id tantum juris, quod in ea habeam, ut si rem legem, cujus ususfructus est meus, nuda proprietas alterius, ulumfructum tantum legare videor: hæc est scotentia *l.* 20. & licet ususfructus finiatur morte mea, tamen aliquo casu legatum utile esse potest, ut si vivus postea nanciscar proprietatem rei: nam post mortem meam legatario ususfructus debebitur: erit etiam nonnihil utile, si vivus legatario concedem jus percipiendi fructus, propter fructus medii temporis: ut nonnunquam testatores dum vivunt, quæ legarunt repræsentare solent, & erogare legatariis, *l.* 22. *D. de legat.* 2. Plinius 6. *epistola*: *Tam rara est*, inquit, *in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi etiam debeamus nobis conditoria extruere, & omnia heredum officia præsumere*. Nec tamen in hanc rem quidquam cum Accursio existimes facere *l. Seja*, *D. de aur. & arg. leg.* ubi proponitur, quæ legaverat *unionem cum hyacinthis*, qui scilicet inerant ornamento muliebri cuidam, unionem solvisse: Nam illo loco, *Unionem solvere*, non est legatum præstare, non est etiam (quod tamen quidam existimaverunt) unionem aceto liquefacere ad absorbendum, & deglutiendum eum: quia in deliciis habebaotur uniones liquati: sed unionem solvere, est eximere ornamento, ut apparet ex *l. arg. §. margar. eod. tit.* Nec existimes etiam jure canonico legatum rei alienæ nullo modo valere *ex cap. filius*, *extra*, *de test.* In quo hoc tantum proponitor, rem alienam Ecclesiæ legatam, quod oon dicit fieri inutiliter: Ecclesiam jure non detinere invito domino, hoc est certissimum: Nam & ab herede Ecclesiæ tradi non potest invito domino: sed si eam non possit à domino redimere, tenetur veram æstimationem præstare Ecclesiæ: Addamus, quoniam satis dictum est *de l.* 10. & 20. ex *l.* 15. *hoc tit.* legata, & fideicommissa Falcidiam pati. Lex Falcidia est tantum de legatis, sed porrecta fuit ad fideicommissa ex Senatusconsulto Pegasiano, non ad universalia tantum, sed & particularia, sive peculiaria, ut loquuntur in jure, *§. sed quia heredes*, *Inst. de fideicom. hered.* Et similiter, ut ostendit *d. l.* 15. *hoc tit.* legata, aut fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno ex pura substantia defuncti, ne testamento quidem militis, *l.* 1. *§. denique*, *D. ad Trebell.* quod etiam est ex lege Falcidia, & Senatusconsulto Pegasiano, *l.* 1. *§. hæc verba*, *D. si cui plus quam per leg. Falcid. l. successores*, *inf. ad leg. Falcid.* Aliud etiam, quod est commune inter legata, & fideicommissa, suppeditat *lex.* 19. *hoc tit.* quæ summe notanda est: nam interpretationem sumit ex jure antiqno, quo, ut scitis, ante constitutionem *l.* 2. *inf. de infirm. pœn. cœlib.* & *l.* 1. *inf. de jur. liber.* quæ est eadem constitutio; eo, inquam, jure antiquo, vir ex testamento uxoris, & è contra uxor ex testamento viri non potuit solidum capere, quo jure etiam hodie quædam regiones utuntur, sed partes tantum quasdam certas, scilicet decimas, exceptis casibus quibusdam, quibus inter virum, & uxorem fuit solidi capacitas, quod explicat Ulpian. *lib. reg. tit.* 16. Inter alios hic unus est: Si duo juvenes contraxerint matrimonium, & oondum sint ejus ætatis, quam lex Julia, & Papia exigit, ut liberos procreent, si velint invicem capere solidum ex testamentis suis, id est, si vir sit minor 25. annorum, aut mulier, vel puella minor 20. annorum. Nam intra eam ætatem solidi capacitatem habent: sed videtur hic modus esse additus in antiqua lege: oisi paolo post nuptias, uter eorum, nova nupta, vel uxor, vel novus nuptus, vel maritus decesserit, cum nondum deferbuerit novus, & insitus calor, tum maritus ex testamento uxoris, etsi sit infra eam ætatem, non capiet solidum: in novum enim nuptum, vel in novam nuptam effunderet conjux omnia sua bona, & hic nimius calor

corr-

coercendus est. Et videtur lex vetus præfinivisse spatium duum mensium, quod attingit lex 19. cum ait non tantum *duum mensum*, sic legit Haloander, & castigatiores codices habent, non autem, *duorum*. Et priscus ille sermo *duum mensum*: argumentum præbet priscæ legis, quæ id spatium præfiniverit, ut scilicet, ita demum novus maritus caperet ex testamento uxoris hereditatem, vel legata, vel fideicommissa, vel ut ita demum caperet donationes causa mortis, *si duum mensum* spatio cum uxore fuisset. Sed hac *l.* 19. Diocletianus, & Maximianus Imperatores priscam legem abrogant, & volunt, ut etiam si minori spatio temporis maritus cum uxore fuerit, possit ex ejus bonis capere solidum: Ergo & si mensurnus tantum fuerit maritus, ut & hic utar prisco sermone usurpato à Cicerone in 1. *de inventione*, cum definit tempus, & miror eos, qui tantopere in Cicerone emendando laborarunt, locum illum non correxisse, in quo & Priscianus ita legit, & habet ita lib. 2. *Tempus est pars quædam æternitatis, cum alicujus annui, mensurni, diurni, nocturnive spatii certa significatione*: legendum est, *mensurni*, non *menstrui*, ne exulet vox prisca. Ita etiam Boetius de disciplina scholastica: *Qui Satyricis*, inquit, *inhiabat atramentis mensurnus: historiographis persæpe diurnus*: & infra: *in editionibus philosophicis mensurnus*: & infra: *venereoque accessu, si fas est dicere, mensurnus, permolliri deberet*: Sed ut sit finis aliquis huic prælectiuni, addamus aliud commune ex *l. ult. hoc tit.* Olim legatum non potuit relinqui ad tempus, puta hoc modo, *lego tibi fundum illum usque in quinquennium*, *l. obligationum*, *§. 1. de oblig. & action.* Ex tempore potuit relinqui legatum, *ut post annum, quam mortuus fuero, heres meus illi fundum dato*. Ad tempus relinqui non potuit, quia dominium non potest tempore finiri ipso jure, dominium amittitur donatione, alienatione, legato, & certis aliis modis, non tempore solo: Ergo tempus non potest efficere, ut qui jure legati factus sum ejus fundi dominus, desinam esse dominus sine facto meo. Et ita non recte heres instituitur ex tempore, vel ad tempus: valet quidem institutio, sed adjectio temporis, vel diei non valet, sive quis instituatur ex tempore, sive ad tempus, *l. hereditas, de hered. instit.* Et tamen heres recte instituitur sub conditione. Cedo rationem diversitatis: dico conditionem suspendere testamentum, diem non suspendere testamentum: hæc est ratio diversitatis, quam ita explano. Interim dum expectatur conditio institutionis, defunctus neque testatus, neque intestatus est, sed utriusque causa est in suspenso: *ἐν μετεώρῳ*. Et interim dum expectatur dies herede instituto ex die, si valeret adiectio diei, defunctus esset intestatus interim, & ex die testatus, vel heredi instituto ad diem, si valeret adjectio diei, interim defunctus esset testatus, & post diem intestatus, quod jus nostrum non patitur: nam ut paganus non potest in aliis bonis esse testatus, in aliis intestatus: sic non potest alio tempore esse testatus, alio intestatus. Valet quidem institutio ex die, vel ad diem, ita ut heres statim adire hereditatem possit jure perpetuo, & diei ascriptio sic circumscribatur, quasi mendum, aut vitium testatoris, sicut circumscribi solet conditio impossibilis. Et hæc confirmat *l. potest, D. de hered. institut. l. miles ita, D. de militar. testam.* Et addendum etiam, obligationem non contrahi ad tempus, ut quis mihi debeat usque ad quinquennium: nam & post quinquennium erit mihi obligatus, *d. l. obligationum*, *§. 1.* quæ utitur optima ratione: quia quod certis modis deberi cœpit, certis modis deberi desinit. Sunt certi modi contrahendæ obligationis, & certi tollendæ: veluti solutio, novatio, acceptilatio: tempus non est inter modos, *l. 7. inf. de sent. & interloc. omn. jud.* M. Tull. pro Cæcinna: *Si per has rationes*, inquit, *liberari majores nos posse voluerunt, intelligimus alio modo noluisse*. Ergo tempore, ipso jure non finitur obligatio, nec dominium, quod semel adquisivimus, sed sicut placet, obligationem finiri tempore remedio exceptionis, id est, non ipso jure, sed opposita exceptione pacti, vel doli mali, ut in *§. at si ita, Instit. de verb. oblig.* Sicut etiam placet, donationem finiri tempore, si donavi tibi rem ea lege, ut ad me redeat post quinquennium, remedio scilicet cautionis, qua tu caveas rem post quinquennium restitui, *l. 1. inf. de donat. quæ sub mod.* Ita Justinianus *l. ult. hoc tit.* inducit remedium cautionis, quo legata, aut fideicommissa relicta ad tempus perimantur. Ergo non ipso jure, sed vi, & potestate cautionis: ex qua potest conveniri legatarius, aut fideicommissarius post tempus, ut quod accepit, heredi reddat, restituat.

Ad LL. XXIII. & XXIV.

EXplicaturus sum hodie *l.* 23. *&* 24. in quibus est finis hujus tit. Emendant ambæ jus vetus, & pertinent tam ad legata, quam ad fideicommissa: suntque communes: & *l.* 23. pertinet etiam ad hereditates, in qua duæ quæstiones juris definiuntur aliter, quam à veteribus Jurisconsultis. Prima hæc est: si quis Titio fundum Cornelianum totum reliquit per legatum, vel fideicommissum, & deinde Mævio ejusdem partem dimidiam. Quid quemque in eo, quamve partem habere oportet? Hoc definire est perquam difficile: Trahimur enim in varias sententias, dum de ea re cogitamus, de dividendo fundo inter Titium, & Mævium, cum uni est adscriptus totus: alteri pro parte dimidia. Primum enim possumus dicere, Titio Mævium esse conjunctum in partem dimidiam: ita ut Titius habeat partem dimidiam solus, & alterius dimidiæ partem tantum dimidiam, id est, ut Titius in eo fundo habeat dodrantem, id est, semissem, & quadrantem: Mævius autem reliquum quadrantem tantum: Sicut si fundus legetur uni (quo nomine significatur plena proprietas, plenum dominium) & alii ususfructus, ambo concurrunt in usumfructum, *l. 3. §. ult. de usufr. accresc. l. si tibi, D. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* Ususfructus partis instar obtinet, *l. cum filius, §. dominus, de legat. 2.* Possumus etiam dicere rationem esse revocandam ad solemnem distributionem assis, ita ut cum appareat, eum, qui legavit Titio totum, Mævio partem dimidiam, Titio reliquisse alteri tanto amplius, quam Mævio, eadem proportione servata: Et ratione revocata ad assem, Titio dandum esse bessem fundi, & Mævio trientem: atque ita definitur in *l. interdum, §. sed si excesserit, D. de hered. instit.* quia & huic quæstioni similiter locus est in hereditate, si unus sit institutus ex 12. unciis, id est, ex toto, ex asse: alter ex 6. unciis, ratione revocata ad distributionem legitimam assis, primo dandum esse bessem: Secundo trientem, servata proportione dupla, ut primus altero tanto plus habeat, quam secundus: Nam ut inter duodecim, & sex est proportio dupla: sic & inter octo, & quatuor, id est, inter bessem, & trientem, est proportio dupla, quam constituit testator ipse, excedendo tamen modum assis. Possumus & dicere, eum fundum esse dividendum ex æquo inter Titium, & Mævium, quod videatur testator de toto relicto Titio detraxisse dimidiam, quam deinde ascripsit Mævio. Et ex his tribus sententiis difficile est constituere, quæ potius nobis sequenda sit: Nam ut ait eleganter *l. ult. D. de adim. leg.* quæ valde pertinet ad hunc locum; cum nihil præter pecuniam numeratam legatum est, promptum est, vel facile, detrahere legato pecuniam, vel adjicere: quia pecunia numero facile dividitur: Cum autem corpus, ut fundus, est legatum, obscurior est portio, quæ vel detrahitur, vel adjicitur, & difficilior scriptura, inquit, id est, supputatio, abacus difficilior, ut rationem publicanorum Asconius Pædianus scribit appellari *scripturam*: quod nomen etiam tribuit rationibus argentariorum, quæ vocantur scripturæ mensæ. Ut merito in hac *l.* 23. Justinianus dicat, hanc supputationem dignam esse multis *ratiocinatoribus*, id est, calculatoribus. Sic habent libri veteres, non *ratiocinationibus*: Aut certe ratiocinationes accipiendæ sunt pro calculis, quasi dicat, cum intervenerit res corporalis, & agitur de minuendo legato primo adscripto

in solidum; difficiliorem esse computationem, & perobscuram partis designationem, quam secundo legatario testator dati voluit detractam primo: Opus igitur fuit constitutione principis, quæ hoc definiret, & determinaret. Igitur Justiniano placet in hac *l.* 23. ut si primus instituatur heres ex duodecim unciis, secundus ex sex unciis, vel si uni adscribatur tota hereditas, secundo pars dimidia: Itemque si primo legetur fundus in solidum, secundo pars dimidia fundi, vel si relinquatur per fideicommissum, nihil refert, ut duo semisses fiant, id est, æquales partes inter primum, & secundum, quia interpretatur Justinianus hanc fuisse cogitationem defuncti, ut primo detraheret semissem, & vult spectari magis cogitationem defuncti, quam proportionem justam, abrogata *d. §. sed si excesserit*, quo primo daturbes, secundo triens, id est, primo altero tanto plus, quam secundo, quod eadem sit proportio inter bessem, & trientem, quæ est inter assem, & semissem. Et vero melius fuisset servari hanc proportionem, nisi nos ab hac sententia revocaret cogitatio defuncti, quam nobis Justinianus destinat pro certa: Princeps est interpres non legum tantum, sed etiam testamentorum, quæ veluti leges quædam sunt. Eodem modo, ut ostendit hæc *l.*23. si primo reliquerit fundum totum, vel hereditatem totam, & secundo tertiam partem fundi, vel hereditatis, statuit primo deberi bessem, secundo trientem: quod videatur primo, cui totum reliquerat, detraxisse tertiam partem, ut tantum retineret bessem. Veteres servarent justam proportionem, & darent primo dodrantem, secundo quadrantem: quia eadem est proportio dodrantis, & quadrantis, quæ totius, & tertiæ partis, id est, quæ assis, & trientis. Et consequenter, si primo totum adscribat testator, secundo dimidiam partem, tertio sextam partem, quam speciem proponit hic Accursius, dicendum est ex sententia Justiniani, primum, & secundum tertio debere conferre uncias duas, ut singuli retineant quincuncem, quod videatur testator euique portionis suæ, id est, semissis detraxisse partem sextam, id est, primo detraxisse semissem datum secundo, in primo, & secundo detraxisse sextam partem totius datam tertio, servata justa proportione. Veteres darent primo altero tanto plus, quam secundo, & secundo altero tanto plus, quam tertio, quam Justinianus non vult spectari in hac *l.*23. Quid vero dicemus, si primo reliquerit dimidiam partem fundi, aut hereditatis: deinde secundo totum, vel primo semissem, deinde secundo assem? Et hoc sane casu, quia non occurrit eadem præsumptio detractionis, quam cogitavit testator, sequemur jus vetus, & proportionem justam, ut primus habeat quadrantem, secundus bessem, id est, altero tanto plus, quam primus, in *l. Mævio, de legat.*2. nisi appareat, testatorem, qui secundo legavit totum, primo adimere voluisse semissem, & ita Accursius hoc loco recte. Secunda quæstio, quæ proponitur in *§. sed aliam*, pertinet & ad legata, & fideicommissa, & hereditates. Finge, Titio fundum Cornelianum legavi: postea eidem eundem fundum legavi repetito legato, & pone si vis, id me fecisse tertio, nempe, & tertio me Titio eundem fundum legasse, aut sæpius: deinde legavi Sempronio eundem fundum, quo Titio eandem rem semel legavi, & iterum, & sæpius, & Sempronio semel tantum, & separatim, vel etiam finge: Titio legavi fundum Cornelianum, deinde conjunctim Titio, & Sempronio legavi eundem fundum: Quæritur, in quot partes, aut quemadmodum is fundus dividi debeat inter Mævium, & Titium. Quod & de hereditate quæri potest eodem modo adscripta Titio, & Mævio, separatim, aut conjunctim. Et concludit Justin. in hac *l.* contra quam existimaverint veteres, æquas partes ad eos pertinere, nisi specialiter testator expresserit, & dixerit (quæ verba sunt notanda) nam omnino exigit, ut dixerit, quæ partes servarentur inter Titium, & Mævium, alioquin æquales servabuntur, nec quod Titio sæpius eadem res sit legata, major erit portio Titii, quoniam testator videtur idem sæpius dixisse, & iterasse potius, quam legasse sæpius, *l. Mævius, §. cum, qui, de legat.*2. Veterum judicium fuit aliud, maxime Titio, & Sempronio conjunctis, & ponamus exemplum in hereditate: *Titius heres esto*: deinde dixit: *Titius, & Sempronius heredes sunto*, vel in legato: *Titio fundum illum do, lego, Titio, & Sempronio eundem fundum do, lego*. Ex hac scriptura veteres darent Titio primum semissem, & in altero semisse eum conjungerent Sempronio, atque ita darent Titio dodrantem, Sempronio quadrantem reliquum. Et hujus sententiæ argumentum est *l. dominus, §.*1. *de pecul. leg. & l.*4. *de stipul. servor.* Quibus ne quid dissimulemus, hæc constitutio derogat manifesto. Species *l. dominus* hæc est, sed prius monendi estis, servum vicarium, esse servum servi ordinarii in libris nostris, & servum peculiarem, videlicet, qui est in peculio servi ordinarii. Nunc finge: servus ille vicarius, qui est in peculio Stichi servi ordinarii, est communis inter Stichum, & dominum, id est pro parte peculiari Stichi, & pro parte proprius domini: Dominus Sticho cum libertate legat peculium, ergo partem vicarii, quæ est peculiaris, deinde eidem Sticho, & libertæ legat eundem vicarium, id est, partem, quam in eo propriam habet, quæ ex æquo dividetur inter Stichum, & libertam: Atque ita Stichus in servo vicarii habebit dodrantem, liberta quadrantem. Ex hac Constitutione faciendi sunt duo semisses. Et dictæ *l.*4. species hæc est: Servus communis Titii, & Mævii stipulatus est rem certam Titio nominatim soli: deinde eandem rem stipulatus est Titio, & Mævio, ambobus dominis conjunctim, quid fiet? Ea res Titio debetur pro dodrante, & Mævio pro quadrante, ut scilicet Titius in ea habeat semissem, & alterius semissis partem, & tamen secundum mentem hujus constitutionis fient hodie inter dominos æquales portiones, non inæquales. Facilior est *l.*24. quæ loquitur de filio impubere exheredato, cui pater substituit pupillariter, si intra annos pubertatis decederet, & pertinet tam ad legata, quam ad fideicommissa: Quæstio est, an ab exheredato, vel à substituto filii impuberis exheredati, legatum, aut fideicommissum relinqui possit: Et primum ita distinguendum est: aut filio exheredato nihil legatum est: & tunc constat ab eo, vel ab ejus herede inutiliter legari, cum nihil ei dederit testator, etiamsi forte hereditas paterna perveniat aliunde ad filium per successionem, & interpositam personam, quia non obvenit patris beneficio, sed beneficio alieno, *l. qui fundum, §. qui filium, D. ad leg. Falc. l. ult. de leg.*3. Aut exheredato aliquid legatum est, & tunc ab exheredato, vel ejus substituto legatum relinqui non potest, *l. miles ita, §. si miles, de milit. test.* quia à legatario jure veteri non relinquitur legatum, sed ab herede tantum fideicommissum relinqui potest, *l. coheredi, §. quod si heredem, D. de vulg. subst.* hoc mutat Justinianus in h. *l.*24. exæquans hac in re fideicommissa legatis, ut nec fideicommissum possit relinqui ab exheredato, vel substituto exheredati, etsi exheredato legatum relictum sit: Ergo hoc vult hæc lex, ab herede legatarii fideicommissum, aut legatum non posse relinqui, legatarius est filius exheredatus, heres est ejus substitutus. Objicies igitur mox, quod vult Justinian. in *l. unic. sup. ut act. ab hered. aut contra hered. inc.* hodie ab herede legatarii fideicommissum relinqui posse, aut etiam legatum, ergo poterit relinqui à substituto exheredati, cui legatum est aliquid, quod tamen negat h. *l.* 24. Respondeo breviter: aut certus est heres legatarii, aut incertus: Si est incertus, ut plerumque est, *l. Sciendum, de verb. sign.* ab herede legatarii legatum, aut fideicommissum relinqui potest, quia hoc non fit nominatim, nec enim nominari potest, qui incertus est, quia incertum est, quis sit futurus heres legatario, quemve is sibi heredem facturus sit: hoc igitur non fit nominatim, sed hoc modo, *cum legatarius mortuus erit, illi dari volo*, id est, ab herede legatarii, qualiscunque sit, quem nescio quis futurus sit, nec nominare possum: vel etiam hoc modo: *Pridie quam morietur legatarius, illi dari volo*. Ergo ab herede legatarii legas recte, quia non facis pa-

lam

lam à substituto legatarii exheredati, quem ei dedisti, quoniam certus est, legas nominatim, & palam, puta hoc modo: *Filius exheres esto, filio fundum do, lego, si filius intra pubertatem morietur, Titius heres esto: Tuio mando substituto filii mei, ut det Cajo centum.* Non potest nominatim legari ab herede legatarii contra jus vetus, quia sumus difficiliores in abrogando eo, quod fit nominatim, quam in eo, quod verbis tegitur, *l. si quis Sempr. de hered. inst.* Et hæc est ratio valde notanda.

AD TITULUM XXXVIII.

DE VERBORUM, ET RERUM SIGNIFICATIONE.

HIC tit. pertinet etiam ad legata, & fideicommissa, & in eo l. pen. ad hereditates quoque, & libertates, & tutelas, & aliquatenus etiam ad contractus pertinet. Et ut videas quam apte connectatur hic titulus superiori, serva initio l. 23. tit. superiori, de verborum significatione, ut ait illa lex, quæstionem proponit, nimirum, de significatione horum verborum: *Primo fundum Cornelianum do, lego: Secundo partem dimidiam fundi Corneliani do, lego, vel dari volo:* Et sequitur h. tit. de aliorum verborum significatione, quæ inferuntur legato, aut fideicommisso, ac omnino testamentis. Nam titulus similis, qui est in Digestis pertinet ad omnes partes juris, hic ad partem de testamentis tantum: denique est de significatione verborum legati, aut fideicommissi præcipue, veluti quid *Instructi* verbo significetur, si quis fundum, aut prædium instructum legaverit, l. 1. & 2. quid *cautionis* verbo significetur, l. 3. si quis forte heredem, aut legatarium in testamento suo cautione oneraverit, ut *l. Ballista, D. ad Trebell. l. hujusmodi, in princ. de leg. 1.* Item quid hic incertus sermo significet: *Primo, aut secundo fundum Cornelianum do, lego,* quoniam incertum est legatum, cui legaverit, an utrique, an alterutri, & si alterutri, cui potius: eademque quæstio est de fideicommisso, si ita reliquit: *Primo, aut secundo fundum Cornelianum dari volo,* & de hereditate, si ita dixerit, *ilir, aut ille heres esto,* & de tutela, si ita dixerit, *illum, aut illum tutorem esse jubeo.* Nam in *l. 4. h. tit.* ita oportet distinguere tutelæ dationem à datione libertatis, id est, formulam dandæ tutelæ à formula dandæ libertatis. Nam libertas potest relinqui & directis, & precariis verbis: & utique relinquitur precariis hoc modo, *Stichum, aut Pamphilum liberum esse volo.* Nam *volo* est fideicommissi verbum. Tutor datur verbis tantum directis: & ideo ad tutelam in l. 4. referri debet illa formula, *illum, aut illum tutorem esse jubeo:* Nam *jubeo* est verbum directum in *l. 2. inst. comm. de legat.* hic incertus sermo, *Ille, aut ille, illum, aut illum,* quemadmodum accipiendus sit, explicat *l. 4. hoc tit.* Ac postremo *l. ult.* ostendit quid familiæ nomine significetur: si quis familiæ suæ legaverit, vel si fundum legatum prohibuerit alienari extra familiam, quo modo etiam videtur fundum legare familiæ in hunc casum, scilicet si quando extero illum fundum legatarius alienaverit. Et nullæ sunt præterea leges in h. tit. ex earum brevi argumento cognoscimus, titul. proprie pertinere ad legata, & fideic. Sed ut scias etiam quam egregie, commodeque in hoc tit. addatur, *& rerum:* audias Platonis gravissimam sententiam: *ὃς ἂν εἰδῇ τὰ ὀνόματα, εἴσεται καὶ τὰ πράγματα,* id est, *qui novit verborum significationem, & rer ipsas novit,* quæ scilicet per verba significantur. Et quod ait *l. illud, in fi. D. de jur. codicill.* voluntatis quæstionem ex scripto, & verbis declarari, voluntatis quæstio, est rei ipsius indagatio, & verborum conceptio, rei ipsius significatio: Namque omnis oratio ex rebus, & verbis constat. Seneca 14. *epistolarum,* Dialecticam in duas partes dividit, *in verba, & significationes, id est, in res, quæ dicuntur, & vocabula, quibus dicuntur:* quod & de juris arte dici potest: nam omnis quæstio juris, ut eleganter Fabius ait, aut verborum proprietate, aut æqui disputatione, aut voluntatis disquisitione continetur. Et similiter omnis quæstio juris, ut idem ait, aut definitione solvitur, aut qualitate, aut conjectura æqui, & voluntatis. Quæstiones sunt de rebus ipsis, quæ in controversiam veniunt, quæ ut dixi, plerumque dirimuntur, & declarantur ex proprietate verborum, ex potestate verborum. Et ut dicere incipiam de *instructi* significatione, quæ proponitur in *l. 1. & 2. h. tit.* Si quis legaverit fundum instructum, vel ita ut instructus est, vel prædium instructum, prædii nomen est commune: Nam pertinet & ad fundum, quod est prædium rusticum, vel ad domum, & ædes, quod est prædium urbanum. Et jam non quæritur tantum de fundo instructo, sed & de domo instructa, quæ ita legata est, cum l. 1. loquatur de prædiis: ergo dicamus generaliter, prædio instructo legato, legatario deberi omne instrumentum fundi, id est, omne apparatum, sine quo fundus coli, exerceri, custodiri non potest, deberi villicum, deberi servos, qui agrum colunt, boves aratorios, vasa omnia ad agriculturam necessaria, & pleraque alia, dotes fundi omnes, & *ἐνθῆκαι,* sic enim à veteribus appellabantur, *l. 2. de fun. instr. & inst. legat.* Aratra, puta, ligones, falces, & iis similia. Continetur etiam legato instructi omne instrumentum patrisfamil. sive matrisfamil. qui testatus, testatave est, & ita legasse proponitur. Ergo continetur supellex testatoris, & quod non est in supellectile, si sit comparatum, & positum in eo fundo usus patrisfamil. gratia. Ergo extra supellectilem continetur etiam aurum, & argentum, id est, vasa aurea, & argentea, quæ ruri habet, & vestis, & Bibliotheca, quam ruri habuit, ut ea uteretur quotiens venisset in rus. De vino quæritur, & oleo, & grano, an hæc legato instructi contineantur? supellectilem facile concedimus contineri, quia & supellectile patrisfamil. videtur fundus esse quodammodo instructior, vino fundus instructus intelligi non potest: qua de causa fundi instructi, vel domus instructæ legato, Servius respondit, non contineri vina, quæ in eo fundo sunt. Ac similiter non contineri oleum, aut frumentum, nisi id, quo utitur familia rustica, quod & in instrumento fundi esse censetur, *l. quæsitum in pr. D. de instr. leg.* Et hæc Servii sententia proponitur *l. si ita, §. 1. D. eod.* Sed eam alii JC. ita temperant, adhibita distinctione, ut si in fundo, quem uti instructus est legavit paterfamil. vina habuit, quasi in horreo, quasi in apotheca (solebant enim veteres vina habere diffusa in superiori parte ædium, eaque fumigare) si vina ibi habuit, quasi in horreo, quasi in apotheca, forte promercii causa, ut ea aliquando venderet, vel ut ea suo tempore transferret in urbem, tum vina legato non continentur, quia his vinis fundus non intelligitur esse instructus, sed si vina habeat testator usus sui causa, ut cum venisset his uteretur, proculdubio legato continentur, *l. 1. h. tit.* quia & his fundus instructus esse non male dici potest, quibus dominus fundi ipse se instruxit. Idemque est in oleo, & in grano, quæ legato etiam continentur, ut ostendit l. 2. greges ovium, quos in eo fundo habuit paterf. ut ex iis fructum caperet, vel ut ex iis instrueret suas epulas cum rus se contulisset, quæ, inquam, in eam causam pecora ibi habuit stercorandi, vel pascendi causa, forte suarum epularum instruendarum gratia comparata, quæ tamen constat non esse in instrumento fundi: Greges ovium, quos in fundo habet pascendi causa, ut ex iis fructus percipiat, non continentur legato instrumento, *l. de grege, D. eod.* & tamen instructo continentur, & sic etiam supellex patrisfamil. ut dixi instructo continetur: & præter supellectilem, aurum, argentum, vestis, bibliotheca, & vinum etiam, ut dixi, quod ibi posuit non temporis causa, ut eo quandoque uteretur, cum eo veniret cum amicis, quæ tamen omnia non sunt in instrumento fundi. Ex quo apparet plenius esse legatum instructi, quam instrumenti: Nam instructo inest instrumentum fundi, atque etiam eo amplius omne instrumentum patrisfamil. omnis apparatus patrisfamil. Et de *cautionis* verbo in *l. 3. hoc tit.* hoc habemus, *cautionis* verbo significari tantum nudam repromissionem sine

fide-

fidejussoribus, sine pignoribus, quod etiam referendum est ad testamenta, puta, si testator heredem, aut legatarium aliqua de re cavere jusserit in *d.l.ballista*, *& d.l.hujusmodi: parcimus heredi*, ut ait, *l.Sempronius, de leg.2.* aut legatario, cui injunctum est, ut caveret alii cautionem aliquam, ut scilicet non cogatur quærere fidejussorem, ut sufficiat nuda promissio, sicut in *l.verum*, *§.item videndum*, *D.pro soc.* Et ita etiam Justinian. vult accipi verbum *ἀσφαλείας*, quod Græci pro cautione, & nuda repromissione accipiunt, & cautionis, & *ἀσφαλείας* nomine significatur tantum nuda promissio sine fidejussore, sine pignore, sine jurejurando. Idemque est dicendum de cautelæ verbo: Nam in hac l.3. omnes libri sic habent, *Cautione, vel cautela, vel ἀσφαλεία, ce mot la defaut dedans vos livres*. Quibus nominibus significatur tantum nuda promissio. Addi potest etiam Cavillatio: nam & Cavillationem dixere pro cautione. Tertul. *lib. de Corona milit. omnibus modis cavillandum, ne quid adversus Deum committatur*. Et hoc quidem ita est accipiendum, quod definit Justinianus in *h. l. 3.* si sit simpliciter positum in testamento sine ullo adfixo: Nam si jusserit heredem utiliter cavere, vel recte cavere, vel idonee cavere, his verbis significabitur fidejussio, sive fidejussoris datio. Idemque si non cavere dixerit, sed satisdare: Nam etsi *satisdare* sit generale verbum, ut significat hæc l.3. tamen sine dubio accipietur pro datione fidejussoris potius, quam pro repromissione nuda, quod maxime notandum: ex hac l.3. non notant admodum notabile. Generale igitur verbum *satisdationis*, quodammodo facit speciale, ut significet dationem fidejussoris, sicut etiam *cautionis* verbum, quod certe erat generale, facit speciale, ut significet nudam promissionem tantum in testamentis. Et hoc præcipue notandum in hac *l.3.*

Ad L.pen. Cum quidam sic *vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisset:* Ille, aut ille mihi heres esto, *vel* illi, aut illi do, lego, *vel* dari volo, *vel* illum, aut illum liberum, *aut* tutorem esse volo, *vel* jubeo: *dubitabatur utrumne inutilis sit hujusmodi institutio, & legatum, & fideicommissum, & libertas, & tutoris datio: an occupantis melior conditio sit: an ambo in hujusmodi lucra, vel munera vocentur, & an secundum aliquem ordinem admittantur: an uterque omnimodo: cum alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum, alii in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverint, quasi recentiore voluntate testatoris utentem. Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit: nihil probibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas: cum non solum juris auctores, sed etiam ipsæ principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur. Melius itaque nobis visum est, omni hujusmodi verbositate explosa, conjunctionem* aut, *pro* & *accipi: ut videatur copulativo modo esse prolata, & magis sit παραδιαζευκτικὴ, ut & primam personam inducat, & secundam non repellat. Quemadmodum enim (verbi gratia) in interdicto.* Quod vi, aut clam, *aut conjunctio pro & apertissime posita est: ita & in omnibus hujusmodi casibus, sive institutionum, sive legatorum, sive fideicommissorum, vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum, ut ambo veniant æqua lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur: libertas utrumque capiat: tutoris ambo fungantur officio, ut sic nemo defraudetur a commodo testatoris: & major providentia pupillis inferatur: nedum dubitatur apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant. Sed hæc quidem sancimus, cum in personas hujusmodi proferatur scriptura. Sin autem una quidem est persona, res autem ita derelicta sunt,* Illam, aut illam rem illi do, lego, *vel* per fideicommissum relinquo: *tunc secundum veteres regulas, & antiquas definitiones, vetustatis jura maneant incorrupta, nulla innovatione eis ex hac constitutione introducenda. Quod etiam in contractibus locum habere censemus. Dat. pridie Cal. Maii, Constantinop. post consulatum Lampadii, & Orestis. VV.CC.*

Ad L.ult. Suggestioni Illyricianæ *advocationis respondentes, decernimus*, familiæ *nomen talem habere vigorem: parentes, & liberos: omnesque propinquos, & substantiam, libertos etiam, & patronos, nec non servos per hanc appellationem significari. Et si quis per suum elogium fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam his deficientibus, generum, & nurum. Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari: ita videlicet, si matrimonium morte filii, vel filiæ fuerit dissolutum: nullo etenim modo possunt gener, vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari: cum hi proculdubio eos antecedant: & hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant. Hoc eodem valente & si quis rem immobilem cuidam legaverit, vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit, adjiciens, ut si hoc fideicommissarius præterierit, familiæ suæ res adquiratur. In aliis autem casibus nomen* familiæ *pro substantia oportet intelligi: quia & servi, & aliæ res in patrimonio uniuscujusque esse putantur. Dat. XV. Cal. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii, & Orestis VV.CC. anno secundo.*

SEquitur ut exponamus *l.penult. & ult. hujus tit.* In *l.pen.* tractatur de alternatione rerum, & de alternatione personarum. Est magna differentia inter hanc, & illam alternationem, sive disjunctionem. Alternatio, & disjunctio idem est: nam si sit alternatio rerum, *illam, aut illam rem do, lego, vel dari volo*, alterutra præstabitur, non utraque: & similiter in stipulatione si promisero illam, aut illam rem, alterutra præstabitur, non utraque, quia tametsi incertus sit sermo, qui sub alternatione effertur, vel scribitur, *l.ubi autem, §.qui illud, D.de verb. oblig. l.67. §.quod autem, D.de injuriis*, & Paulus *lib. sing. de injuriis. Certum*, inquit, *dicit, qui suo nomine demonstrat injuriam, neque ita, ut per disjunctionem, illud, aut illud accidisse comprehendat*: tamen rem facile explicat, & incertum quidquid est in eo sermone dissipat electio, quæ competit heredi, vel legatario, vel promissori. Incertus est sermo fateor, *illud, aut illud*, sed electio faciet certum, quæ quidem in legatis competit legatario, si per vindicationem legatum relictum sit, ut in *l.plane, §.pen. D.de leg.1. l.19. & 23. de leg.2.* vel competit heredi, si legatum relictum est per damnationem, *heres dato illud, aut illud*, vel si relictum sit per fideicom. *Rogo te dare. Titio illud, aut illud*, *l.si ita relictum, §.ult. de leg.2.* Et in stipulationibus si quis stipulanti promiserit *illud, aut illud*, proculdubio electio competit promissori, nisi aliud actum sit nominatim, *l.plerumque, §.ult. D.de jure dot. l.2. §.si quis Ephesi, & §.seq. D.de eo, quod cer. lo.* & in fine hujus *l.pen.* Et ita si quis promiserit mihi, *quod ille, aut ille mihi debet*, in ejus electione est, pro quo velit mihi solvere: nam pro utroque non cogitur solvere, qui promisit sub alternatione, *l.8. §.si decem, & l.si is qui decem, D.de novat.* nisi scilicet id actum sit, ut utrumque novaretur, & pro utroque debitore meo solveret mihi, ut *d.l.si is, qui decem, & l.qui hominem, eod. tit.* Et ita si testator, qui legavit *illud, aut illud* voluit utrumque legare, & ita sensit, proculdubio sequemur voluntatem defuncti, & conjunctionem, *aut*, accipiemus pro *&*, pro copulatione, *l.Quintus, §. ult. D. de aur. & arg. leg.* in dubio rem permittemus electioni ejus, cui eligendi jus est. Et hæc de alternatione rerum. Si sit alternatio personarum veluti, *illi, aut illi do, lego: 1. aut 2. do, lego*, nullus occurrit, cujus electio rem explicare, id est, incertum sermonem enodare possit: nam neque ille, aut ille legatarius, est idoneus arbiter ad eligendum in re sua, *l.pen. ff.de recept.* Quia enim non se potius eligeret, quam collegam. Neque etiam heres, cui testator non videtur dedisse electionem, legato relicto per vindicationem *illi, aut illi do, lego*, nec directo sermone ad heredem, nisi scilicet heredi nominatim adscripserit electionem, *illi, aut illi, utri heres voles*, ut in specie *l.16. D. de leg.2.* vel in fideicom. *illi, aut illi dari volo*, vel in legato damnationis, *illi, aut illi dato*, videtur esse electio heredis, cui malit dare, quia sermo dirigitur ad heredem, ut illi

det

det aut illi. Denique melior videtur esse in legato damnationis, aut fideicomm. is, qui prior ab herede acceperit legatum, aut fideicomm. melior videtur esse conditio occupantis: & ita quidam opinati sunt, ut refert Justin. in *h. l. penult.* Alii autem in hac propositione, sive specie existimabant secundum esse substitutum primo, primo, aut secundo dato, secundum dicebant esse substitutum primo: in hunc casum si primus repudiaret, & hoc quidem sequimur omnino, si modo appareat testatorem substitutionem facere voluisse, ut in specie *l. cum pater, §. pen. D. de leg. 2.* in dubio non inducemus substitutionem. Ergo nec admittemus illorum sententiam: alii autem dicebant, nam valde vexata fuit hæc quæstio, maxime ex fideicomm. posteriorem solum admitti ad fideicomm. *Titio, aut Mævio dari volo*: Mævium solum admitti, id est, posteriorem, quod in fideicomm. potissimum posterior voluntas spectanda sit, ut in *l. 19. inf. de fideicomm.* quæ hoc tantum habet: *certi, & aperti juris est in fideicom. posteriores voluntates esse firmiores*, quod ea l. videtur dicere ad differentiam legatorum: & tamen in legatis constat posteriora judicia esse firmiora, atque potiora, *l. 12. §. pen. D. de leg. 1.* & nihilominus dico *l. 19.* dicere hoc ad differentiam legatorum, nempe in fideicom. proprie posteriores volumtates esse firmiores: nec potest poni exemplum accommodatius ad *l. 19.* quam ex hac *l. pen.* Si legavero 1. aut 2. non dicam temere secundum esse potiorem, sed si per fideicomm. legavero 1. aut 2. facilius dicam secundum esse potiorem: quod scilicet videatur testator se correxisse, qui postquam dixit 1. adiecit, *aut 2. dari volo*, ut vel hoc solo fretus secundus contendere possit se solum habere postremam voluntatem defuncti, quæ semper spectanda est in fideicomm. in legatis non utique semper, quia directam scripturam non infirmat quævis voluntas. Et ita etiam libertate data per fideicomm. sub variis conditionibus, non posterior conditio spectatur, sed levior, id est, quæ servo impletu facilior est, *l. 5. D. de manum. test. l. quod traditum, & l. per fideicomm. D. de cond. & dem.* Et ita ut eleganter refert Justinian. in *h. l. penult.* qui dicebant posteriorem solum admitti hoc in fideicomm. tantum dicebant, non utique in legatis, in quibus hoc non est proclive ita dicere, & affirmare. Sed horum sententia etiam explosa est in specie proposita, & probat Justinian. magis aliorum sententiam, de qua nondum diximus. Alii enim ita existimabant legato, aut fideicom. ita relicto, *illi, aut illi*, utrumque simul admitti ad legata, vel fideicomm. perinde ac si ita dixisset, *illi, & illi*, quorum sententiæ, explosis cæteris, magis accedit Justin. in hac *l. penult.* heredi adempta electione, cui date malit, etiamsi res sit relicta per fideicomm. aut per damnationem, ut plane, inquit, hæc oratio *illi, aut illi*, sit παραδιάζευξις, quod verbum ego restitui primus in hac *l. pen.* id est, subdisjunctio, quæ utrumque admittat ad legatum, vel fideicom. distinctione accepta pro conjunctione: quod ne novum videatur esse, id probat argumento interdicti, quod dicitur *quod vi, aut clam*, cui inest etiam potestas copulæ, ut si quis forte quid fecerit & vi, & clam, eodem interdicto teneatur, *l. ii, qui puteum, §. hoc interdictum, D. quod vi, aut clam.* Et ita sæpissime in legibus, & in testamentis occurrunt similes παραδιαζευκτικοὶ λόγοι, ut in *l. sæpe, D. de verb. sig. l. 6. sup. de instit. & subst. l. si ita facta, D. de ini. rup. test.* Et simili modo, placet veteribus Grammaticis, ita accipere notissimum versum illum Homeri, βούλομ' ἐγὼ λαὸν σόον ἔμμεναι ἢ ἀπολέσθαι, ut dicat, *populum servari, & se perire velle*, distinctione accepta pro conjunctione. Itemque illud Æschyli: ἤκουσας, ἢ οὐκ ἤκουσας, ἢ κωφῷ λέγω, ut dicat, *audisti, & non audisti, & surdo loquor*, licet dicat, vel: itemque illud ejusdem poetæ, φίλον σιγᾶν, ἢ λέγειν τὰ καίρια, ut dicat, *Amicum ei est tacere, vel dicere, quæ ex usu fient*, id est, *& dicere quæ ex usu fient*. Sic interpres Æschyli: & ita apud Euripidem, χιτῶνα μοί χρῆσον, ἢ ϗ ἱμάτιον, ut dicat, *Stolam mihi commoda, aut tunicam*, quomodo alterum quidem petit, sed utroque dato maxime gaudet, quasi is sermo facile recipiat etiam utrumque, & ita eadem interpretatio adhibenda est in hereditate, ut declarat *h. l. peu. ille, aut ille heres esto*, ut uterque heres institutus intelligatur. Et in libertate, *illum, aut illum liberum esse volo*, utrique libertas relicta intelligitur: & in tutela, *tutorem filii mei impub. illum, aut illum esse volo*, uterque datus intelligitur. Sed non ut cum tractabamus de alternatione rerum idem juris esse diximus in legatis, & contractibus, id est, stipulationibus; ita nunc cum tractamus de alternatione personarum, dicemus idem esse in contractibus, vel stipulationibus, quod statuimus in hereditatibus, in legatis, aut fideicom. libertatibus, & tutelis: non idem est in stipulationibus: Nam si stipulanti mihi, aut Titio dari promiseris, si videreris, & mihi, & Titio promisisse, si esset παραδιάζευξις, *subdisjunctio*, pro parte tantum valeret stipulatio, id est, pro parte mea, pro parte stipulantis, non pro parte Titii, quia alteri stipulor inutiliter. Et hoc ostenditur in *l. si mihi, & l. ult. in fine, D. de verb. oblig.* Et tamen constat totam stipulationem valere, si stipuler mihi, aut Titio, quia Titius non videtur adiectus, ut ei debeatur, alioquin pro parte Titii inutilis esset stipulatio, sed ut ei solvi possit, quasi procuratori meo, atque ita in totum valet stipulatin, *§. plane solutio, Instit. de inutil. stip.* Et ita si aliquam rem venderem Titio, aut Mævio præsentibus, utens hoc sermone, *tibi, aut tibi, Titio, aut Mævio, qui præsentes estis*: Mævius esset accipiendus pro adiecto, sive procuratore constituto rei venditæ accipiendæ causa nomine prioris, id est Titii, nisi uterque emere voluerit, & ego quoque utrique vendere, & hoc appareat agi: Nam tunc erit παραδιαζεύξει locus omnino. Et ita Accurs. annotat recte in ult. glosa hujus l. Lex ult. hujus tit. est facillima. Quæritur, quid verbo *familiæ* significetur, non generaliter in omnibus causis, quoniam verbum illud est multiplex, sed in legatis tantum, aut fideicommissis, cum quis legat rem aliquam familiæ suæ, vel cum rem legatam uni, petit ne is eam alienet extero, sed ut eam relinquat in familia: Quæritur sub nomine familiæ, qui vocentur ad fideicommissum, vel ad legatum, & quo ordine. Et de hac re Justin. in *l. ult.* ait se rescripsisse ad suggestionem Illyricianæ advocationis, id est, ad petitionem, consultationem, vel, ut habent Basilica, ἀναφοράν, id est, *Relationem* advocatorum fori Præfecti prætorio Illyrici. Ac primum ait, ex eo legato, vel fideicommisso vocari liberos, vel parentes exemplo legitimæ successionis, id est, servato jure, & ordine legit. successionis inter liberos, & parentes: post liberos, & parentes, ait vocari cognatos, servata gradus prærogativa, ut proximus præferatur ulteriori, ut in *l. omnia, §. ult. & l. peto, §. ult. D. de leg. 2.* Post cognatos ait vocari ex affinibus generum, & nurum, non quoscunque affines, & in ea re non sequitur exemplum legit. successionis: Nam affinitatis jure nulla est successio: affinitatis jure nunquam mihi succedet gener, aut nurus: venit tamen ad fideicommissum gener, aut nurus, quod relictum est familiæ post omnes cognatos, quia sunt filiorum loco, etiam post finitam adfinitatem morte filii, aut filiæ, quod ponendum est, alioquin filius, aut filia potior esset in eo fideicommisso: post generum autem, & nurum dicit vocari libertos defuncti: nam ii etiam sunt ex familia defuncti, cum sint ex nomine, *quia manumissus*, ut Tertullia. ait *de resurrectione carnis*, *honoratur nomine patroni, & tribu, & mensa*: & Lactant. *de vera sapientia*: *Servus*, inquit, *liberatus, patroni nomen accepit tanquam filius*. Si ex nomine, & ex familia igitur: nam hic familiam nominis intelligimus, non potestatem, non personas potestati nostræ subjectas, sed nominis ejusdem. Et ita familiæ nomen accipitur in *l. cum pater, §. fidei, & §. ab intestato, & l. Lucius, §. Lucius, D. de leg. 2.* Et ita accipere oportet in legatis, & fideicommissis: nam & in aliis causis, ut notat hæc *l. ult.* aliter accipitur, veluti in rebus, quæ sunt in nostro patrimonio, sive animales sint, sive inanimæ, ut in *tit. fam. ercisc.* & in *12. tab. proximus agnatus familiam habeto*, id est, res, sive bona: *familiæ* nomen in res, & in personas deducitur, in legatis in personas, eo ordine, quem *h. l. ult.* præscribit. Et hic est finis hujus tit.

AD



AD TITULUM XXXIX.

SI OMISSA SIT CAUSA TESTAMENTI.

IN hoc tit. proponitur edictum prætoris, quod pertinet ad tuenda legata, & fideicom. cum heres institutus omittit testamentum in necem, in fraudem legatariorum, vel fideicommiss. (nex non tantum est mors, sed etiam fraus quædam) & ab intestato possidet hereditatem. Et pertinet etiam ad tuendas libertates tam directas, quam fideicom. testamento relictas, ut in 1. parte *l. 2. h. tit. l. si intestatus, l. si servus, §. ult. D. si quis omis.* Et perfecta sententia edicti hæc est, si testamento jure perfecto heres institutus sit is, qui & ab intestato defuncto lege heres esse potest, veluti proximus agnatus, vel filius, vel nepos, & is omittat causam testamenti in necem legatariorum, & fideicom. manumiss. testamento, ut intercidant legata, fideicom. libertates testamento relictæ, quæ omnia ipso jure non aliter debentur, quam si ex testamento adita sit hereditas, vel alio modo adquisita, vel petita bon. poss. secund. tab. secundum judicium testatoris, si, inquam, heres institutus hæc omittat, si omittat testam. sive institutionem, & malit ab intestato hereditatem pro herede possidere, ut faciat compendium legatorum, aut fideicom. & servorum, ne hos manumittat, ne illa præstet, vel etiam si heres institutus non sit de his, qui defuncto ab intestato succedere possunt, ut si sit extraneus, & omisso testamento heredit. possideat pro possessore, id est, quasi prædo, veluti ab intestato, fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis, ut in *l. 1. §. non quærimus, D. eod. tit.* nam omnis prædo, sive malæ fidei poss. fingit sibi aliquem titulum. Denique si ipse, qui heres testamento institutus est, testatorem intestatum faciat dolo malo destituto testamento, deserto testamento, id est, non adquisita hereditate ex testamento, quo facto corruunt, quæ in testamento scripta sunt, ut scilicet veluti ab intestato possideat hereditatem pro herede, vel bon. poss. vel ut prædo, pro possessore fictitio titulo, & ementito, sine onere legatorum, & fideicom. & libertatum, ex hoc edicto, de quo hic agitur, causa cognita, in eum dantur utiles actiones legatorum nomine, & fideicom. & libertatum, quæ relictæ sunt per fideicomm. & directæ libertates competunt. Et hæc denique omnia conservantur iis, quibus competunt, aut debentur, perinde atque si ille ex testam. heredit. adiisset, non ab intestato. Salva tamen ei Falc. ex legatis, & fideic. nam in libertatibus cessat Falcid. Conservatur ei Falcid. conservantur legata, vel fideicom. pro modo dodrantis, & libertates in solidum, *l. 3. h. tit. l. si duo, §. ult. l. cui servus, D. eod. l. 1. §. ad eos, D. ad l. Falc.* atque ita fit, ut qui ex testam. non adiit hereditatem, fit veluti testamento heres jure prætorio, jure honorario, ut ait *d. l. si duo,* ut merito hic possit adnumerari honorariis successoribus. Et omittere causam testamenti videtur is, qui repudiat hereditatem testamento delatam, vel si sit suus heres, qui abstinet se, *l. 1. §. prætermittere 2. & §. seq. D. eod.* vel quod proprie est omittere, qui intra tempora constituta à testatore, vel à judice, vel lege non adit hereditatem, vel alias adquirit, vel non petit. bon. poss. quod in 2. parte *l. 2. hoc tit.* est cessare, & insuperhabere, dum docet *lex* in ea parte 2. cum heredem testamento scriptum non incidere in hoc edictum, & non conveniri à legatariis, vel fideicom. qui ideo omisit testamentum, atque neglexit, quod jure perfectum non esset, vel quod alio vitio laboraret, & cum tantum incidere in edictum, qui omittit causam testamenti jure perfecti, ex quo potuit adire cum effectu, id est, heredem scriptum jure, ut ait *l. 3. h. t.* & in hac 2. parte *l. 2.* jam olim memini me reponere antiquum verbum, & elegans, quod exulat adhuc vulgo: Nam ita legitur: *si judicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum juris ratione revocatum est*, quo casu, ait, heredem non culpari, quia culpa vacat, qui non adit ex

A testamento irrito, si, inquam, *judicium defuncti, non usurpabitur, sed ad irritum juris ratione revocatum est:* Nam loco verbi *usurpabitur*, necesse est reponi verbum ejusdem modi, quod respondeat sequenti verbo, *vocatum est:* nec abs re Accurs. laborat in interpretando illo verbo, *usurpabitur*, cui fortasse suboluit non esse eam veram lectionem, sed ad ejus tamen cubile non pervenit. Et jam olim, ut dixi, ex vestigiis antiquæ scripturæ sic illum locum emendavi: *Si judicium non insuperhabitum, sed ad irritum juris ratione vocatum est: insuperhabitum*, id est, *neglectum*, id est, si non omisit testamentum contemptu judicii defuncti, sed coactus ratione juris, quod non valeret testamentum, & ita *insuperhabere* dixit Papinian. in eodem sensu in *l. sunt quædam personæ, D. de relig. & sump. l. heredem, D. de his, quib. ut ind.* secundum Flor. pandectas: nam in vulgatis, & illis locis erat mendum idem. Et sic Apul. *in*
B *metamorph. lib. 4. lacrymis mulieris insuperhabitis*. Et Symmach. in epist. *Scribendi munus insuper non habere*. Et Gellius lib. 2. *eam confidentiam non insuperhabendam intelligit:* & vetus interpres Bibliorum sacrorum in *lib. sapientiæ Jesus filii Sirac*, qui & *panaretos* dicitur, *cap. 19. Qui delinquit in animam suam à domino insuperhabebitur*. Et proprie, ut dixi ante, cessare, omittere, prætermittere, insuperhabere hered. testamento delatam, est tempore excludi: sed locus etiam edicto est, si quis repudiaverit in jure, vel si abstinuerit se hered. fraudandorum legatariorum causa: fraudandi testam. causa, fraud. defuncti causa, ne voluntas ejus adimpleretur, sed irrita fieret. Et ad hæc notandum est secundum verba edicti, ei tantum esse locum, cum is, qui omisit heredit. testamento delatam,
C eam possidet ab intestato. Sed ex constitutionibus, & ex sententia, exemplove edicti, edictum porrigitur etiam ad alias species. Explicabo tres: primam sumam ex *l. 1. hoc tit.* Sententiæ edicti, etiamsi deficiant verba, locus est si is, qui omisit hereditatem testamento delatam, cam ipse non possideat, sed alius, puta, substitutus, aut legitimus heres, cum heres scriptus non potuit esse legitimus, ut cum fuit extraneus, videlicet cum id actum est dolo malo inter heredem institutum, & substitutum, vel legitimum heredem in fraudem legatariorum, & cæterorum, quibus quid testamento relictum erat, ut heres institutus testamentum omitteret, & destitueret: destituta institutione cætera omnia corruunt. Nam hoc casu uterque tenetur legatariis, & fideicommissariis, & manumissis per fideicommissum. Primum tenetur is, qui omisit te-
D stamentum fraudis cogitatione, licet hereditatem non possideat, & substitutus, vel legitimus heres, in quem hereditas transit ab herede instituto, etiam iisdem tenetur legatorum, & fideicommissorum nomine, licet ipse non omiserit testamentum, imo vero substitutus maxime amplectatur testamentum omittente instituto. Sed hoc ita, ut dixi, si ita res inter eos gesta sit per collusionem, & fraudem, in necem aliorum, si dolo malo, ut dixi: nam si quis bona fide, & ex justa causa repudiet hereditatem testamentariam, si omittat testamentum, veluti quod sit ei suspecta hereditas, quod nolit implicari negotiis, & molestiis hereditariis, vel ex alia causa, cessat edictum, quia & fraus cessat, cujus solius coercendæ gratia edictum propositum est. Et ita est accipienda 3. pars *l. 2. hoc tit.* & ostenditur etiam aliis locis sæpe multas, & varias
E causas existere omittendi testamenti, omittendæ institutionis, omittendæ hereditatis, & insuperhabendæ institutionis, ut in *l. Julianus, D. de acq. hered. l. Papinian. §. quarta, D. de inoff. test. l. cum præterea, §. Titio, D. de leg. 2.* quibus casibus impune omittitur hereditas, & sine metu onerum hereditariorum: ubi autem dolo malo, & fraudis consilio communicato cum substituto, vel legitimo herede, sive collusione habita cum substituto, vel legitimo herede, heres institutus omittit testamentum, uterque, & institutus, & substitutus, vel legitimus heres legatorum, & fideicommissorum petitione tenetur, ex sententia hujus edicti. Et quæritur tantum uter prior conveniri debeat, ubi ita distinguitur: aut heres institutus omisit testamentum accepta pecunia, aut gratis: si ac-

cepta

cepta pecunia omisit testamentum, ut veniret hereditas A ad substitutum, vel legitimum heredem ab intestato, ipse, qui omisit testamentum prior convenitur legatorum nomine, & post eum, si non sit solvendo, substitutus, vel legitimus heres, qui possidet hereditatem, & qui cum eo fraudem participavit. Sed si heres institutus gratis omiserit testamentum in hoc, ut gratificaretur tantum substituto, vel legitimo heredi, prior convenitur substitut. vel legit. heres, qui possidet hereditatem, licet ipse non omiserit testamentum propter fraudis participationem, quam habuit cum eo, qui omisit testamentum: nam per eum factum intelligitur, ut omissum sit testamentum, & per consilium fraudulentum ejus, & collusionem pravam: post eum autem, si non sit solvendo, convenitur is, qui omisit testamentum in *l.2. l.4. l.10. D. eod. tit.* Et secundum hunc ordinem, & distinctionem, B & secundum illas ll. quas adduxi est accipienda *l.1. hoc tit.* & rectius *l.1.* ait, *si pecunia accepta omisit aditionem ex testamento*, quam *d. l. 2. D. eod. tit. pretio accepto:* Nam si heres institutus ex venditione hereditatis pretium redegerit, ipse solus tenetur legatariis, aut fideicommissariis, nec ulla fraus intervenit, in *l.2. sup. de legat. l.4. §. ult. D. eod.* Non est interdictum heredi instituto vendere hereditatem, sed non ideo minus tenetur respondere legatariis, aut creditoribus hereditariis, *l.2. sup. de hered. vend.* licet habeat regressum adversus emptorem hereditatis per actionem ex vendito, aut ex stipulatu. Et ita etiam diximus non esse interdictum cuiquam heredi scripto, nisi sit heres necessarius tantum, ut omittat hereditatem sine fraude, etiamsi sit lucrosa, & locuples, *l.6. §. si patronus, & l. si quis omissa, D. eod.* Cæterum C fraude adhibita si quis omittat hereditatem, non impune feret, quandoquidem jure prætorio habetur pro herede testament. & conveniri potest perinde atque si adiisset ex testamento: rectius, inquam, *l.1. h. tit.* ait, *pecunia accepta*, & in *l.1. D. eod. pretio accepto*, id est præmio, ut ita accipitur sæpe, aut munere nummario. Duo autem sunt, quæ objiciuntur huic *l.1.* quibus expositis explicitus erit tit. primum hoc est, quod nulla fraus videtur fieri legatariis, si heres institutus omittat hereditatem, ut ea ad substit. perveniat, quia legata ab instituto relicta, videntur repetita à substituto. Ergo substit. ea debiturus est, nec ea omissio hereditatis fraudi est legatariis: ut autem legata relicta ab instituto censeantur repetita à substituto, hoc est ex rescripto Severi, & Antonini, ut ostendit *l. licet, D. de leg. 1. l. si Titio, §. ult. D. de leg. 2. l.2. inf. ad Treb.* D Est ergo hoc ex rescripto eorundem Impp. quorum est hæc *l. 1.* quæ tamen indicat fraudem fieri legatariis, si quis omittat institutionem, ut testamentum incipiat à substitutione vulgari, quasi à substitutione nihil debeatur legatariis, quibus ab institutione relictum est. Sed ut quod verum est, statim aperiam: Observandum est hanc *l.1.* fuisse priorem illo rescripto eorumdem Impp. quandoquidem fuit emissa hæc *l. 1.* initio Imperii Severi, & Antonini, ut subcripti Coss. demonstrant, *Dexter, & Fuscus*. Igitur tempore editæ hujus *legis 1.* sive rescripti, nondum legata relicta ab instituto, censebantur repetita à substituto. Secundo objicitur, quod is, qui omiserit institutionem videtur id facere ex facultate ei concessa à testatore, qui ei substitutum dedit in hunc casum, si omitteret institutionem, id est, *si heres non esset*. Et E edicto non tenetur, cui testator permisit nominatim, ut omitteret institutionem, & substituto patefaceret locum, in *l.6. §. plane, D. eod. tit.* vel cui intelligitur concessisse apertissime, ut in specie *l.1. §. si proponatur, eod.* cum institutus sibi ipsi substitutus est, & ab instituto sunt legata relicta quædam, à substituto nulla, quo casu omissa institutione, amplectetur impune substitutionem, quæ non est onerosa, quia testator arbitrium eligendi dedit instituto, quem sibiipsi substituit. Idemque evenit in specie *l. Julianus, in fi. eod.* unde similiter possis dicere heredem institutum, cui testator alium substituit, ei videri concessisse facultatem omittendæ institutionis. Ergo si omiserit non esse culpandum, & puniendum. Respondeo breviter, hoc non esse admittendum temere, ut cui dederit substitutum, ei concesserit facultatem omittendæ institutionis, nisi hoc ei adscripserit nominatim, quia ei dat substitutum in casum plurimum mortis, si moriatur ante aditam hereditatem, ut tum substitutus vocetur: non continuo substituti simplex argumentum præbet datæ facultatis omittendi testamenti in fraudem legatariorum, licet omitti possit sine fraude: Nam edictum tantum coercet fraudem, & calliditatem institutorum heredum: & ideo actiones utiles, quibus tenentur qui omittunt hereditatem ex testamento, & amplectuntur ab intestato, aut transmittunt in alios, non dantur, nisi causa cognita in *l. 6. §. non simpliciter, eod.*

AD TITULUM XL. & XLI.

DE INDICTA VIDUITATE, &c. ET DE IIS, QUÆ POENÆ, &c.

DATUR tit. specialis de legato, aut fideicommisso, viro, aut mulieri relicto sub conditione viduitatis, aut cœlibatus, propter jus novum, quod Justinian. ea de re introduxit, & in hoc titulo exposuit: conditio viduitatis est honesta quidem, quia viduitas species pudicitiæ est, sed tamen reipublicæ est inutilis, quam maxime interest augeri civium numero, *l. cum ita legatum, l. hoc modo, D. de cond. & demonst.* Ideoque remittenda ea conditio videtur esse tanquam publicæ utilitati contraria, *l. 1. §. tractari, D. ad SC. Tertyll.* ut scilicet etiam ea non impleta, capiendi legati jus sit. Et vero remittitur etiam ea conditio lege Julia, & Papia, si modo is, eave, cui legatum relictum est sub conditione viduitatis, intra annum nubat, vel uxorem ducat, & juret se liberorum procreandorum causa nubere, vel uxorem ducere. Appellatur autem ea *l. Miscella* in hoc tit. & in *Novella* 22. & à Græcis interpretibus lib. 48. Basilicon, qui jam emersit in lucem, ad *l. ul. D. de statul.* Miscella, quod pertineat tam ad mares, quam ad fœminas, quibus viduitas injungitur. Innumera fuere capita l. Juliæ, & Pap. de caducis, de adulteriis, de fundo dot. de maritandis ordinibus, de nuptiis, de jure, & ritu nupt. tum primarum, tum secundarum, atque inde de cond. viduitatis, id est, vetitarum secundarum nupt. Et hoc caput de cond. viduitatis Miscellum appellatur, quod alia fere ejusdem legis fuerint capita de viris, alia de fœminis: hoc fuerit promiscuum, atque miscellum, atque confusaneum: quod indicat *l.3. h. tit. & l. heres, §. ult.* qui est intelligendus de hac lege, *D. de cond. & demon.* Eadem l. continebat etiam absque dubio alia Miscellanea, viro, & uxori communia, de quibus Ulp. *lib. reg. t. 15.* & 16. Non displicet Miscellæ, imo nec Miscellaneæ legis appellatio, cum & Juvenalis dixerit: *Veniunt ad Miscellanea ludi*. Et Tertull. adversus Valentinianos, *citat Miscellaneam Ptolomæi*, nec debuit Victorius reprehendere inscriptionem librorum Politiani, quasi non sit satis purum Miscellaneorum nomen, aut seculo incontaminato minus frequentatum. Si extraneo legavero sub conditione, *Si uxor mea vidua permanserit*, ea conditio non remittitur, quia nec ulli viduitatem injungit, *l. 1. hoc ti. l. mulieri, D. de cond. & demon.* Sed si uxori ipsi, vel alii cuicumque mulieri legavero sub conditione, *Si vidua permanseris*, conditio remittitur, si modo intra annum nubat, ut dixi, si quamprimum nubat, & juret se hoc facere liberorum quærendorum causa: non est libido ex l. Julia Miscella, & SC.tis circa eam l. factis. Sic enim legendum est ex veteribus plurativo numero in *l. 3.* & SC. quæ circa eam facta sunt, veluti SC. Pernicianum, & SC. Calvisianum, quæ memorat Ulp. *eod. lib. reg.* Post annum vero numerandum à morte testatoris, ex eadem l. Julia Miscella, si nubat, quod tardius nubat, quasi conditione defecta, ad legatum non admittitur. Denique post annum ea conditio viduitatis non remittitur, sed intra annum tantum, si nubat maturius, & det operam liberis, jurata se

nubere ſtudio liberorum tantum. Quin etiam ſi poſt annum nondum nupſerit, ſecundum id, quod dixi, non aliter admittitur ad legatum, quam ſi caverit heredi ſe viduam permanſuram, quæ cautio Mutiana appellatur, quod ſit inventa à Q. Mutio JC. Et locum habet in legatis, quæ relinquuntur ſub conditione non faciendi aliquid, quæ non poſſit impleri niſi morte legatarii: Nam accipiet legatum ſtatim legatarius, ſi modo caveat ſe non facturum, quod non facere juſſus eſt, aut ſi fecerit legatum reſtituiri cum fructibus, vel interuſurio medii temporis. Et ſimiliter habet locum cautio Mutiana, de qua agitur ſæpe in *tit. de cond. & demonſt.* in fideicom. ita relictis, vel in mortis cauſa donationibus, & in hereditate. Et hoc quidem ita obtinuit ex l. Julia Miſcella. Sed Juſtinia. eam l. abrogat in *hoc tit. l. 2. & 3.* & ſive impoſita ſit conditio viduitatis viro, ſive fœminæ, Juſtinia. penitus remittit conditionem viduitatis, ut ſtatim ei præſtetur legatum, ſive nubat intra annum, aut ducat uxorem, ſive poſt annum, circumſcripta conditione, & ſublatis conditionibus l. Juliæ Miſcellæ, ut legatarius neceſſe non habeat præſtare cautionem Mutianam, etiamſi tardius nuptias contrahat, id eſt, poſt annum, & ut neceſſe etiam non habeat jurare ſe liberorum quærendorum cauſa id facere: & in l. 2. ita legendum eſt in illo loco, *non dato ſacramento procreandæ ſobolis gratia tantum:* ubi eſt ſubdiſtinguendum, *ad ſecundas migrare nuptias pœna hujuſmodi ceſſante, ſive habeat liberos, ſive non, & ea percipere*, ubi eſt expungendum hoc verbum *tantum*: & ait *ſive habeat liberos, ſive non*: videlicet ex priore matrimonio, ut ſcilicet poſſit impune nubere ſecundo, nec amittat legatum, nec jurejurando obſtringatur, ſed id facere liberorum procreandorum gratia, quoniam non eodem animo ſunt omnes. Et non vult Juſtin. ut quiſquam anceps perjurium ſubeat: & eleganter ait, *leges, quæ perjuria puniunt, non debere viam perjuriis aperire*. Sed tamen ubi habet liberos ex priore matrimonio, omnimodo eis debet ſervare proprietatem rei legatæ, quæ tranſit ad ſecundum virum, & proprietatem omnium bonorum, quæ accepit à priore viro ſecundum conſtitutiones *tit. de ſec. nupt.* Et hoc ita conſtituit Juſtinia. in l. 2. & 3. abolito Miſcello illo capite *l. Jul. & Pap.* Poſtea hoc ipſum recantat, & quodammodo redit ad l. Jul. Miſcellam in Novella 22. in qua nullo modo vult remitti conditionem viduitatis, ſed ita conſtituit ſervari deinceps, ut ſive ſit vir, ſive mulier, cui legatum relictum eſt ſub conditione viduitatis, intra annum non capiat legatum, niſi quo caſu tollatur ſpes omnis nuptiarum: ut ſi legatarius ſacerdotio conſecretur: ſi legataria ſe Deo devoveat: nam hoc genere tollitur ſpes nuptiarum, ſpes liberorum, ut in *l. 25.* quæ eſt Græca *ſup. de Epiſ. & cler. & Novella* 123. ſpe nuptiarum ſublata, etiam intra annum capiet legatum: Alioquin non capiet legatum intra annum, ſed poſt annum tantum, præſtita cautione Mutiana, *quod legati nomine ceperit, ſi viduo lecto deceſſerit, id omne cum ſua cauſa reſtitutiri*. Igitur non remittit conditionem viduitatis, & hoc jure utimur. At ſi forte hodie quis ita reliquerit legatum uxori, *ſi in domo mea caſte vixerit*, recte Accurſius putat in *l. 3. hoc titul.* uxori indictam viduitatem videri, quia dixit, *in domo mea*, ſecus ſi dixiſſet tantum, *ſi caſte vixerit*: nam hoc genere indicitur pudicitia, non etiam vetantur nuptiæ ſecundæ, non indicitur viduitas; & notandum eſt etiam Novellam Juſtinia. 22. quæ non remittit conditionem viduitatis, pertinere tantum ad ſecundas nuptias, ut coerceantur, non etiam ad primas, ut Ioannes adnotavit rectiſſime. Nam ſi puellæ nondum expertæ nuptias relictum ſit legatum ſub conditione, *ſi non nupſerit*, proculdubio conditio ei remittitur: at quæ mulieri imponitur conditio, *ſi iterum non nupſerit*, hæc eſt, quæ non remittitur, & notandum etiam ex *l. 3. hoc tit.* ad cauſam indictæ viduitatis nihil pertinere legatum ſub conditione, *ſi vidua erit, vel cum vidua erit*, non dicit, *ſi vidua permanſerit, ſed ſi vidua erit, vel quotieſcunque vidua eris*, aut mari, hoc modo *ſi uxo-*

A *rem amiſerit, ſi cœlibem vitam vivere induxerit in animum*, quoniam hoc genere non indicitur viduitas, aut cœlibatus, ſed legatur pro ſolatio vacui lecti in hunc caſum, ſi amiſerit maritum, ſi amiſerit uxorem, tum ei ut det heres aliquid legati nomine, & ſtatim quidem atque extiterit conditio morte viri, aut uxoris ſoluto matrimonio, legati petitio eſt, & retentio, etiamſi mox alii nubat, aliamve uxorem ducat, quia conditio, quæ ſemel extitit, non reſumitur, *l. quædam, in prin. D. de fideic. libert.* Nova eſt conſtitutio Juſtiniani poſita in *hoc tit.* Nova etiam eſt conſtitut. tit. *ſeq. de his, quæ pœnæ nomine in teſtam. vel c. relinq.* conſtitutio hujus tit. eſt etiam nova de legatis: fideicom. & hereditatibus, & libertatibus datis, vel ademptis, vel tranſlatis pœnæ cauſa: & ut uno exemplo cætera cognoſcas, atque percipias, legatum B relinquitur pœnæ cauſa, quod non relinquitur legatarii gratia. ſed in odium, & pœnam heredis hoc modo, *heres meus ne Cajo filiam tuam deſpondeas, ſi deſpondeas*, 10. *millia Sejo dato*. Sejo relinquitur legatum pœnæ cauſa, non beneficii cauſa, non ſui gratia, & adimitur legatum pœnæ cauſa hoc modo, *illi, cui fundum legavi, ſi filiam ſuam Cajo deſpondeat, fundum illum neque do, neque lego*: & ſimiliter transfertur pœnæ cauſa hoc modo, *Quod Titio legavi, ſi is fecerit quod ne faceret vetui, puta, ſi filiam ſuam Cajo deſponderit, id Mævio do, lego*. transfertur legatum pœnæ cauſa: & eodem modo, atque eodem exemplo licebit tibi ponere fideicommiſſum, aut hereditatem, aut libertatem datam pœnæ cauſa, quæ omnia jure veteri non valebant, ſive datum eſſet, ſive ademptum, ſive tranſlatum pœnæ cauſa legatum, aut fideicommiſſum, aut heC reditas, aut libertas. Et ratio hæc erat, quia libertates, hereditates, legata, fideicommiſſa dantur beneficii, & honoris cauſa, & inventa ſunt hæc beneficiorum genera, ut amicos quos diligimus, honore afficiamus, non ut pœnas illis infligamus: pactum, quod eſt contra naturam contractus, dicitur non valere, *l. cum precario, D. de prec. §. 1. Inſtit. de ſociet.* Hoc eſt contra naturam legati, fideicommiſſi, libertatis, hereditatis, ut detur pœnæ cauſa. Ergo non valet. Et tamen Juſtinian. in conſtitutio. hujus tit. ne quid fiat contra voluntatem teſtatoris, hæc omnia admittit, & probat, quæ pœnæ cauſa relinquuntur, & non obtemperante herede præcepto teſtatoris, vult ea omnia præſtari, aut competere. Et excipit tantum tres caſus, ſi quæ præcipiuntur ſint impoſſibilia, vel illicita, vel probroſa: impoſſibilia hoc modo: *Titio lego x. ſi* D *digito cœlum tetigerit, quod ſi non tetigerit, ea x. lego Sempronio*. Quis capiet relictum? Titius prior legatarius, circumſcripta conditione impoſſibili: legatum igitur relictum Sempronio non valet. Idem eſt ſi quod præcepit ſit illicitum, aut probroſum: nam hoc habetur pro impoſſibili, quod honeſte fieri non poteſt, aut licite, in *l. 14. & 15. D. de cond. inſtit.* Illicite hoc modo, *Titio lego, ſi ſororem ſuam uxorem duxerit, ſi non duxerit, id Sempronio lego*, non valet legatum relictum Sempronio, & valet relictum Titio, & conditio illa illicita habetur pro non ſcripta. Itemque poſterius legatum habetur pro non ſcripto. Quicquid eſt impoſſibile in teſtamentis, illicitum, vel probroſum, pro non ſcripto eſt. Et probroſum ita, *Titio lego, ſi uxorem illius corruperit*, quod jure naturali dicitur eſſe probrum, in *l. probrum, D. de verb. ſig.* *Si* E *non corruperit, id Sempronio lego*, Titius perveniet ad legatum, & conditio legato adſcripta, itemque legatum ſub contraria conditione relictum Sempronio habebitur pro non ſcripto. Et hæc tantum legata pœnæ cauſa relicta, ſi quis non fecerit, quod eſt impoſſibile, illicitum, vel turpe, Juſtinia. vul. non valere. Et ex hac conſtitut. Juſtinia. proculdubio in *l. 1. de his, quæ pœn. cauſa,* addita ſunt à Tribonia. ea verba, *Illicite, vel probroſe*, & paulo poſt verbum, *talem*. In hac l. tantum notandum eſt, abundare verbum *pecunias* in eo loco, vel *pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam*.

AD



A

AD TITULUM XLII.

DE FIDEICOMMISSIS.

HIC tit. vicinus, & proximus est tit. de legatis, adeo ut, & in hoc, & in illo, & his quoque tit. quæ hunc, & illum sequuntur, pleraque sint nominatim perscripta communiter de legatis, & fideicommissis, quæ indicavi superioribus tit. ubique satis diligenter. In hoc tit. indico primum l. 6. quæ est de legato rei testatoris obligatæ creditori ejusdem testatoris, vel de fideicom. ejusdem rei, in quo idem servatur omnino, quod diximus servari in legato rei alienæ in *l. 10. inf. de legat.* Indico l. 8. quæ B docet servo proprio legatum, aut fideicommissum utiliter relinqui, non tantum cum libertate directa, sed etiam cum libertate fideicommissaria, quia hoc casu legati, aut fideicom. dies non cedit, antequam competat libertas, id est, ante aditam hereditatem, ut in *l. si quis servo, D. de leg. 2. l. 8. D. quando di. leg. ced. l. unica, §. libertatibus, inf. de cad. toll.* communis & est l. 13. in qua legendum ex veteribus initio, *quoties principe loco*, id est, *primo loco, & gradu*, eleganter, ut in illo versu, *Lubrica per vacuum posui vestigia princeps*. Heres institutus scribitur principe loco, substitutus deincipe loco, & legata relicta à substituto, vulgari scilicet, de quo lex loquitur, non videntur etiam relicta ab instituto, relicta à secundo gradu non videntur relicta à principe gradu, & è contrario: tamen ex Constitut. Severi, & Antonini legata re- C licta à primo gradu videntur repetita à secundo gradu, id est, à substituto. Ideoque si substitutio vulgaris extinguatur: extinguitur autem aditione heredis instituti: & legata extinguuntur, quæ relicta sunt à substituto, nimirum, quia ea con debet institutus, & facilius ab instituto, quæ sunt relicta commeant ad substitutum, quam remeant à substituto ad institutum. Ne mutemus interim veterem scripturam in *l. 13. quoties principe loco*, & sic etiam in *l. 18.* legamus *voluntatem immutilatam*, non *immutatam*: communis etiam est l. 24. quæ summe notanda: ut heres, à quo legata sunt prædia, aut relicta per fideicommissum, non cogatur legatario, aut fideicommissario instrumentum præstare originis prædiorum, quæ vere appelles *le tiltrer*, instrumentum adquisitionis, quod instrumentum auctoritatis dicitur in *l. ult. de pig. act.* Et D *tabellæ auctoritatis* apud Senecam *contro. 22.* Legatario igitur, aut fideicommissario heres non cogitur præstare instrumentum originis prædiorum legatorum, sive auctoritatis, quia prædia legata sunt, non instrumentum auctoritatis, quia alia res est, quæ scilicet non sequitur prædia: nec lex distinguit, ut Pileus fecit, prædia legata sint ex parte, an in totum: nam etiamsi sint legata in totum, ea tantum præstabit heres, non præstabit instrumentum auctoritatis, sed si quando opus eo fuerit legatario, vel fideicommissario, id compelletur proferre, exhibere, ostendere, non præstare. Aliud est exhibere, aliud præstare: quod exhibetur, datur, ut eo utaris temporis causa, quod præstatur, datur, ut utaris perpetuo, tibique habeas, & possideas pleno jure. Et ita etiam, nisi aliud actum sit, venditor prædii tenetur præstare prædium, E non autem præstare instrumentum originis, sed exhibere tantum, si usus emptoris hoc postularit, *l. Titius, l. creditor, D. de act. empt.* Ergo & hic tit. pleraque habet communia, quæ sunt inter legata, & fideicommissa, sed tamen separati sunt tituli de legatis, & de fideicommissis, quia & multæ inter ea separationes, & differentiæ sunt, de quibus aliquantulum dicamus, quantum hujus tit. tenor patitur. Fideicommissum relinquitur etiam codicillis testamento non confirmatis, non legatum: fideicommissum relinquitur etiam in epistola fideicommissaria, vel libello fideicommissario, & nutu solo, sine verbo, aut scriptura *l. 22. h. tit.* legatum non item. Tacitum fideicommissum sæpius legas in jure nostro, nusquam tacitum legatum: fideicom. nutu relinquitur, ut si quis interrogatus an Titio fundum suum dari velit, rejecto capite significet se velle, utile fideicom. est, dummodo is, qui annuit, fari sciat, ut ait *l. nutu, D. de leg. 3.* non necesse est eum fari, sed ut fandi impotens non sit necesse est, quia scilicet fideicom. relinquere tantum potest is, qui factionem testamenti habet, licet non faciat testamentum, *l. 1. D. de leg. 1.* mutus autem non potest facere testamentum, *l. 6. D. qui test. fac.* Ergo nec scriptura, vel nutu fideicomm. relinquere, at merito in eo, qui fideicom. relinquit exigimus fandi facultatem. Et longe alia est ratio delegantis debitorem suum creditori suo in *l. 17. de novat.* qui recte delegatur nutu solo, etiamsi is, qui annuit, fari non possit, quia & mutus delegare debitorem suum potest. Illud etiam exigimus in eo, qui fideicom. relinquit nutu, aut alio modo, ut adhibeat 5. testes, *d. l. 22. h. tit.* Omnino 5. testes exiguntur in voluntate fideicom. sive precaria ut valeat, nec minus 5. sufficiunt: verum uno casu, qui maxime notandus est, etiamsi nullo teste adhibito relictum sit fideicom. præstandum est fideicommissario, ut si heres confiteatur fuisse relictum: Nam si recurrat ad subtilitatem juris, adiciens fuisse relictum sine teste, atque ideo petitione ejus fideicom. non teneri, sive præstatione, non audietur: ubi heres confitetur se oneratum fuisse fideicom. non requirimus testes. Hoc ostenditur in fine titul. *de fideicommiss. hered. in Instit.* Imo etiamsi heres neget fideicommissum fuisse relictum, fideicommissarius hac via potest ad fideicommissum pervenire, si prius jurejurando purgarit se de calumnia, id est, juraverit se non calumniari scienter dolo malo, nec vexare heredem improbe: deinde heredi, vel ei, à quo fideicommissum relictum est, deferat jusjurandum de fideicom. nam si heres nolit jurare quicquam ea de re, omnino cogitur præstare fideicommissum, & recusatio jurisjurandi pro confessione habetur. Et hæc est sententia *l. ult. hoc tit.* quæ eleganter ait 5. testes esse necessarios in fideicommissis, cum fideicommissarius eligit fidem testium, id est, cum nititur probatione testium, non cum eligit fidem heredis, & 5. testes exiguntur, inquit, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, ubi quod sequitur verbum *testamentum*, obliterandum est: Nam & id subaudivit Accurs. quæ tamen subauditio non est necessaria, imo inepta est: nam sensus hic est, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, id est, ne quid falsi testes comminiscantur, & fabricent, quod utique duo testes ex compacto facilius facturi sunt, quam plures, ideo amplior numerus testium exigitur, ut ampliores homines rei veritatem communiant, *l. quidam, §. ult. D. de furt.* Testes, & signatores dicuntur rem communire. Cæterum ubi fideicommissarius eligit fidem, & religionem solius heredis, nihil opus est testibus. Et nisi heres juraverit à se fideicommissum relictum non esse, omnimodo fideicommissum præstare compellitur, licet sit relictum remotis testibus. Notandæ etiam sunt aliæ differentiæ ex hoc tit. Legata relinquuntur à solis heredibus, fideicommissa relinquuntur etiam à legatariis, & fideicommissariis, & donatariis mortis causa, *l. 9. & l. ult. hoc tit.* relinquuntur & fideicommissa à patre heredis instituti in cujus potestate est heres, vel alii, vel ipsi, vel filio heredi instituto, ut in *l. 15. hoc tit.* cujus species digna est, quæ proponatur. Quidam duos filiosfamil. heredes instituit simpliciter, ut ait, id est, pure: deinde in eodem testamento rogavit patrem eorum, in cujus potestate sunt, ut eos manumitteret, sive emanciparet: post mortem testatoris filii jussu patris adiverunt hereditatem, ac proinde eam patri acquisiverunt jure potestatis patriæ: debet pater eis eandem hereditatem restituere deducta Falcidia: quia qui eodem testamento rogavit patrem, ut filios emanciparet, & rogasse intelligitur, ut eis restitueret hereditatem: quo enim ut eos emanciparet, nisi ut filii haberent hereditatem, id est, dodrantem? Quod & confirmat *l. si cui legatum, §. ult. & l. seq. D. de cond. & demonst.* fideicom. etiam possunt relinqui ab herede here-

dis, vel legatarii, id est, post mortem heredis, vel post mortem legatarii, in *l. 5. D. de leg. 3. & l. 12. hoc tit.* quæ ostendit, quod notandum, fideicommissum relictum post mortem heredis, id est, ab herede heredis, posse ab ipso primo herede repræsentari dum vivit. Quid ni? modo id faciat sine fraude substituti, cum fideicommissario datus est substitutus, & sine fraude creditorum, ut in *l. uxorem, §. Sejum, D. de leg. 3. l. ait prætor, §. si cum in diem, D. quæ in fraud. cred.* Possunt etiam fideicommissa relinqui à tutore pupilli heredis instituti, vel legato honorati, aut fideicommisso, licet ipsi tutori nihil relictum sit, qui à pupillo relinqui intelligitur. Et tutor est vice pupilli, vice domini in multis partibus juris, nec tamen à tutore relictum legatum, intelligetur relictum à pupillo: Nam rigor juris in legatis observatur, in fideicommissis latitudo voluntatis, *τὸ πλάτος*. Et huc pertinet l. 20 hujus tit. quæ est portiuncula *l. 5. sup. de reb. cred.* non tamen fideicommissum potest relinqui à filio præterito, licet per poss. contra tab. ad hereditatem patris pervenire possit, quia suo jure ad eam perveniet, non ex judicio patris, *l. pen. hoc tit.* Et etiam ab exheredato fideicommissum relinqui non potest, licet per querelam inoff. test. exheredatus possit pervenire ad bona patris, *l. cum quidam, sup. de leg.* Quod obtinet etiam in legato: sed in fideicommisso major erat dubitatio, quia in fideicommissis admittendis, quam in legatis proniores sumus. Et sequuntur aliæ differentiæ: in fideicommissis nuda voluntas spectatur, non desiderantur verba directa, sive imperativa, verbum *volo*, quod non est directum: Nam verbum *volo*, id est, desidero, cupio, opto, facit fideicommissum in *l. 10. hoc tit.* non etiam legatum. In fideicommissis nulla desideratur verborum observatio, nec alia ulla solemnitas jure veteri, non exigimus ut rogati testes adsint, cum quis erogat fideicommissum, sed ex *l. ult. sup. de cod.* exigimus ut 5. testes adsint, etiam non rogati, qui casu supervenerint: & exigimus etiam, ut subscribant, scripto scilicet, quo fideicommissum relinquitur. Et ut adsint uno, eodemque tempore, & loco, cum fideicommissum relinquitur, nihil præterea ex solemnibus exigimus. Et illa quoque ante *d. leg. ult.* non erant necessaria, nec hodie sunt necessaria, si fideicommissarius rem permittat religioni heredis, id est, jurijurando heredis. Et huc pertinet *l. 23. hoc tit.* Sciendum est ex testamento, vel codicillis, si veritas, aut juris solemnitas desit, ut ait *l. 23.* nec legata præstari, nec fideicommissa, *l. 29. hoc tit.* poterit tamen heres, si velit, ultro ea præstare sciens, prudensque, licet sint data inutiliter, nec quæ præstiterit postea poterit repetere, sive condicere: & ita sæpe fit, ut heres ex conscientia sola relicti fideicom. pudore quodam ductus præstet fideicommissa, aut legata, quæ jure non debentur ex scriptura, vel nuncupatione sola testatoris, ut in *l. 2. hoc tit.* imo, ut & sæpe præstet quædam sine scriptura, aut nuncupatione testatoris: pietatis ergo, ut in elegantissima inscriptione urbis Narbonæ: *Neque jussa testamento, neque voce rogata, sed pia pro meritis sponte sua posuit*. Et similiter, ut licet heres rogatus sit restituere hereditatem præcepta certa quantitate, certa pecunia, vel re, evenit sæpe, ut nolit ea præceptione uti, sive deductione, & ut nolit etiam deducere Falcidiam, ut fungatur pleniore, & fideliore officio fidei præstandæ, ut fidum obsequium præbeat precibus defuncti, nullo deducto ex ea hereditate, ut ait *l. qui totam, D. ad Trebell. l. 5. §. pen. D. de don. inter vir. l. debitorem, D. quæ in fraud. cred.* aliquando non præstat inutile fideicommiss. quod relictum est, sed sponte sua promittit se fideicommissum præstaturum, & obligatur cum effectu, ut in *l. fideicomm. D. de condit. instit.* Et multo magis obligatur si transactionis causa promisit, ut in hac *l. 23.* alioqnin invitus legata, aut fideicommissa non præstat, ut ait *d. l. 23. si veritas, aut juris solemnitas desit, relicta non præstat: Relictorum* nomen est generale in jure, id est, continet legata, & fideicommissa: & verbum *veritas* in *l. 23.* respicit ad fideicommissa, in quibus veritas sola spectatur, non formula juris. Verbum autem *solemnitas* respicit ad legata: A nam in fideicommissis nulla desiderabatur solemnitas juris. Et ita est explicanda *l. 23.* Placet valde *obsequii* verbum, quo utitur *d. l. qui totam, fidum obsequium defuncti precibus præbere desideras*: Nam & ita Plinius 5. *epist. illius hoc munus, illius liberalitas, nostrum tantum obsequium vocetur*: qui scilicet præstat prolixe, & libenter, quod defunctus præstari voluit, missis subtilitatibus juris: est celeberrima, & una ex omnibus præcipue notis differentia, quæ colligitur ex *l. cum virum, hoc tit.* Lex est singularis propter responsum Papiniani, quod in ea refertur, quod non extat alibi. Finge, heredem scriptum ex parte, cui res quasdam prælegavi, rogatum, ut quicquid ex hereditate mea ad eum perveniret, id restitueret Mævio sub conditione aliqua, aut in diem. Quæritur an non tantum debeat restituere partem he- B reditatis, sed etiam an prælegata restituere debeat? Et respondit Papinian. præstanda esse prælegata. Et confirmatur opinio, sive responsum Papiniani ex verbis testatoris, quæ duobus locis ponderat *l. cum virum*, quia testator dixit, *quicquid ex hereditate*, & legata, sive prælegata sunt ex hereditate, *l. 2. §. ult. D. de dot. prælég.* donationes inter vivos non sunt ex hereditate, hæ non veniunt in fideicommissum, *l. cum quis, §. 1. D. de leg. 3.* ergo, ut dicamus prælegata venire in fideicommissum, movemur responsi Papinian. auctoritate, movemur & verbis testatoris. Sed tamen, quod maxime notandum, *l. cum virum* optat, ut fideicommissarius etiam quibusdam argumentis probet eam fuisse voluntatem testatoris, quasi verba non sufficiant. Et sane ita est, in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua, admitti quæ- C stionem voluntatis. Et ideo non sufficit responsum Papinia. non sufficiunt verba, quæ satis aperta sunt, sed vult, ut doceat fideicommissarius etiam suffragari voluntatem. Et ita in *l. quisquis, D. de legat. 3.* non satis habet probare fideicommissum ex verbis, sed adjicit etiam suffragari voluntatem, propterea quod etiamsi verba sint apertissima in fideicommissis, licet in scirpo nodum quærere, licet quærere de voluntate: in legatis si verba sint perspicua, non admittitur unquam quæstio voluntatis, non auditur is, qui dicit aliud voluisse testatorem, quam præferant verba, *l. ille, aut ille, §. 1. D. de legat. 3. l. si alii, D. de usuf. leg.* Quod autem ita definitur in hac *l. cum virum*, cum testator dixit, *quicquid ex hereditate perveneris*, locum etiam habet, si testator rogaverit heredem restituere portionem suam, non D portionem hereditatis, sed portionem suam, quia in portione simpliciter numerantur etiam prælegata, ut in *l. 3. §. quidam, D. ad Treb.* Ergo hoc casu in fideicommissum etiam prælegata veniunt. Sed huic definitioni *l. cum virum*, multa objiciuntur, quæ cras explicabimus. Ut in paucissima verba conferant definitionem *l. cum virum*: Qui heredem institutum ex parte rogavit restituere alii *quicquid ex hereditate, bonisve suis ad eum pervenisset*, & de prælegatis integris, quæ ei reliquit restituendis eum rogasse intelligitur, videlicet salva Falcidia: non distinguit lex, ut Accursius, utrum prælegata præcedant, an sequantur institutionem, quæ distinctio etiam inepta est: nam sive præcedant prælegata, sive sequantur, verum est ea esse semper ex hereditate, licet omnino non sint in hereditate, ut paulo post de- E monstrabitur. Aliud est rem esse ex bonis, aliud in bonis, *§. ult. Instit. de vi bono. rapt.* Et ita quoque aliud est esse ex hereditate, aliud esse in hereditate: huic autem definitioni legis *cum virum* objicitur *l. in fideicommissaria, §. ult. D. ad Treb.* quæ dicit ex decreto D. Marci, eum, qui rogatus est restituere hereditatem, aut hereditatis partem, nihil refert, non restituere integrum prælegatum, sed eam tantum partem prælegati, sive præceptionis, quam à semetipso jure hereditario capit. Aliam vero partem, quam à coherede capit jure legati non restituere fideicommissario: ergo non universum prælegatum restituere. Non ignoratis præceptionem, sive prælegatum vario jure capi, nimirum heredem, qui præcipere prædium jussus est, id est, cui prædium prælegatum est,

est, partem prædii à semetipso capere, ut heredem jure hereditario pro portione hereditaria, ex qua institutus est, quia heredi à semetipso legatur inutiliter, partem autem capere à coherede jure legati, quoniam à coherede ei recte legatur: deoique eam prælegati partem possidere pro herede, partem pro legato, *l. in quartam, D. ad l. Falc. l. filium, sup. famil. ercisc. l. eum, qui, §. ult. D. de iis, quæ ut ind.* Et ea quidem pars prælegati, quam capit jure hereditario, quia in hereditate est, venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem: alia pars, quam capit jure legati non venit, quia non legatum restituere jussus est, sed hereditatem tantum, noo quod haberet ut legatarius, sed quod haberet ut heres. Atque ita fit, ut pars prælegati retineatur, pars restituatur: ergo non integrum prælegatum restituitur, quod est contra defioitionem *l. cum virum*. Sed hujus rei facilis est, promptaque responsio: quia si rogatus sit restituere quicquid ex hereditate perveniret, ut in hac *l. cum virum*, ea verba latissime patent, & complectuntur omnia, quæ ex hereditate proficiscuntur, vel derivantur, etiamsi jure hereditario non capiantur: Sed si rogatus sit restitoere hereditatem, aut hereditatis portionem, ut in *d. l. in fideicommissaria, §. ult.* quæ objicitur, in restitutionem veniunt ea tantum, quæ revera sunt in hereditate, proinde prælegati ea tantum pars in restitutionem venit, quam heres cepit jure hereditario à semetipso. Varia formula fideicommissi varium jus inducit: unde faciamus, si placet, positiones duas. Et prima hæc est: Rogato herede restituere quicquid ex hereditate pervenerit, in restitutione fideicommissi veniunt integra prælegata, salva Falcid. Et 2. hæc sit: Rogato herede restituere hereditatem, aut hereditatis partem, prælegata in restitutionem veniunt pro ea parte tantum, quam heres capit jure hereditario à semetipso, non à coherede, Et huic secundæ positioni rursus multa opponuntur. Primum opponitur *l. si Titius, D. de leg. 3.* Io cujus specie heres rogatus est restituere hereditatem, & tamen nihil omnino restituit ex fideicommisso, quod à coherede accipit, sed id retinet integrum, & illibatum. Et hujus quoque facilis est responsio, si dicamus *l. si Titius* non loqui de præceptione, sive prælegato, quod, ut dixi, duplici jure capitur, & possidetur, sed de fideicommisso à coherede relicto, quod totum à coherede capitur jure fideicommissi: & ideo retinetur etiam totum, nec ulla ejus pars venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, quia nec ulla pars est hereditaria: quod & de legato damnationis dici potest, cum quis heredi à coherede ita legavit: *heres meus damnas esto illi coheredi tuo dare illam rem, quæ tibi obtigeris in solidum ex divisione hereditatis*. At cum testator heredi legavit per præceptionem, quod *prælegatum* dicitur, hoc modo: *heres meus illam rem præcipito*, tota ea res non capitur à coherede, sed partim à seipso eam capit ut heres, partim à coherede: ideoque eam tantum partem retinet, quam à coherede capit, & aliam restituit, ut rem hereditariam. Deinde opponitur illi secundæ definitioni *l. Titia, D. ad l. Falcid.* In qua ponitur heres rogatus restituere hereditatem, & tamen retinet integra prælegata. Sed ea imputat in Falcid. pro parte certa. Et quæso attendite ad speciem *l. Titia*, quæ omnium judicio non abs re existimatur difficilis. Species *l. Titia* hæc est: Testator Tit. heredem instituit ex parte 3. id est, ex triente, & eidem quædam prædia prælegavit, eumdemque rogavit restituere Cajo hereditatem, retenta 4. parte trientis, ex quo fuit scriptus, id est, retenta uncia, quæ est 12. pars assis. Quæritur utrum Titius debeat etiam restituere prædiorum prælegatorum 3. partem, quam jure hereditario capit, retenta uncia, ut testator cavit, id est 12. parte prædiorum: an vero integra prælegata retinere debeat? Et Julian. in *d. l. Titia*, ait, eum integra prælegata retinere, sed in 4. partem, id est, in unciam hereditatis, quam retinere jussus est; eum imputare 12. partem prædiorum prælegatorum, id est 3. partis prædiorum, quam jure hereditario capit partem quartam. Et hoc ita, ut initio posui, si testator nominatim cavit, ut retineret 4. tertiæ partis

A hereditatis, ex qua institutus fuit, nam & tertia pars prædiorum prælegatorum est in 3. parte hereditatis. Et ut cæterarum rerum 3. partis retinet quartam, ita & 3. partis prædiorum prælegatorum ex jussu testatoris retinet 4. ut eam solam imputet in Falcid. id est 12. partem prædiorum, reliquam retineat, atque & hanc ipsam 12. partem prædiorum, & hanc solam imputet in Falcid. quia hanc solam retinere jussus est. Et placet eum, qui rogatus est restituere hereditatem, non id omne imputare in Falcid. quod ex hereditate habet, sed quod ex judicio defuncti, quatenus jussit, voluitque defunctus, ex hereditate, jure hereditario habet, ut in *l. 3. l. quod autem, D. ad l. Falcid. l. mulier, §. si heres, D. ad Treb.* hoc autem casu nominatim cavit ut haberet 4. tertiæ partis hereditatis .i. unciam. Quod si testator non cavit nominatim ut retineret quar-
B tam, sed simpliciter eum rogavit, ut restitueret hereditatem, vel hereditatis partem tertiam, ex qua fuit heres scriptus, hoc casu placet totam tertiam partem prædiorum prælegatorum, id est, uncias 4. eum imputare in Falcid. quia totam eam 3. partem prædiorum capit jure hereditario, juxta definitionem *l. in quartam, D. ad l. Falcid.* atque ita, ut subtiliter docet *l. Titia*, multum interest contra sententiam testatoris heres inducat Falcid. an ex sententia testatoris: nam si contra sententiam testatoris, qui totam partem tertiam eum restituere rogavit, non adjiciens, ut ejus 3. partis retineret quartam, nihilominus retinebit quartam, sed in eam imputabit totam 3. partem prædiorum prælegatorum, quam jure hereditario capit à semetipso. Sin autem ex voluntate testatoris inducat Falcid. qui nominatim cavit, ut retineret
C Falcid. in Falcidiam imputabit prædiorum prælegatorum 12. tantum partem, id est, quartam 3. partis prædiorum prælegatorum, nempe unciam: hæc est sententia *l. Titia*, ex qua intelligimus rogatum restituere hereditatem, integra prælegata retinere, sed in Falcid. imputare eorum prædiorum 3. partem, si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis, vel imputare in Falcidiam tantum eorum prædiorum 12. partem, si rogatus sit restituere 3. partem hereditatis, retenta quarta. Ergo prælegata non veniunt in restitutionem fideicommissi, sed imputantur in Falcid. modo pro 3. parte, modo pro 12. quod est contra superiorem positionem, quæ statuit prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte capiuntur jure hereditario; difficilius erat exponere *l. Titia*, quam respondere huic argumento: nam ita recte respondebis,
D utrumque esse verum, prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte præcepta sunt jure hereditario, & imputari in Falcid. nempe imputari in Falcidiam, si locus sit Falcidiæ, venire in fideicommissum si locus non sit Falcidiæ, ut in testamento militis, & si coactus à fideicommissario adierit, quo casu amittit Falcid. vel etiam hodie ex *Nov. 1. Justiniani*, si testator prohibuerit Falcid. & venire in fideicommissum similiter in specie *l. Titia*, pro parte 3. si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis ei relictam; vel pro parte 12. tantum, si rogatus sit restituere tertiam, retenta 4. Et rectissime Accurs. in *d. l. Titia*, statuit venire in fideicommissum id, quod imputatur in Falcid. ac præterea objicitur etiam illi secundæ definitioni, sive positioni, quod didicimus, & tractavimus in *l. cum responsa, sup. de legat.* eum, qui omisit
E hereditatem, integrum prælegatum retinere: ergo, inquiunt, in hereditate prælegata non numerantur ulla ex parte, cum omissa hereditate retineantur integra: etiam nihil est, quod tam facile expediri possit: nos loquimur de eo, qui adiit hereditatem, quo casu prælegata numerantur in hereditate pro qua parte heres extitit: illa *l. cum responsa* loquitur de eo, qui omittit hereditatem, quo casu integra prælegata jure legati capiuntur à coherede, non diverso jure: his etiam addamus quandoquidem, & jam explicita quæstio est, interpretationem *l. 1. h. tit.* quæ erit amœnior. Quæstio *l. 1.* est de alimentis menstruis, & vestiario annuo relicto per fideicommissum: pono fuisse relicta per fideicommissum inutiliter: & hæc ita ut ponam, fecit vicinitas *l. 2. h. t.* quæ etiam

est

est de fideicommisso inutiliter relicto, quod tamen pius heres voluntatem defuncti ratam habens solvit, atque præstitit, ut non repetat, quod obtinere etiam in legatis inutiliter relictis, & ultro præstitis ab herede approbante judicium defuncti, nec disputante de jure, atque etiam in libertatibus, ostendit *l. non dubium, sup. de testa. & l. cum quasi, §. ult. D. de fideic. libert.* ubi autem relicta sunt alimenta annua, plura sunt fideicommissa, quot sunt anni, tot sunt fideicommissa, *l. 4. D. de ann. leg.* & si forte sunt relicta inutiliter, forte non adhibito justo testium numero, & heres præstiterit fideicommissum primi anni, non ideo cogitur & sequentium annorum fideicommissum præstare, vel etiamsi secundi anni fideicommissum præstiterit, non jure cogitur & tertii anni fideicommissum præstare, quod est inutile. Verum ex hac l. 1. si primis tribus annis præstiterit fideicommissum alimentorum, & sequentibus annis, quamdiu vixerit alimentarius, fideicommissa præstare compellitur, quia continua illa præstatione triennii videtur per omnia ratum habuisse judicium defuncti: approbatio heredis, sive ratihabitio, quæ colligitur ex præstatione triennii, non si anno tantum, aut biennio præstiterit, facit ut debeatur quod non deberetur, ut sit utile fideicommissum, quod erat inutile, sicut approbatio filii præteriti facit ut valeat testamentum patris, quod erat ipso jure nullum, *l. filio præterito, D. de in. rupt. d. l. cum quasi, §. ult.* neque dicendum est hoc esse receptum favore ultimæ voluntatis, cum idem sit receptum in usuris indebitis, quæ longo tempore præstitæ sunt, ut in futurum etiam præstari debeant, *l. cum de in rem verso, D. de usur.* ubi etiam longum tempus recte finies esse triennium ex hoc loco: satis videtur longo tempore præstitisse, qui triennium perseveraverit in præstandis usuris singulis mensibus. Solebant enim solvi in menses, in calendas, & inde calendarii nomen: neque huic definitioni quicquam obstat *l. creditor, sup. de usuris*, quæ dicit eum, qui solvit sæpe usuras ex consensu, id est, ex pacto, habito inter se, & creditorem, porro non compelli etiam usuras solvere si nolit. Ratio est aperta. quia ex pacto non nascitur obligatio, & usuras solvit ex pacto: non ut debitas igitur jure civili: at in hac specie, & in specie *l. cum de in rem verso*, solvit usuras, vel alimenta ut debita, ut obligatus, non ut ex pacto, quod non obligat. Et præterea ex judicio defuncti, & ratihabitione heredis constituitur obligatio. Ergo & in futurum præstanda sunt alimenta, quæ quis triennio præstitit. Sic etiam respondendum est ad *l. si certis annis, sup. de pact.* ubi qui ex pacto, ut ait nominatim, solvit reditus aliquantum temporis, deinceps etiam non cogetur solvere, quia solvit ut ex pacto, & ex pacto non est obligatio. Sic etiam respondemus ad *l. operis non impositis, de oper. libert.* Libertus, cui non erant impositæ operæ, id est, qui non debuit operas, eas tamen præstitit ex pactione, ex voluntate, an invitus cogetur præstare easdem operas? minime: quia eas præstiut ex voluntate nuda, animi gratia, quod neminem obligat, neque in futurum, neque in præteritum: non præstitit eas, ut obligatus, ut confitens se eas debere, sed animi gratia. Et ita dicimus eum, qui habet immunitatem ne gerat munera publica invitus, qui habet hoc privilegium non amittere privil. si voluntarie munus suscipiat, *pour son plaisir*, non ideo cogetur & in futurum quæcumque munera publica oblata suscipere: quod quis ultro, & liberaliter munus Reipub. suscipit, non labefactat privilegium ejus, *l. 2. ff. de privileg. veter. l. voluntariæ, sup. de excus. tut.* quod notandum. Et ita etiam, quod solvi ex mera liberalitate, aut ex causa inefficaci ad obligandum, non labefactat immunitatem meam, quia id præstare obligatus non sum, sed quid præsto ut obligatus, ita ut videar fateri esse obligatus, & perseverem præstare sat longo tempore, & maxime si approbo judicium defuncti sciens, quantumvis licet irritum sit, obligabor & idem præstare in posterum. Et hæc est hujus quæstionis definitio. Hic tit. non tantum est de fideicommissis specialibus, id est, singularum rerum, sed etiam de universalibus, id est, de fideicommissariis hereditatibus, ut patet ex *l. 3. §. 12. & 15. & ex l. cum virum*: cujus quæstiones heri absolvimus, & ex *l. eam, quam, ex l. cum acutissimi, & ex l. ult.* nam & quod dicitur de universalibus fideicommissis, facile trahitur ad fideicommissa specialia, ut quod dicitur in *l. cum acutissimi*, de fideicommisso hereditatis, constat pertinere etiam ad fideicommissum speciale, & legatum, ex *l. generaliter, in fine, sup. de instit. & subst.* comprobatur autem in *d. l. cum acutissimi, & d. l. generaliter*, in utraque responsum Papinia. quod extat in *l. cum avus, ff. de cond. & demonst.* qui fideicommisso hereditatis relicto à filio, vel nepote, vel pronepote, primus respondit, semper fideicommisso inesse tacite hanc conditionem, *si filius, vel nepos, vel pronepos sine liberis decesserit, ut tum hereditatem restituat*, ducta conjectura ex pietate parentis, quam admittit Justinian. in *d. l. generaliter*, etiamsi non justi, & legitimi liberi, sed naturales instituti proponantur, & onerati fideicommisso universali post mortem suam. Conditio tamen illa, quæ subintelligitur, *si sine liberis decesserit*, accipienda tantum est de justis liberis, non de naturalibus, si sine liberis justis decesserit, nisi alia fuerit mens testatoris, quia vix unquam quisquam alium invitat ad procreationem liberorum injustorum, sive naturalium, qui & nothi, & obliqui, & degeneres dicuntur. Extraneo autem herede instituto, & rogato restituere hereditatem, non subintelligimus eandem conditionem, quia in extraneo cessat pietatis conjectura, quæ Papinian. permovit. Et hac de re quidem satis. Veniamus ad *l. eam, quam*, cujus interpretatio finem adferet huic tit. Male fere omnes Doctores, ut notatur in ipso summario legis, sequuti Azonem, censent hanc esse sententiam *l. eam, quam*, ut si institutio heredis nulla sit ob errorem testatoris, qui, puta, puellam heredem instituit, ut filiam adoptivam, cum jure non esset adoptata: Institutionem quidem nullam esse. Et ita si institutio nulla sit ob errorem illum testatoris, legata tamen, & fideicommissa conservari, & præstari à legitimo herede testatoris ab intestato. Primum, ut refutemus hanc communem interpretationem, *lex eam, quam*, non ponit testatorem puellam instituisse ut filiam adoptivam, non instituturum, si non jure factam adoptionem fuisse nosset, quod exigitur, ut institutio nulla sit, *l. 4. & l. 7. sup. de hered. instit. l. neque, sup. de testam.* Sed lex ait simpliciter, *eam, quam frater tuus instituerat*, nec addit, *ut filiam*, & quod ait *eam, quam, &c.* appellatur ea forma loquendi *Syllepsis*, & est similis in *l. filium, quem, sup. famil. ercisc.* & in *l. filiusfamil. §. divid. de leg. 1. & l. qui Romæ, §. Flavius, ff. de verb. obl.* Et illo loco: *eunuchum, quem dedisti nobis, quas turbas dedit. Et populo, ut placerent, quas fecisset fabulas, & quas faciet de integro comœdias spectandæ, an negligendæ sint vobis prius*: non ponit, inquam, ea lex eam puellam fuisse institutam, ut filiam, imo vero cum ponat testatorem ei substituisse pupillariter per fideicommissum, ex eo apparet eum, ut extraneæ substituisse: nam ut filiæ jure adoptatæ, substituisset pupillariter verbis directis. Et præterea lex significat puellam posse adire hereditatem. Et si adierit, fideicommissum ab ejus heredibus præstari. Ergo institutionem non esse nullam. Denique non fuisse institutam ut justam filiam, alioqui institutio esset nulla, nec posset ex ea adire, nec heredes ejus ex ea institutione relictum fideicommissum præstare compellerentur. Item lex non dicit fideicommissum deberi, puella non adeunte hereditatem, aliter quam si & ei relictum sit ab intestato à legitimis heredibus testatoris. Ac præterea de fideicommisso loquitur, non de legato: fideicommissum potest relinqui ab intestato, non legatum, *l. si Titio pecunia, §. 1. ff. de leg. 1. l. ult. ff. de leg. 3.* Et postremo quod statuunt ex hac una lege, ut ostendi, male accepta, vel contorta, si institutio fuerit nulla, quod ita statuunt ob errorem testatoris, cætera conservari, hoc nunquam mihi probabunt, nisi ex hoc uno loco male contorto, ut ostendi, quia repugnat ratio

juris.

juris, cum institutio sit caput, & fundamentum totius testamenti, qua deficiente omnis scriptura testamenti corruit, & collabitur, *l.9. ff. de testam. tut. l.3. §.1. ff. de legat. l.3. §. ult. ff. ut in poss. legat.* Itaque facessat ista interpretatio Azonis, & amplectamur magis speciem, quam priore loco ad hanc legem apposuit Accurs. noster, quam vobis exponam latius, & diligentius: nam hac specie legis sola bene posita, velut aditu, januaque patefacta, facile perveniemus ad verum sensum legis. Species hæc est: Quidam puellam impuberem sui juris arrogavit pro filia, sed non rite, non jure; quia non arrogavit eam solemniter, & causa cognita apud principem, uti oportet, *§. cum autem, Instit. de adopt.* non est igitur filia. Deinde moriens eam heredem instituit, & ei substituit pupillariter in secundum casum, non verbis directis, quia nec valuisset substitutio, sed verbis precariis, & simpliciter, hoc modo: *Si filia heres mea intra pubertatem decesserit*, id est, ante impletum 12. annum ætatis, *bona mea ad Titium, & Sempron. pervenire volo: volo*, est verbum precarium, *simpliciter* substituit, ut ait lex, quia scilicet non designavit personam, à qua fideicommissum relinqueret, quamvis fideicommisso hereditatis oneraret. Quo genere videtur generaliter fideicommissum hereditatis reliquisse ab omnibus, qui & heredes extitissent, sive ex testamento, sive ab intestato. *Simpliciter* ergo in hac lege in hac parte, id est, generaliter, non nominatim, ut in *l. si domus in pr. D. de leg. 1.* Postea mortua est puella intra pubertatem, atque ita dies fideicommissi cessit. Quæritur à quo præstandum sit fideicommissum Titio, & Sempronio. Et distinguimus: aut puella adiit hereditatem ex testamento, aut non: si adiit, fideicommissum ab ejus heredibus debetur, hoc est certissimum: dico si adiit, quia cum non fuerit jure adoptata, extranea heres fuit, non sua. Extraneus non potest adquirere hereditatem sine aditione, nec transmittere in heredes non aditam. Si esset jure adoptata, esset in familia, & potestate adoptatoris, ac proinde ei sua heres esset, & statim ei heres existeret ipso jure, sine aditione, *l. in suis, D. de suis, & legit. hered.* Et transmitteret hereditatem ad heredes suos, *l.3. sup. de jure delib.* Et similiter ab ejus heredibus deberetur fideicommissum. Sed quia non fuit sua heres, id est, non fuit filiaf. sed extranea heres, ideo lex aditionem desiderat, ut ab ejus heredibus fideicommissum debeatur: nam si non adiit hereditatem ex testamento, fideicommissum debetur à legitimis heredibus testatoris ab intestato, non ab heredibus puellæ, quia qui simpliciter substituit, & generaliter verbis precariis videtur porrexisse preces suas ad omnes successores suos, sive jure testati venirent, sive jure intestati. Et hoc est, quod ait illo loco, *nihil prohibet fideicommissum petere vel ab ipsius puellæ heredibus, vel qui bona intestati tenent:* & subjicit, nihil obstare regulam juris, quæ vult, non adita hereditate ex testamento, nihil eorum valere, quæ in testamento scripta sunt, *l. si nemo, D. de regul. jur.* Ergo si puella non adierit hereditatem ex testamento, non deberi fideicommissum hereditatis, hoc est non valere substitutionem pupillarem ei factam verbis precariis, non tantum, ut hoc interim admoneam, substitutio pupillaris facta precario, sed quæcunque substitutio precaria appellatur hereditas fideicommissaria. Et retro omnis hereditas relicta per fideicommissum dicitur substitutio, precaria scilicet. Et hominis est non versati in libris juris dicere, quod dixit Antonius, id tantum fideicommissum hereditatis appellari substitutionem precariam, quod relinquitur in casum mortis pupillæ, ad exemplum pupillaris substitutionis directæ. Ergo videbatur obstare illa regula juris, id est, ex ea videbatur quis efficere posse, non adeunte puella hereditatem, non valere substitut. pupill. ei factam verbis fideicommissi. Et vero si facta esset substitutio pupillaris puellæ heredi institutæ verbis directis, hoc modo, *si intra pubertatem decesserit, Titius, & Sempron. heredes sunto*, ea non adeunte hereditatem, evanesceret substitutio pupill. *l.2. §. quisquis, D. de vulg. subst.* Denique herede impubere instituto non adeunte,

A vel eo adeunte, & substitutis non adeuntibus directo, sibi delatam hereditatem pupilli ex substitutione pupillari, substitutio pupill. evanescit, si ipse non adeat, quia nec substituti adire possunt. Si adeat, quia substituti non adierunt ea mortua intra pubertatem: hoc ita in substitutione pupillari directa. At in hac specie fuit facta substitutio pupillaris per fideicommissum, & *simpliciter*, ut ait lex, adeo ut successores ab intestato rogati intelligantur Titio, & Sempronio hereditat. restituere. Quamobrem puella mortua intra pubertatem nondum adita hereditate, Titius, & Sempronius non possunt quidem adire hereditatem, quia fideicommissarii dicuntur postulare, & recipere hereditatem, non adire, sed postulare possunt eam hereditatem à legitimis heredibus testatoris, eosque cogere, ut adeant ipsi hereditatem, ac deinde restituant B sibi, quod non tantum testamentaria heres, sed & ipsi generaliter, ea omittente testamentum, videantur eodem fideicommisso onerati: & opposita hæc sunt in hac *l. adire hereditatem, & postulare hereditatem:* aditur jure directo, postulatur jure fideicommissi, non aditur: in illo loco, qui notandus est, *cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cum illa ipsa sic data est, ut esset ab intestato successoribus postulanda*, sic est legendum *cum verbis directis*. Et ne quæ relideat difficultas, cum hereditas relicta est substitutis verbis directis, tunc valet regula, quæ objicitur, & cum potuit adiri hereditas. At non adeunte instituto, nec potuit adiri à substituto verbis directis, à substituto autem verbis precariis, nunquam aditur hereditas, sed postulatur. Et jure postulatur etiam destituto testamento, cum proponitur testator generaliC ter eodem fideicommisso onerasse omnes successores suos quoquo jure succederent testati, vel intestati. Et ita callemus pulchre sensum hujus l. ex quo breviter colligimus, fideicommissum testamento relictum non deberi ab herede heredis instituti, si heres institutus ex testamento non adierit hereditatem, ut in *l.9. hoc tit.* quæ est conjungenda, ut inscriptio, & subscriptio docet cum *l. 14. sup. de testam.* in utraque ita posita specie communiter, ut voluerit quis facere testamentum, non codicillos, idque appareat ex institutione, & exheredatione, quam in eo instrumento scripsit, quæ non scribitur in codicillis, quia codicillis directo, neque datur, neque adimitur hereditas, nec inquam, appareat ex eo, eum voluisse facere testamentum, non codicillos, nec tamen testamentum jure perfecisse. Et ait nec fideicommissa quidem ex eo D testamento deberi veluti ex codicillis, quia non codicillos, sed testamentum facere voluit, ut in *l. ex ea scriptura, ff. qui testam.* Ex ea scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabatur, id est, ut Græci breviter vertunt ἀπὸ ἐγγράφου, ex ea scriptura, ex eo libello, ex ea schedula: si nullo jure fuerit perfectum testamentum, neque fideicommissi verba valere debere. Merito igitur ita concludemus ex *l. eam, quam*, fideicommissum testamento relictum non deberi ab herede heredis instituti, si ab herede instituto ex testamento adita hereditas non fuerit, sed addendum ex eadem *l. & ex d. l. 29.* deberi tamen fideicommissum à legitimis heredibus testatoris, si & ab intestato succedentes rogati probentur, vel rogati intelligantur & generali, & simplici sermone testatoris, ut in specie hujus l. vel ex clausula codicillari, vel ex aliis conjeE cturis, & breviter omnibus undecim casibus, quos studiose collegit Accurs. in hac l. in quibus perscrutandis vos exerceatis, abrogato tamen casu 12. & 13. quos etiam interpretes omnes rejiciunt jure meritoque.

AD



AD TITULUM XLIII.

COMMUNIA DE LEGATIS, ET FIDEICOMMISSIS.

IN superioribus tit. multa exposita sunt, quæ ubique notavi satis diligenter, quæ semper fuerunt, & sunt etiam hodie communia legatis, & fideicommissis: in hoc autem tit. proponuntur quæ cum ante non fuissent communia, Justinianus communia fecit: ac primum quidem in *l.1. hoc tit.* Justin. communes facit actiones leg. & fideicommissorum. Qua in re ante Justinianum magna erat differentia inter legata, & fideicommissa, at- B que etiam inter ipsa genera legatorum: nam legata petebantur per actionem, & per judicem datum specialiter in causa legati, *l. si quid ex Pamphila*, *D. de leg.2.* Et si erant relicta per vindicationem hoc modo, *Do, lego*, vel *capito*, *aut sumito*, *aut habeto*, legatum petebatur vel per actionem ex testamento, quæ est in personam, vel per actionem in rem, quia & hoc genere legati testator vindicandæ rei legatæ potestatem facit, cum ait, *capito tibi*, *aut tibi do, lego*. Et hoc ostenditur in *l. cum filius*, *§. penult. D. de leg.2. l. hujusmodi*, *§. ult. & l. seq. & l. si servus*, *§. cum homo*, *D. de leg.1. & l.3. sup. de leg.* vel etiam per actionem ad exhibendum, aut in factum, ut in *l. si heres rem legatam*, *D. de leg.2. l. quod legatum*, *D. de judic.* utra scilicet maluisset legatarius uti: nam plures actiones dantur, non ut omnibus legatarius utatur in solidum, C vel pro parte legati: non in solidum, quia testator semel tantum dari voluit: non pro parte, quia legatum in partes scindi non potest, sed dantur plures actiones, quemadmodum ostenditur in *d. §. pen.* ut laxior sit agendi facultas, & ut ex multis, quæ suppetunt, legatarius eligat unam, cujus beneficio perveniat ad legatum. Legata autem per damnationem relicta, veluti *heres meus illi dare rem illam damnas esto*, & ita Græci interpretantur *καταδικάζω σε*, *damno te*, vel etiam legata relicta sinendi modo, ita scilicet, *heres meus sinito illam rem illum sumere*, *& sibi habere*, hæc petebantur tantum per actionem in personam, *Aio te mihi dare oportere*: *aut quod damnavit testator ut mihi dares*, *id mihi dari oportere*. Legata autem relicta per præceptionem, quæ heredibus solis relinquuntur hoc modo, *heres meus illam rem præcipito*, *sive* D *præcipuam habeto*, extra partem hereditatis scilicet, hæc veniebant in actionem famil.ercisc. *l. heredes*, *§. ult. l. rem*, *D. famil. ercisc.* fideicommissa autem non petebantur per actionem jure ordinario, non per formulam, ut ait Ulpia. *lib. reg. tit. de fideicommissis*. Non ergo per judicem specialiter datum in causa fideicommissi, sed per extraordinariam persecutionem, interventumque ipsorum magistratuum, veluti consulum, aut prætoris fideicommissarii in urbe, vel præsidum in provinciis, ut in *l. pecuniæ*, *§. persecutionis*, *ff. de verb. signif.* fideicommissa non erant ordinarii juris, ideoque de fideicommissis non dabatur judex specialis, qui ex formula ea de re cognosceret, & arbitraretur, sed ipsius magistratus cognitio erat, & omnis cognitio magistratus extraordinarium judicium est: nam jure ordinario magistratus non cognoscit de causis, sed E dat judices, qui cognoscant speciales in quaque causa, judices pedaneos, judices delegatos. Sed & fideicommissorum nomine olim fiebat quædam solemnis in rem missio adversus extraneos possessores rerum per fideicommissum relictarum, vel rerum hereditariarum, herede scilicet non existente solvendo, ut ait Novella 39. *ἐξ ἀπορίας*, id est, herede non existente solvendo, quæ solemnis in rem missio non fiebat in legato vindicationis, ut recte Græci interpretes notant hoc loco: & longe diversa erat à missione in possess. rerum omnium hereditariarum, quæ fit communiter legatorum, aut fideicommissorum servandorum causa, herede non cavente legatorum, aut fideicommissorum nomine, quo genere pignus Prætorium

A constituitur, de quo est *inf. tit. 53.* Et hæc quidem ita se habuerunt ante Justinianum. At ex constit. Justinian. id est, ex *l.1. hoc tit.* quam in *Instit.* ait se fecisse cum magna lucubratione, & sane est plenissima juris, perfectissimaque constitutio, quæ nihil omittit, & in qua nihil possis jure desiderare, ut omnes constitut. Justiniani sunt eruditissimæ, utpote conditæ à maximo J. C. nempe Triboniano, qui fuit alter Papinianus studiosissimus juris veteris, & sine quo periissent omnes libri veterum J. C. quorum ille solus copia abundabat ætate Justiniani. Ex hac constitutione, inquam, de legatis omnibus cujuscumque generis, & fideicommissis tres competunt actiones ordinariæ: actio ex testamento, vel ex codicillis, actio ex ultima voluntate, quæ est in personam heredis: vel ejus, à quo fideicommissum B relictum est, & actio in rem ad vindicandam rem, quæ relicta est, si res testatoris fuerit, non si aliena, non si heredis propria, quæ legata sit, cujus etiam testator vindicationem dare non potuit: & 3. actio hypothecaria ad persequendam possessionem rerum hereditariarum pro quantitate legati, aut fideicommissi: non etiam rerum heredis, vel ejus, à quo fideicommissorum nomine res omnes hereditariæ tacito jure legatariis, aut fideicommissariis pignori, hypothecæve obligatæ sunt: potuit testator ipse in testamento legatariis, aut fideicommissariis res hereditarias pignoris jure obligare, ut ait hoc loco Justinian. & probat *lex fundus*, *de ann. legat. & l. Lucius, de alim. legat. & l. non est*, *de pign. action.* Ergo, inquit, potuit & Imp. eisdem legatariis, vel fideicommissariis dare tacitam hypothecam in omnibus rebus he- C reditariis, etiamsi de eo nihil caverit ipse testatur, nihilve convenerit inter heredem, & legatarios, aut fideicommissarios, quasi ex tacita voluntate testatoris, vel ex tacita conventione. Igitur non possunt non pervenire ad legata, vel fideicommissa ii, quibus relicta sunt, cum omnis hereditas eo nomine eis tacite pignorata intelligatur. Ex maxime, inquit, in hac *l. Si legata*, *aut fideicomm. piis actibus destinata sint*, in quibus tamen hoc non est præcipuum: Nam animus est Justinian. ut & aliorum legatorum nomine, quæ non sunt destinata piis actibus, vel usibus, competat actio hypothecaria. Id tamen esse præcipuum in legatis destinatis piis actibus, ut si per errorem solvantur, cum jure non debentur, repeti non possint condictione indebiti, *l.45.* quæ est Græca *sup. de episc. & cler.* cujus fit mentio in fine *tit. de obligat.* D *quasi ex contractu in Instit.* ergo de legatis omnibus, & fideicommissis hodie tres illæ actiones competunt: & sublata est illa solemnis in rem missio, quæ fiebat fideicommissorum nomine, quia sufficiunt illæ tres actiones. Et notandum est, huic constitutioni locum esse, ut legatorum, & fideicommissorum nomine omnes res hereditariæ pignori obligatæ sint, non tantum si ab herede legatum, aut fideicommissum relictum sit, sed etiamsi à legatario, vel fideicommissario, vel alio, à quo fideicommissum relinqui possit, ut ait, veluti à donatario mortis causa, à debitore ex constitutione D. Pii, à legitimo herede, ab herede heredis, vel legatarii, à patre, vel domino heredis instituti, quia ab iis personis relictum fideicommissum non valet, nisi ad eas aliquid pervenerit ex rebus defuncti, judicio defuncti, *l.6. in fi-* E *ne*, *de leg.3.* Et hæ ipsæ res, quæ ad eos pervenerunt eo defuncto fideicommissi nomine, quod ab eis relinquitur, tacito intellectu hypothecæ obligatæ sunt, earumque persequutio est per actionem hypothecariam, & recte ait, & custodite in *hac l.1. fideicommissum*, quoniam à legatario, vel fideicommissario, vel cæteris, quos enumeravi, nondum potuit legatum relinqui. Sed postea placuit Justiniano, ut & ab iis legatum relinqui posset, ut fideicommissum in *l.2.* hujus tit. ad quam transeamus, quoniam satis abunde diximus de *l. 1.* Lex prima fecit communes actiones legatorum, & fideicommissorum: lex secunda ejusdem Justiniani facit communia verba legatorum, & fideicommissorum, imo & communia jura legatorum, & fideicommissorum, communia

verba

verba facit, quia vult; ut legatum, vel fideicommissum faciat sola voluntas defuncti, non verba directa legatum, ut olim, & verba precaria fideicommissum: denique ex sententia Justiniani, legatum est, quod legatum defunctus esse voluit, quamvis reliquerit verbis precariis, & inflexis, qualia sunt, ut ait recte, *mando*, *rogo*, *volo*, *fideicommitto*. Et similiter fideicommissum est, quod defunctus fideicommissum esse voluit, quamvis defunctus id reliquerit verbis directis, & civilibus, quale est inquit, verbum *jubeo*, rectissime: nam tantum abest, ut Ulpianus in fragmentis scripserit verbum *jubeo*, esse precarium, ut nominatim scribat libertatem ita directo dari, *illum liberum esse jubeo*, & hereditatem similiter, *illum heredem esse jubeo*, & legatum quoque per damnationem hoc modo, *heredem meum dare jubeo*: Ergo *jubeo* est verbum directum Ulpiano, sed addidit Justinian. in hac *lege penult.* temperamentum veluti quoddam, *forte* scilicet, *jubeo* esse verbum directum: *forte*: nam videtur plerisque esse verbum commune legati, & fideicommissi. Sane fideicommisso aptatur in *l. Aurelius*, *§. ult. D. de liber. leg.* Ambiguitas verbi fecit ut adderet *forte*, quam ambiguitatem etiam refert Justinian. in hac *l.2.* fuisse verbo Græco ἐνορκῶ: sic legit rectissime doctissimus Haloander, sic habent innumeri libri manuscripti, non divisim, ut Alciatus legit ἐν ὅρκῳ *in jurejurando*, quoniam manifeste lex agit de unico verbo, & ut ante de verbo *rogo*, *volo*, *mando*, *jubeo*, ita & mox de verbo ἐνορκῶ, quod est adjuro, sive jurejurando convenio, vel obtestor, ut des, vel facias, eadem forma composito, qua verbum ἐνορκῶ, quod est liquido juro: & est frequentissimum testatores cum jurisjurandi obtestatione heredes onesare legati, aut fideicommissi præstatione, ut in *l. 3. ff. de jur. fisc. per Deum rogo te heres mi, ut illi des fundum*: & in *§. 1. Institut. de fideicomm. heredit. Per salutem principis peto, ut illi des illam rem*, & in *l. cum pater*, *§. filius*, *ff. de leg. 2.* qui locus est summe notandus, ponitur testator cum jurisjurandi religione rogasse tabulis data fideicommissa præstare, quæ enixæ preces, ut ait lex, id est, omni nixu effusæ per omnes Deos adjurato herede effectum sunt habituræ, etiamsi ab intestato, non ex testamento heres rem obtineat, licet non sit adjecta clausula codicillaris, quia valde vult dari, & omnino dari id, de quo adjurat heredem, & obtestatur, sive obsecrat, valde cupiens, prægestiens animo id dari, quod obsecrat, & obtestatur dari, ideo tale fideicommissum etiam ab intestato debetur: male Alciatus hoc loco, & Accurs. etiam hoc modo ponit exemplum: Si quis scripserit in testamento, *jure me daturum Titio* 100. nam ex hac scriptura neque legati, neque fideicommissi petitio est, *l. Titia*, *in prin. ff. de leg. 2.* male item Accurs. ponit exemplum in conditione jurisjurandi scripta hoc modo, *ille heres esto*, *si juraverit se daturum Cajo decem millia*, quia & conditio illa neque legatum facit, neque fideicommissum: sicut quem pono in conditione, ut dicunt nostri, non pono etiam in dispositione. Ac præterea etiam illa conditio jurisjurandi jure prætorio remittitur, ut & ipse Accurs. notavit in *l. quæ sub conditione*, *in princ. ff. de condit. instit.* communia etiam in hac *l.2.* Justinian. facit jura legatorum, & fideicommissorum: quomodo? Ita scilicet, ut jura fideicommissorum, quæ fuerunt humaniora, ut ipse ait, & pinguiora, sive locupletiora communicentur legatis, puta ut hodie legatum possit relinqui non tantum ab herede instituto in testamento, sed etiam ab herede legitimo, & à legatario, & à fideicommissario, & ab herede heredis, ut fideicommissum, & ab aliis omnibus, quos enumeravimus in *l.1.* Et consequenter, ut & hodie legatum nutu relinqui possit, ut fideicommissum, vel in libello, & in epistola fideicommissaria. Contra quoque ut quod amplius juris est in legatis, communicetur fideicommissis, puta, ut iisdem actionibus petantur fideicommissa, quibus legata, ut non tantum legata, sed etiam fideicommissa jure ordinario debeantur: & ut non tantum legatorum, sed etiam fideicommissorum dominium transferatur in accipientem. Et jam ut legata non censeantur ex rigore juris civilis, nec strictius accipiantur, sed ex sola voluntate defuncti, quæ legitima sit, ut hæc sola dominetur tum in legatis, tum in fideicommissis, denique ut per omnia, & in omnibus exæquata sint legata fideicommissis, quod primus Justinian. introduxit in hac *l. 2.* Et qui putant idem Ulpian. scripsisse in *l. 1. ff. de leg. 1.* profecto maximo in errore versantur: Nam Ulpia. non dixit per omnia, & in omnibus exæquata esse legata fideicommissis, ut in *l.2. §. pen. D. de in. codic.* dicitur per omnia, & in omnibus furiosum absentis, & quiescentis loco haberi, sed Ulpian. tantum dixit, per omnia exæquata esse legata fideicommissis. Et quærendum nunc qua in re sint per omnia exæquata. Non enim tunc erant exæquata in omnibus. Et hoc inscriptio legis indicat, quæ sumpta est ex *lib.67. Ulpiani ad edictum*, quo tractavit de lege Falcidia, & de interdicto *quod legatorum*, quod datur tantum propter retentionem Falcidiæ adversus legatarium, vel fideicommissarium, qui quod sibi relictum erat occupavit: & in hac parte juris, quæ est de lege Falcidia, per omnia exæquata sunt legata fideicommissis. Idque ex Senatusconsulto Pegasiano: nam ex lege Falcidia quadrans retinetur tantum ex legatis, sed ex Senatusconsulto Pegasiano, lex Falcidia porrigitur etiam ad fideicommissa, atque ita Falcidia detrahitur ex legatis, & ex fideicommissis specialibus, & universalibus, & interdictum quod legatorum ad retinendam Falcidiam datur, non tantum legatorum, sed etiam fideicommissorum nomine, *l.1. ff. quod legat.* quæ est ex eodem libro Ulp. ut quæ imputantur in Falcid. legatorum, eadem etiam imputentur in Falcid. fideicommissorum, aut quæ non imputantur in legatis, non imputentur etiam in fideicomm. *l. in quartam*, *ff. ad l. Falcid.* ut plane Ulpian. non scripserit *in omnibus*, quod primus Justinian. introduxit, sed in l. Falcid. exæquata esse legata fideicommissis.

Ad L. ult. Si duobus, vel tribus *hominibus*, *vel pluribus forte optio servi*, *vel alterius rei fuerit relicta*, *vel si uni quidem legatario optio servi*, *vel alterius rei relicta est*, *ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes*: *dubitabatur inter veteres si inter legatarios*, *vel heredes legatarii fuerit certatum*, *& alter servum*, *vel alteram rem eligere velit*, *quid sit statuendum*. *Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus rei judicem fortunam esse*, *& sortem inter altercantes adhibendam*: *ut quem sors prætulerit*, *is quidem habeat potestatem eligendi*, *cæteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium*: *id est*, *servis quidem*, *& ancillis majoribus decem annis*, *si sine arte sint*, *viginti solidis æstimandis*, *minoribus vero decem annis*, *non amplius*, *quam in decem solidos computandis*: *sin autem artifices sint*, *usque ad triginta solidos æstimatione eorum procedente*, *sive masculi*, *sive feminæ sint*: *exceptis notariis*, *& medicis utriusque sexus*: *cum notarios quinquaginta solidis æstimari velimus*, *medicos autem*, *& obstetrices sexaginta*. *Eunuchis minoribus quidem decem annis*, *usque ad triginta solidos valentibus*: *majoribus vero usque ad quinquaginta*: *sin autem artifices sint*, *usque ad septuaginta*.

Ad §. Sed & si quis *optionem servi*, *vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario*, *sed quem Titius forte elegerit*, *Titius autem vel noluerit eligere*, *vel non potuerit*, *vel morte fuerit præventus*: *& in hac specie dubitabatur apud veteres quid statuendum sit*: *utrumne legatum exspiret*, *an aliquod ei inducatur adjutorium*, *& viri boni arbitratu procedat electio*. *Censemus itaque si intra annale tempus ille*, *qui eligere jussus est*, *hoc facere supersederit*, *vel minime potuerit*, *vel quandocumque decesserit*: *ipsi legatario videri esse delatam electionem*: *ita tamen*, *ut non optimam ex servis*, *vel aliis rebus quidquam eligat*, *sed mediæ æstimationis*: *ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus*, *heredis commoda defraudentur*.

Ad §. Sed quia nostra *majestas per multos casus*, *legatariis*, *& fideicommissariis prospexit*, *actionesque tam personales*, *quam in rem*, *& hypothecarias dedimus*, *& in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est*, *& ad hanc legem*

pervenimus. Nemo itaque heres ea, quæ per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: sed sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare: quia satis absurdum est, & irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ, pignorisve nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere.

Ad §. Sin autem *sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum, vel fideicommissum universitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione melius quidem faciet. si & in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem, vel hypothecam prosilierit, sciat, quod conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur: & sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare, nullo obstaculo ei à detentatoribus opponendo.*

Ad §. Emptor autem sciens *rei gravamen, adversus venditionem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione adversus debitorem competente: ut ex omni parte, omnique studio, id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, & ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emptoribus integra jura, & nulla modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Dat. Calend. Sept. Constantinop. post consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.*

Restat *l.3.* hujus tit. Constitutio Justin. est, quæ de tribus quæstionibus juris aliter statuit, quam fecerint veteres juris auctores: 1. quæstio est de optione legata servi, vel alterius rei, pura, ut ex multis suis, vel aliis rebus hereditariis, quam legatarius elegerit, eam uti capiat, & sibi habeat, quæ pertinet etiam ad optionis fideicommis. nam post l. quis dubitat, quæ Justinian. constituit de legatis, omnia pertinere etiam ad fideicommis. quasi æqualia? Et quæstio hæc est. Si pluribus sit legata optio servi, vel alterius rei hereditariæ, vel si uni sit legata, & is post diem legati cedentem, antequam eligeret, decesserit, relictis pluribus heredibus, & plures legatarii, vel plures heredes unius legatarii in eligendo servo non consentiant, alio alium servum, aliamve rem eligere cupiente: quæritur quemadmodum res dirimenda sit: nam plerique existimabant, eos, qui non consentiunt, invicem sibi obstare, id est, se invicem excludere petitione legati, denique legatum intercidere, quod erat inhumanum. Et ideo Justinian. in hac *l.3.* mavult hujus rei sortem judicem facere, id est, fortunam, ut ait recte: nam & fors, & sors idem est, & in S. C. relato *l.2. ff. de bon. eorum, qui ante sent. mort. sibi consc. cum damnatus nemo videri possit in hunc annum, antequam de eo sorte judicium Romæ redditum, & pronuntiatum esset*: *sorte*, id est, *forte*, ut in *l. Corn. ff. de sica. ut is prætor, judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, ejus, quod in urbe Romæ prope mille passus factum sit, uti quærat cum judicibus, qui ei ex lege sorte obvenerint*. Et ita in proposita specie ex sententia Justiniani, cui sortis felicitas dederit electionem, in electione potior erit, & cæteris præstabit ejus rei, quam elegerit portionem contingentem: sic appellat, quod Græci *τὸ ἐπιβάλλον μέρος*, ut & *l. domino, ff. ad S. C. Syllanian. l.1. §. quis autem, ff. quod legat. l. ult. sup. depos.* ergo cæteris collegatariis, vel coheredibus præstabit contingentis, sive ratæ portionis æstimationem, quoniam rem ipsam aspernantur, & is, qui elegit, munere, & beneficio sortis rem solidam retinebit. Æstimationem quoque taxat Justinian. hoc loco, scilicet, si servi optio legata sit, pro ætate servorum, & qualitate majores decem annis pluris faciens, quam minores, & eunuchos, quam integros, quod olim servi pretium produceret excisio, viri, vel *πίστιος εἵνεκα*, id est, *fidei gratia*, ut ait Herodotus in *οὐρανίῃ*, vel muliebrium libidinum causa. Et pluris peritos, quam imperitos. Notarios autem, & medicos supra omnes, ut & in *l.1. inf. de comm. serv. man.* Sortem vero judicem facere, & fortunam in jure novum non est: nam & coheredes inter se sortiri licet apud quem remaneant cautiones hereditariæ, *l.5. ff. famil. ercisc.* & sortito hereditatem dividere in *l.2. sup. quando, & quib. quarta pars, lib.10.* Et in duplicibus judiciis, quæ scilicet redduntur inter coheredes, vel consocios, vel confines: cum se invicem provocant ad judicium divisionis, si quæratur litis ordinandæ gratia uter sit actor, uter reus, res sorte discernitur, *l. sed cum ambo, ff. de judic.* nec dicas, quod objicit Accurs. rem frustra permitti sorti, cum prætor viribus imperii sui possit eos, qui inter se dissentiunt compescere, & compellere ad consentiendum, quod ostendunt loci adnotati ab Accurs. Nam prætor ipse mavult sæpe rem sorti permittere, quam partes suas interponere, ne subeat suspicionem ambitionis, vel gratiæ, *de faveur*, ut eleganter ait *l. generaliter, §. quid ergo, ff. de fid. libert.* Et non solet etiam prætor nisi novissime, & ad extremum sem sorti committere. Quint. *lib.7. cap.1. Scio esse quæsitum utra pars deberet prior dicere, quod in foro vel ex atrocitate formularum, vel ex modo petitionum, vel novissime sorte dijudicatur*: est locus elegantissimus, nec sapientissimi etiam Hebræorum in judiciis, sive in causis dirimendis abstinuerunt judicio sortis, sive fortunæ, ut *Trov. cap.18. Litis finit sors est, & controversias potentiarum dirimit*. Et valde placet etiam quæ illi proxima est sapientissimi viri sententia, *Justus accusator initio est sui*, inquit, *postea inquirit in alium: Nam qui alium incusat probri, cum ipsum prius se intueri oportet*: alioquin nec legibus auditur, *l. in arenam, sup. de inoff. test. l.7. ff. si quis omis.* Nam stultitiæ est propeium aliorum vitia cernere, oblivisci suorum. Et ex hac decisione Justiniani etiam intelligimus optionis legatum hodie non esse conditionale, quandoquidem si is, cui optio legata est servi, vel alterius rei, decesserit antequam eligeret, jus eligendi transmittitur ad heredem, vel ad heredes ejus ex hac l. quod non transmitteretur si conditionale esset legatum. Et vero in hoc valde est nova constitutio Justinian. nam olim optionis legatum pro conditionali habebatur, nec transmittebatur ad heredem, si legatarius decessisset ante electionem. Et longe est alia ratio servi legati generaliter: Nam etsi legatario competat optio servi, ut in *l. legato, ff. de leg.a.* tamen quia optio non est relicta nominatim, sed tacite, ideo legatum non habetur pro conditionali. Et si legatarius decesserit, antequam hominem elegerit, legatum transfertur in heredem ejus, *l. nec semel, §. penult. ff. quand. di. leg. ced.* quia conditiones, quæ tacite insunt, id est, quæ non exprimuntur, sed extrinsecus, id est, extra testamentum, extra testamenti scripturam assumuntur, & expectantur, legatum, aut fideicommissum conditionale non faciunt, *l. conditiones, ff. de cond. & dem. & l. cum illud, in fine, ff. quand. di. leg. ced.* hoc ergo legatum, *lego Titio servum*, quamvis tacite Titio videatur data electio, ut ex universa familia defuncti eligat unum servum, tamen legatum non est conditionale, aliter quam si optio servi sit legata nominatim. Nam verbum *optionis* facit conditionem, ac si dixisset, *si optaveris*, & ideo veteres non immerito existimabant, mortuo legatario ante optionem, non transmitti legatum in heredes, quia verbum *optionis* satis exprimit conditionem. Denique ea conditio optionis expressa est, non tacita, unde apparet, quam male

le in *§. optionis*, *Instit. de leg.* quidam codices habeant A
legatum optionis in se habere conditionem tacitam, imo
expressam, alioquin transmitteretur legatum mortuo
legatario ante electionem: Et rectius abest ab aliis li-
bris verbum *tacitam*, quod tamen miror Latinum in-
terpretem Theophili Latino inseruisse, cum Theoph.
scripserit simpliciter, *αἵρεσιν ἔχειν ἑαυτῷ*, id est, *conditio-
nem in se habet legatum optionis*, non dixit, *σιωπηρὰν αἵρε-
σιν*. Verum ex hac Constit. jam optionis legatum non
habetur pro conditionali, cum & ante electionem mor-
tuo legatario, placeat Justin. transferri electionem ad
heredes legatarii, abrogato jure veteri. Secunda quæ-
stio hæc est: *Titio lego servum, quem Mævius eliget:*
quid fiet si Mævius nolit eligere, vel non possit, vel de-
cesserit antequam eligeret, an intercidit legatum? Sic
videbatur veteribus, quasi defecta conditione. Nam & B
hoc legatum existimabant esse conditionale, *si Mævius
elegerit*, & ideo non abs re in *l. nec semel*, *§. ult. ff. quan.
d. leg. ced.* Si Titio legetur, quod Sejus elegerit, & Se-
jus post electionem decesserit, locus est vindicationi
semel adquisitæ, quod certissimum est. Sed cur dixit si
post electionem decesserit Sejus, nisi ut ex contrario,
ἐξ ἀντιδιαστολῆς præstet argumentum, Sejo moriente ante
electionem perire vindicationem legati, quod Justin.
mutat in hac l. ita definiens: ut si Mævius ille, aut Sejus
non elegerit intra annum, transferatur electio in ipsum
legatarium: ita tamen, ut eligendo modum servet
jure veteri præscriptum, ne scilicet optimum servum
eligat, ut in *l. legato*, *D. de leg.* 1. puta ne eligat actorem,
qui fait toutes les affaires de la maison, cujus damnum per-
tinet ad eversionem totius familiæ, ut ait eleganter *lex* C
ult. D. de off. præsid. Et Canon. Apostolorum 82. *εἰς οἴκου
ἀνατροπήν*, *ad eversionem domus*, quoniam is est, qui te-
net rationes totius domus. Item servandus est hic mo-
dus, si plurium servorum optio legata sit, hoc modo, *opta-
to servos, quot volueris ex familia mea*, ut non possit
plures, quam tres eligere, quod maxime notandum ex
l. 1. de opt. legat. Frugalitas veterum fuit contenta tribus
servis, nec incedebat magna comitante caterva: leges
apud Valer. Maxim. lib. 4. Catonem seniorem Hispa-
niam rexisse tribus servis comitatum: leges apud Athe-
neum lib. 6. Cæsarem Britannica expeditione duxisse
tantum tres servos, ut non sine causa d. l. 1. definiat, eum,
cui data est optio plurium servorum, tribus debere esse
contentum. Tertia quæstio, & ultima hæc est, an res le-
gatæ, aut relictæ per fideicommissum speciale, vel per fi- D
deicommissum universitatis possint alienari, vel pigne-
rari, vel servi manumitti ab eis, à quibus relictæ, vel re-
licti sunt. Et observa in hac parte Justinian. dicere pro eo-
dem, *substitutione*, *vel restitutione*, & alio loco, *quæ resti-
tui*, aliis disposita sunt, *vel substitutioni supposita*, duobus
nominibus nempe, *restitutionis*, *& substitutionis*, significat
substitutionem precariam, sive fideicommissariam heredi-
tatem, ut *sup. in tit. de instit. & substit. seu restitut.* & in l. ejus-
dem tit. *substitutioni*, *vel restitutioni*. Et in l. 7. ejusdem tit.
quæ est Græca, *ὑποκατάστασιν ἢ ἀποκατάστασιν*, id est,
substitutionem, *vel restitutionem*. Differentiam tamen facit
Justinian. in hac parte inter *alienare*, *& manumittere*, ut
l. ex judiciorum, *ff. de accusat. l. prospexit*, *ff. qui, & à quibus
manum.* nam manumissio non est alienatio. Alienare est
alieno juri applicare. De hac autem quæstione ita statuit E
Justinia. ut si legatum, vel fideicommissum sit relictum
purè, vel quod pro puro etiam habetur, in diem certum,
nihil agat heres, vel is, à quo relictum est, quod relictum
est vendendo, aut manumittendo, aut pignerando. Sed
si legatum, vel fideicommissum relictum sit sub conditione,
vel quod pro conditione etiam habetur, in diem incertum,
videtur eum posse interim alienari, & pignori obligare res
fideicom. subjectas, quia potest conditio non existere,
aut non venire dies ille incertus. Sed melius fecerit, si
neque vendiderit eas res interim, neque pignori obli-
gaverit, quia si forte existat conditio, legatario, aut fidei-
commissario competit vindicatio rei, adeo ut venditio
habeatur pro infecta, ita ut nec bonæ fidei emptori, id

A est, ignoranti fideicommissum, atque ita ementi, prodes-
se possit usucapio, vel præscriptio longi temporis: Quis
locus est singularis, & hanc rationem habet, quia usuca-
pio, & longi temporis præscriptio non procedit sine
titulo: & hic titulus venditionis deficit, quia venditio
pro infecta habetur. Constitutione fingente eum titulum,
id est, venditionem non intervenisse. Ergo quod dicitur,
usucapio non procedit sine titulo, sic intelligitur, si vel re ipsa
deficiat titulus, vel lex fingat defecisse. Emptor autem,
qui ignorans emit ab eo, qui fideicommisso oneratus erat,
habet regressum adversus venditorem ex stipulatione du-
plæ, ut habeat duplum pretii, & habet etiam repetitio-
nem meliorationum, si rem emptam meliorem fecerit. At
si emerit, sciens quam emit esse obnoxiam fideicom. quia
res fuit in incerto, & in suspenso, propterea quod po-
B tuit conditio fideicommissi deficere, emptor malæ fidei ali-
quatenus excusatur: Namque datur ei regressus adversus
venditorem, ut recipiat pretium, quod solvit. Regressus
ergo in simplum tantum, non in duplum ex stipulatione
duplæ: non datur etiam repetitio meliorationum, quia
mala fide accessit ad emptionem, & melius fecisset ille si
non vendidisset, & hic si non emisset sub incerto condi-
tionis fideicommissi: verum casus est singularis in *l. ult. §.
ult. ff. de legat. 2.* quo succurritur ignoranti venditori, &
ignoranti emptori in hac specie: Quidam heredem scripsit
testamento, & codicillos, quos reliquit obsignatos, vetuit
heredem aperire dum viveret, ut aperirentur post mortem
heredis: Ille heres ignarus eorum, quæ erant scripta in co-
dicillis, fundum quendam hereditarium infructuosum, saxo-
sum, pestilentem vendidit æque ignaro emptori. Post mor-
C tem ejus, apertis codicillis, apparuit eum fundum fuisse Mæ-
vio relictum. An retractabitur venditio, aut vindicabi-
tur fundus ab emptore? Minime, sed heres heredis dam-
nabitur fideicommissario præstare æstimationem fundi.
Quoties autem quis rem relictam sub conditione credi-
tori suo pignori obligavit, vel scienti, vel ignoranti, in
creditore non distinguimus: re ablata creditori à fidei-
commissario, proculdubio creditor habet in debitorem,
qui pignori dedit rem subjectam restitutioni, contra-
riam actionem pigneratitiam in id, quod interest: & hæc
est sententia hujus const. ad quam velim vos addere
quæ de hac quæstione latius pertentatis omnibus defi-
nitionibus exposuimus in Novella 39. ex illo loco sumes
cætera, quæ transferes etiam in istum locum.

D

AD TITULUM XLIV.

DE FALSA CAUSA, &c.

Et TITULUM XLV.

DE IIS, QUÆ SUB MODO, &c.

LEGATIS, vel fideicommissis, quæ relinquuntur,
aut causa adscribitur, aut modus, aut condi-
tio: De causa est hic tit. 44. De modo 45. De
conditione 46. Et in hoc tit. causa bifariam
accipitur, pro ratione legandi collata in præteritum:
Titio 100. do, lego, quia negotia mea curavit: & pro de-
E monstratione, id est, nota, sive designatione rei, aut
quantitatis legatæ; *Lego Titio fundum Cornelianum,
quem de Cajo emi, vel quem Cajus possidet.* Nam demon-
stratio, vel in præteritum confertur, vel in præsens. Et
hic tit. ostendit neque hanc, neque illam causam, etiam-
si falsa sit, perimere legatum. Primum falsa demonstra-
tio rei certæ, aut quantitatis certæ legatæ non nocet le-
gatario, aut fideicom. non perimit legatum: ut si Titio
ita legetur, *Titio 100. aureos do, lego, quæ ei debeo*, deben-
tur 100. aurei ex legati causa, etiamsi eos Titio non de-
beam, quia falsa demonstratio, vel etiam quæcumque
demonstratio non cohæret legato. Et hæc est sententia
l. 2. hoc tit. vel etiamsi uxori ita legavit, *uxori mille au-
reos do, lego, quos mihi in dotem dedit*, etiamsi mulier

fuerit indotata; aut eos mille aureos non dederit in dotem, debentur mille aurei, non ut legatum dotis, ut recte ait *l. 3. hoc tit.* ex quo constat non deduci Falcid. *l. sed ususfructus* 81. *D. ad leg. Falc.* Sed debentur ut aliud legatum, ex quo poterit deduci Falcidia, si legatis, vel fideicomm. onerata, vel exhausta sit hereditas. Est etiam de falsa demonstratione *l. 5. hoc tit.* uxori ita legavi, *quæ instrumento illo dotali conscripta sunt, ea uxori do, lego, vel dari volo.* Si in eo instrumento sit expressa certa quantitas, præstanda est uxori defuncti, licet instrumentum dotale non fuerit, vel etiamsi ea quantitas doti data non fuerit, ut in *§. sed si uxori, Instit. de leg.* ex *l. 2. 3. & 5.* quæ est postrema lex hujus tit. apparet falsam demonstrationem non nocere legato, aut fideicommisso. Et ratio hæc est, quia abundat id omne, quod rei satis demonstratæ additur, *l. 1. §. si quis uxori, ff. de dot. præleg.* Et non solet quod abundat vitiare scripturam, *l. testamentum, sup. de testam. l. si servo, ff. de adim. leg. l. 12. §. pen. ff. de instr. vel instr. leg.* Et ad illam regulam juris, *non solent quæ abundant vitiare scripturas*, possis pro interpretatione hæc subscribere commodissime, ut falsa demonstratio, falsa causa, falsus modus, falsa conditio non vitiant legatum, aut fideicommissum certæ quantitatis, certive corporis, quoniam omnes illæ causæ, quæ superadduntur supervacuæ sunt: Et supervacua prodesse possunt, nocere nunquam possunt: falsa quoque ratio legandi nihil nocet legato, quia hæc ratio legandi non cohæret legato, id est, sine ea per se stat legatum, atque consistit, *l. cum tale, §. falsam causam, ff. de condit. & demonst.* Et supervacuum est addere rationem legandi: Ergo in falsa ratione legandi eadem ratio efficit ut noceat, quæ etiam efficit ne noceat falsa demonstratio. Finge testatorem ita dixisse: *à Titio debitore meo quidquam exigi veto, quia mihi quod debuit, omne persolvit:* Titio videtur legata liberatio, & valet legatum, etiamsi nihil solverit. Ideoque actione ex testamento hoc consequetur, ut liberetur per acceptilationem, vel etiamsi ab eo heres petat pecuniam debitam, poterit se tueri exceptione doli mali, quod contra voluntatem defuncti petat, in *l. 17. & 19. sup. de fideicomm.* Et huc pertinet *l. 1. & 4. hoc tit.* Sed placet exceptio, quam addit *l. 1.* atque etiam *d. §. falsam causam*: nisi heres liquido probet testatorem aliter legaturum non fuisse, quam si vera esset ratio legandi, quam adscripsit, ut si lapsus per errorem existimavit solutam esse pecuniam, & nominatim vetuit quicquam exigi à prisco debitore, adjecta causa, quia sibi pecunia soluta esset: hoc casu non tam falsa causa vitiat legatum, quam mens defuncti. Ergo sive hoc, sive illo modo causam accipias in hoc tit. verum est falsam causam non reprimere legatum, hoc est, falsam demonstrationem, falsamve rationem legandi collatam in præteritum non vitiare legatum, nisi hoc suadeat voluntas defuncti, quæ liquido probetur: nam *l. 1.* exigit liquidas probationes. Neque huic definitioni quicquam obstat lex ii, *qui in potestate, §. ei, qui dotem, D. de leg. præstand.* quam objicit Accurs. quoniam ibi agitur de testamento rescisso per bon. cont. tab. Ex quo constat nec legata deberi, nec fideicommissa, quod rescindatur in totum, exceptis tantum legatis relictis liberis, & parentibus, quæ prætor conservat in edicto de leg. præstand. Excepto etiam legato relicto uxori, vel nurui dotis nomine, ut æs alienum, ut res debita uxori, vel nurui: Nam non aliter conservatur ei tale legatum, quam si vera fuerit causa dotis: Nam si sub falso prætextu dotis ei legetur, quæ dotem non habet, ut cætera legata infirmantur per bon. poss. cont. tab. ita & hoc legatum infirmabitur: Nam mens prætoris hæc est, ut conservet tantum mulieribus dotes, quas habent, non alia legata, ne relicta quidem sub umbra, & imagine dotis falsa. Et hæc est etiam prima opinio Accursii. Dixi causam in hoc tit. bifariam accipi: addamus causam legati in aliis locis quandoque aliter accipi non pro ratione legandi, nec pro demonstratione rei legatæ, sed pro legato ipso, pro jure, & substantia legati, ut in *l. si sic legatum, §. 1. ff. de legat. 1.* ut causa dotis, id est, dos: causa peculii, id est, peculium: causa venditionis, id est, legatum ipsum, quæ & conditio dicitur in eodem loco, & in *l. si fundum, §. si libertus, eod. tit.* Finge: quidam ita legavit: *Titio 10. do, lego, quæ mihi Cajus debet.* Non est demonstratio legati, sed causa legati, id est, his verbis legatur obligatio, & nomen Caii, non quantitas: Itemque si ita dixerit, 10. *quæ mihi Titius debet, damnas esto heres meus ea non petere, vel ei ea dare*, quod est condonare, & remittere, non quantitas legatur, sed liberatio tantum: & illa verba, *quæ Titius mihi debet*, exprimunt rem ipsam, quæ legatur, quam vocat causam legati, nec pro demonstratione accipiuntur, ut quantitas debeatur, etiamsi Titius nihil debeat, *l. legavi, l. ult. §. 1. D. de lib. leg.* quod valde notandum est: nam ut sup. ostendi ex *l. 2. hoc tit.* longe aliud est si quis ita legaverit, 10. *Titio do, lego, quæ ei debeo*, quoniam hoc genere quantitatem lego, non obligationem, quia nemo legat obligationem passivam, sed activam. Ergo illa verba, *quæ illi debeo*, pro demonstratione sunt, non pro substantia legati, & consequenter etiamsi nihil Titio debeam, 10. debentur: notandum est etiam alias causam accipi pro modo, & pro conditione, atque ita videtis, causæ nomen manare latissime, cum & modum comprehendat, & conditionem. Modum scilicet, qui contrahit legatum, & conditionem, quæ suspendit legatum, ut *l. eas causas, ff. de cond. & demonst.* quæ necessario est nobis explicanda, & explicatio hujus legis dabit finem huic tit. & initium tit. seq. lex *eas causas* facit duo genera causarum: alias, quæ protinus agentem, id est, eum, qui agit, statim repellunt, quas ait observari pro conditionalibus, id est, esse conditiones. Nam ut & Accurs. notavit, ita legendum est affirmate, non negate: *Eas causas, quæ protinus agentem repellunt*, in fideicommissis pro conditionalibus observari oportet: ne scribas, *non pro conditionalibus*, ut est Florentiæ scriptum perperam, quod *l.* ipsa in fine demonstrat, dum ponit ita datum legatum, *si monumentum fecerit*, de quo si legatarius agat, protinus repelletur, quia nondum implevit conditionem, nondum monumentum fecit. Alias autem esse causas, quæ habent moram cum sumptu, id est, quæ impleri non possunt sine mora temporis, sine spatio temporis aliquo, nec sine sumptu, sine impendio, ut in *l. facta, §. si sub, ff. ad Treb.* veluti si ita datum sit legatum, *ut monumentum faciat*, id est, si datum sit sub modo. Hæ causæ, id est, modi, eum, qui protinus agit non repellunt: namque statim potest petere legatum relictum sub modo, ut monumentum faciat, qui non potest impleri sine spatio temporis, & sine sumptu. Ergo statim admittitur ad legati petitionem nondum inchoato monumento, oblata cautione, id est, si caverit se monumentum facturum, ut in *l. 19. ff. de leg. 3. & l. cum in testam. ff. de fid. lib.* vel etiam omissa cautione, à judice compelli potest, ut modum impleat, in *l. Mævia, ff. de man. testam.* quæ est sententia *d. l. eas causas.* Ex qua apparet causæ nomen in ea bifariam accipi, pro modo scilicet, & pro conditione, & aliter quam bifariam accipiatur in hoc tit. & serva illud, eum, cui sub modo legatum relictum est, admitti protinus ad legatum, si offerat cautionem, qua de causa in *l. 1. tit. 45.* dicitur, in legatis, & fideicommissis modum pro conditione observari, quia scilicet, vel implendus est sicut conditio, vel est cavendum de eo implendo. Sed si non steterit per legatarium, quo minus impleatur *modus*, proculdubio capiet legatum: & ut ait, nihil tibi legatario oberit, quod non implevisti modum, quo minus quod tibi relictum est, obtineas: Ubi noli mutare *retineas*, cum obtinere sit etiam retinere, ut in *l. cum fratrem, sup. de iis, quibus ut indig. &c.* Finge mulieri relictum legatum ita, ut nubat Titio, & per Titium stat quo minus illa nubat, modus habetur pro impleto, & protinus admittitur mulier ad legatum, vel quod jam cepit, obtinebit. Modus est finis, propter quem legatur, vel modus est ratio legandi collata in futurum, qui, etiamsi sit falsus, non

vitiat

vitiat legatum, ſicut ratio legandi collata in præteritum, ut habuimus tit. ſup. non vitiat legatum: & falſum modum dicimus modum impoſſibilem, *illi fundum do, lego ſi cælum aſcenderit*: quodcumque eſt impoſſibile, & falſum eſt: nec aliter poteſt modus dici falſus, quam ſi ſit impoſſibilis, in *l. cum tale, §. cum falſam cauſam, D. de cond. & dem.* quæ vitia omnia (ſunt enim vitia, & menda teſtamentorum) nullam ſcripturam teſtamenti vitiant, vitia non vitiant, *l. 1. D. de cond. inſt.* ſub impoſſibili conditione, inquit, quæ & ipſa falſa eſt, vel alio modo, ſic recte habent Florentini, puta ſub falſo modo, vel falſa demonſtratione, vel falſa cauſa facta inſtitutio valet, quia menda illa circumſcribuntur. Et ſimiliter legatum relictum ſub conditione falſa, vel alio mendo, vel fideicommiſſum, vel libertas. Et obſervandum etiam ex l. ult. hoc tit. quam memini me alias explicaſſe, primum ex modo non naſci petitionem fideicom. in *l. cum hi, §. ſed & ſi certa, de tranſact.* niſi in libertate ex conſtit. Severi, ut ait hæc l. 2. ſcilicet cum ita datum erat legatum, ut ſervum illum manumitteret, ex modo illo erat petitio fideicommiſſariæ libertatis, ſed non petitio fideicommiſſi pecuniarii: *tibi fundum illum lego, ita ut des Cajo decem*, Cajo non eſt fideicom. petitio, ſed ex Conſtit. Gordiani valde ſingulari, id eſt, ex hac l. 2. etiam ex modo eſt fideicom. pecuniarii petitio: unde exiſtit magna differentia inter modum, & conditionem: Nam ſi legaverim ſub conditione, *ſi dederis Cajo decem*, Cajo proculdubio non eſt fideicom. petitio, Cajus non eſt legatarius, neque fideicom. *l. 8. ff. ſi quis omiſſ. l. Mævius, ff. de cond. & dem.* Sed ſi legaverim ſub modo, ut det Cajo decem, ex hac l. 2. hodie eſt fideicommiſſi petitio. Et ratio differentiæ optima: quoniam, qui legat, ita ut det Cajo, valde vult dari Cajo: qui legat, ſi det Cajo, non ita valde vult dari Cajo, ſed hoc relinquit in arbitrio legatarii, nec admodum curat ſi dederit, vel non dederit: unde etiam placet hodie ex hac l. 2. etiam ex conditione eſſe petitionem fideicom. ſi conditio ſit concepta verbis modalibus, quod notandum, hoc modo, *lego Titio fundum, ut det Cajo decem*, verba ſunt modalia, ita eſt, ſed accipientur pro conditione, ſi teſtator voluit conditionem facere, non modum, quoniam conditionem facit voluntas ſola, non verba, *l. in conditionibus, §. 1. ff. de cond. & dem. l. 2. ff. de his, quæ pæn.* Atque ita conditio concepta verbis modalibus facit fideicom. quia quæ ita concipitur conditio, plane indicat enixam voluntatem defuncti, qui omnino velit Cajo dari 10. Itaque Cajo competit actio, quod ſignificat *l. 2.* in illo loco, *ſive ad conditionem, ſive ad modum reſpiciat*: id eſt, ſive verbis modalibus uſus modum facere voluerit, ſive conditionem, ex his verbis fideicom. petitio eſt ſtatim, niſi quæ alia ſit conditio adſcripta, ut ſi ita legavit: *lego Titio fundum, ut Cajo det 10. ſi navis ex Aſia venerit*, nec enim Cajo competit actio antequam navis ex Aſia venerit. Et ita ſunt accipienda illa verba *l. 2. videlicet in conditionibus poſt exitum earum*. Atque ita videtur perſpicua l. 2.



AD TITULUM XLVI.

DE CONDITIONIBUS INSERTIS, &c.

LEGATIS, & fideicommiſſis vel cauſa inferitur, vel modus, vel conditio. De cauſa fuit tit. 44. de modo 45. de conditione eſt hic tit. Et additur in eo, & libertatibus, propter l. ult. quæ eſt de ſtatulibertate, id eſt, de libertate data ſub conditione. Conditio quid eſt? Conditio eſt caſus collatus in futurum, qui evenire, vel non evenire, vel aliter evenire poteſt: vel conditio eſt cauſa appoſita legato, qua exiſtente, legatum debetur, deficiente, perimitur, ſuſpenſa, ſuſpenditur. Et hoc diſtat à modo, ſicut heri attigi, quod conditio repellat eum, qui ſtatim agit de legato antequam ea extiterit, modus autem non repellat, ſed admittat legatarium cautione oblata modum impletum iri, *l. eas cauſas, ff. de condit. & dem.* Ita tamen ut legatarius, qui admiſſus eſt, quique legatum cepit nondum modo impleto, id retinere non poſſit, niſi modum impleat, & cautioni ſatisfaciat l. 1. tit. ſup. atque ita modus, ut Græci ajunt recte, habet *τὰ τῆς αἱρέσεως ἀποτελέσματα*, id eſt, effectus conditionis: non tamen per omnia modus pro conditione ſemper obſervatur, cum ſtatim agentem non repellat, videlicet ſi modus ita ſit conceptus, *illi fundum illum do, lego, ut det Cajo decem*. Sed ſi modus ita ſit conceptus, *illi fundum illum do, lego, ſi Cajo dederit* 10. per omnia pro conditione obſervatur, *d. l. 1. tit. ſup. & d. l. eas cauſas*. Et ex ea ſcriptura, *ſi Cajo dederit* 10. fideicommiſſi petitio non eſt Cajo: ſive teſtator modum, ſive conditionem facere voluerit. At ex illa ſcriptura, *ut det Cajo* 10. Cajo eſt fideicommiſſi petitio, ſive teſtator modum, ſive conditionem facere voluerit, ex l. 2. tit. ſup. quæ notatu digniſſima eſt. Ergo modus aliquando per omnia pro conditione eſt, pro ratione concipiendi ejus, vel conſcribendi, & inſerendi legatis, aut fideicommiſſis. At ſicut falſa cauſa, & falſus modus non perimit legatum, ut heri docuimus, ita etiam falſa conditio non perimit legatum. Et falſa ea conditio eſt, quæ impoſſibilis eſt, *l. cum tale, §. falſam conditionem, ff. de cond. & demonſt.* Poſſibilis quoque conditio, etiamſi non eveniat, non exiſtat, non impleatur, aliquando non perimit legatum, quia ſunt quædam conditiones, quæ remittuntur, id eſt, pro nullis habentur, perinde atque ſi eſſent impoſſibiles, ut conditio viduitatis, de qua in tit. 40. ſup. & conditio jurisjurandi, & conditio turpis, *l. 8. ff. de condit. inſtit. l. non dubitamus, de cond. & demonſt.* Et conditio divortii, *l. 6. ſup. de inſt. & ſubſt. l. 8. D. de uſu, & hab. Titiæ lego illum fundum, ſi à marito diverterit*, etiamſi non divertat à marito, admittetur ad legatum, quia conditio divortii remittitur, propterea quod eſt contra bonos mores. Et quod eſt contra bonos mores pro impoſſibili habetur. Et huc pertinet ſpecies l. 2. hoc t. ſatis obſcura, ſed quæ expediri dilucide, atque perſpicue poterit hoc modo: Pater filiam heredem ſcripſit, quæ jam nupſerat viro: & Cajo per fideicom. reliquit 10. millia in diem certam: & juſſit ut filia ante diem eidem Cajo caveret fideicommiſſi nomine ſua die pecuniam Cajo datuiri, adhibitis fidejuſſoribus, ſub conditione ſcilicet, *ſi à marito non diverterit*, voluit filiam ſubire onus cautionis, ſive ſatiſdationis, *ſi à marito non diverteret*, non ſubire *ſi diverteret*: atque ita in hunc caſum, *ſi diverteret*, remiſit ei cautionem fideic. quæ ex conſtit. D. Marci remittitur quocunq; judicio voluntatis defuncti, *l. 2. inf. ut in poſſ. leg. l. avia, §. ult. de cond. & dem.* Poſt mortem patris filia à marito non divertit, quæritur an debeat cavere Cajo fideicom. nomine? Et ait eam Cajo cautionem fideic. præſtare debere, non tam ut pareat voluntati patris, quam ut pareat juri publico, id eſt, edicto Prætoris, ut legatorum, vel fideicommiſſ. nomine caveatur. Nam & ſi potuit non divertendo facere contra voluntatem patris, qui indixerat divortium contra bonos mores, non tamen potuit non cavendo facere contra edictum prætoris ſimul, & contra voluntatem patris: & longe eſt alia ratio, ne quis hoc objiciat, ut l. 2. oſtendit, legati, aut fideicom. relicti mulieri ſub conditione divortii: nam & quæ non divertit admittitur ad legatum: alia autem ratio eſt legati, aut fideicom. alii relicti, cujus cautio filiæ heredi remiſſa eſt ſub conditione divortii, quia ſi non divertat, non liberatur onere cautionis, quoniam, ut ait l. abſurdum eſt, id eſt, incongruum, & inconveniens eam non obtemperare edicto prætoris: quod etiam non obtemperet voluntati patris: utrumque enim negligere non poteſt, ſed voluntatem patris ſolam. Et hæc eſt ſententia l. 2. Et de conditionibus, quæ remittuntur hactenus. Conditiones, quæ non remittuntur, ſi per legatarium, aut fideicom. fiat quo minus impleantur, legati, aut fideic. petitio non eſt, *in l. 3. & 4. h. t.* Sed ſi per legatarium non fiat quo minus implea-

impleatur conditio; sed per eum, in cujus persona implenda est, ut si talis sit conditio, *si cum matre sua moretur*, & mater nolit eum excipere hospitio: vel talis, *si L. Titio nubat*, & L. Titius nolit eam habere in uxorem, conditio pro impleta habetur, sicut modus legati, *ut nubat L. Titio*, pro impleto habetur, si stet per L. Titium, *l. 1. tit. sup. l. 1. sup. de instit. & substit.* vel etiam si sit talis conditio, *si Cajo decem dederit*, & Cajus oblata 10. congruo loco, & tempore, noluerit accipere, conditio pro impleta habetur, *l. ult. D. hoc tit.* Et quod notandum, Cajo pœnitenti locus non est, id est etiamsi postea mutata voluntate paratus sit decem accipere, non erit necesse ei 10. dare, quia conditio pro impleta habetur, & conditio, quæ impleta est, vel impleta intelligitur, non resumitur, *l. 3. §. Stichus, D. de stat. lib. l. pater Severinam, §. ult. D. de cond. & dem. l. quidam, D. de fid. libert.* Et hoc est, quod ait *l. ult. hujus tit.* quod semel repudiatum est, id est enim, quod quis semel noluit accipere ab eo, qui offerebat conditionis implendæ causa, redintegrari non posse. Habetur etiam conditio pro impleta, si is, in cujus persona implenda est vivo testatore decesserit, cum testator eam impleri voluit post mortem suam: ut si talis sit conditio, *si Cajo 10. dederit*, mortuo Cajo vivo testatore, extitisse conditio intelligitur, & debetur legatum: Mortuo Cajo post mortem testatoris antequam legatarius ei daret 10. defecisse intelligitur, & legatum non debetur, *l. cum ita datur, §. diversa, D. de cond. & dem.* & simili modo hæc conditio, *si L. Titio nubat*, mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum per eum non staret quo minus nuptiæ fierent, legatum non debetur, *l. qui ex fratribus, D. de cond. inst.* Et ita est accipienda *l. 4. hujus tit. ut l. in testam. a. de cond. & dem.* Et simili modo hæc conditio, *si cum matre moretur*, mortua matre vivo testatore, quo tempore noluit testator conditionem impleri, legatum debetur, *l. annua in princ. D. de ann. leg.* Mortua autem matre post mortem testatoris, cum per eam non staret quo minus cum ea moraretur, legatum non debebitur, quia conditio deficit, *l. Stichus, §. ult. D. de alim. leg.* Eadem est ratio *l. turpia, §. 1. de leg. 1. & l. filiæ, de cond. & dem. Titiæ illam rem do, lego, si arbitratu L. Titii nupserit*, scilicet post mortem meam: mortuo Titio vivo testatore debetur legatum, etiamsi nubat suo arbitratu post mortem testatoris inconsulto Titio, qui obiit vivo testatore: Mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum nondum illa nupsisset consulto Titio, ipso jure legatum non debetur, sed sustinetur tamen, non quidem ex verbis, sed ex sententia L. Juliæ Miscellæ, quæ excludit omnem conditionem, atque remittit, quæ impedimentum adfert nuptiis. Et hæc si arbitratu Titii nupserit, videtur impedimentum aliquod adferre nuptiis, ut necessario impleri non debeat auctore Papiniano in *l. cum tale, §. si arbitratu, D. de cond. & demon.* Summa rei hæc est. Conditionem haberi pro impleta, si per eum, in cujus persona implenda est, fiat quo minus impleatur, vel si is, in cujus persona implenda est vivo testatore decesserit: Nam nondum implenda erat conditio. Quæro an etiam conditio habeatur pro impleta, cui casus fortuitus impedimento fuit ne impleretur? Finge: hæc est conditio, *si Cajo dederis* 10. & cum proficisceretur ad Cajum cum pecunia, vi hostium, & latronum erepta ei pecunia est, an conditio habetur pro impleta? Minime: Imo Cajo 10. adnumerare oportet antequam possit admitti ad petitionem legati, cui relictum est sub conditione dandi 10. Cajo. Aliud tamen constituitur favore libertatis in *l. ult. hujus tit.* cui suffragatur etiam *l. libertate, D. de man. testam. Liber esto, si heredi dederis* 10. potest dare ex peculio suo, in *l. 3. §. ult. D. de condict. caus. dat.* vel, *liber esto, si heredi dederis servum vicarium, qui peculiaris est, qui est in peculio*, vel, *si ei dederis aliam rem peculiarem*: hic cum proficisceretur ad heredem secum adferens pecuniam, vel rem, vel adducens servum vicarium, interceptus est à latronibus, & erepta est ei ea pecunia, vel ea res: nihilominus statim competit libertas, sed post libertatem cogitur eam pecuniam heredi solvere, aut eam rem, si extet, vel ejus æstimationem veram, vel servum vicarium, si extet, aut ejus æstimationem, quam taxat Justinianus ad aureos 15. minoris pretii sunt vicarii, quam ordinarii, & taxat æstimationem servi, quoniam plerumque difficilior est hominis æstimatio. Itaque receptum hoc est favore libertatis, alioquin non competit petitio legati ei, cui casus fortuitus impedimento fuit quo minus conditionem impleret, si nihil moræ fuerit per eum, in cujus persona implenda conditio erat. Et jam adest finis hujus tit. si modo notemus prius, ne quid prætermittamus ex *l. 1.* aliquid de hac conditione, *si sine liberis decesserit*: hæc conditio intelligitur de liberis procreatis ex justis nuptiis, non ex concubinatu, non ex stupro, ut in *l. generaliter, §. ult. sup. de instit. & substit.* & intelligitur de liberis justis igitur, non tantum qui sunt in familia, & in potestate nostra, ut filius, & nepos ex filio, sed etiam de his, qui non sunt in familia nostra, sed in familia aliena, ut nepos ex filia, qui non est in familia avi materni, sed patris sui: nam non videtur decessisse sine liberis, qui reliquit nepotem ex filia, quia reliquit justum nepotem, & legitimum, nec necesse est ut & in sua familia fuerit. Igitur deficit conditio fideicommissi relicti ab herede sub conditione, *si sine liberis decederet*, quia qui reliquit nepotem ex filia justum, & legitimum, non decessit sine liberis. Et hæc est sententia *l. 1.* atque etiam *l. jubemus, §. ult. inf. ad Trebell.* Et postremo notandum ex *l. pen.* novam esse Constitutionem Justinian. quæ abrogat jus vetus: quæ quidem differentia erat inter conditionem faciendi, & conditionem dandi. Dicamus primum de conditione faciendi. Pluribus fabris, finge, legatur aliquid sub conditione *si monumentum faciant*, vel pluribus pictoribus sub conditione, *si membrum ædium pingerent*, unus fecit monumentum, atque perfecit, altero cessante, quæritur, ille qui monumentum fecit, an solus admittatur ad legatum, excluso socio? an vero admittatur cum socio, ut quod fecit, & sibi, & socio prosit? an vero nullo modo admittatur? quia verum est plures non fecisse monumentum, atque ideo videtur defecisse conditio, cum unus fecerit, non plures. Et Ulpian. quem nominat in hac *l. pen.* non definit hanc quæstionem, sed scripsit esse quæstionem voluntatis, cujus disquisitio pertinet ad judicem, non ad J. C. hoc scripsit *l. 13. D. de man. test.* Imo alius J. C. abscisius scripsit in *l. pen. in pr. D. de cond. & demon.* Conditionem illam *si illi fecerint monum.* defecisse videri, nisi omnes simul fecerint. Ergo, & unum, qui fecit non admitti ad legatum, nisi appareat liquido eam fuisse voluntatem defuncti. Sed hoc omne mutat Justinian. in hac *l. pen.* & vult, ut is, qui perfecit monumentum solus admittatur ad legatum, exclusis sociis, & ut solidum legatum capiat: quod obtinuit etiam in conditione dandi hoc modo: legavi pluribus, *si heredi 10. dederint*: unus si dederit 10. capiet integrum legatum cessante altero, vel si dederit tantum 5. capiet partem legati, vel si plures servos liberos esse jussit sub conditione *si 10. dederint*: qui dederit 5. solus liber erit, & multo magis si dederit 10. in *l. si quis legata, §. ult. & l. qui fundus, D. de cond. & demon. l. 11. §. 1. ff. de man. test.* Atque ita nihil interest inter conditionem dandi, & conditionem faciendi, nisi quod conditio faciendi non potest dividi, id est, pars facti non potest præstari: non videtur fecisse, nisi qui perfecit: conditio dandi potest dividi, impleri, id est, pro parte.



AD TITULUM XLVII.

DE USURIS, ET FRUCTIBUS LEGAT. SEU FIDEICOMMISSI.

HIC tit. ostendit legata, & fid. ia, quibus relicta sunt, sine mora, & frustratione esse præstanda, alioquin ex mora deberi relictarum pecuniarum usuras, & cæterarum rerum fructus, vel quæ fru-

fructuum vicem obtinent, ut operas servorum, aut mercedes operatum, & vecturas jumentorum, aut navium, & pensiones prædiorum rusticorum, & urbanorum, atque etiam ancillarum relictarum partus, licet ii in fructu non habeantur, & hoc ostenditur etiam in *l. 39. §. fructus, D. de leg. 1. l. generaliter, §. proinde, ff. de fid. libert.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rei per legatum relictæ, aut per fideicommissum pertinet ad heredem, vel aliom, à quo legarum, vel fideicommissum relictum est, sive res pereat, sive deterior fiat, *l. 3. hoc tit. & d. §. fructus, & l. cum res, §. ult. & l. si servus legatus, §. si servus legatus, ff. de leg. 1.* periculum non pertinet ad legatarium, cui & rei peremptæ integra petitio est, quia perit post moram heredis, post culpam heredis. Moram fieri non ex die mortis testatoris, quoniam nun ita protinus sunt præstanda legata, aut fideicom. sed moram fieri ex die litis contestatæ, ajunt Constitutiones hujus tit. *l. 1. 2. & 4. & l. quæsitum, §. ult. ff. de legat. 1.* videlicet si is, à quo legatum relictum est litigare malit, quam præstare legatum, tum plane est in mora, ut ait *l. nemo, §. ult. ff. de verbor. obligat.* Neque enim qnælibet interpellatio constituit debitorem in mora, sed repetendi debiti instantia, ut ait *l. mora, de usur.* sive repetitio, quæ fiat per judicem lite contestata cum adversario: Nam etsi vix unquam perveniatur ad judicem, & lis contestetur apud eum nulla mora præcedente, ut ait *l. 3. ff. de usur.* & illo loco Græci rectissime, *οὐκ εὐχερῶς πρὸ ὑπερθέσεως δίκη λέγεται. i. non facile lis movetur ante moram. constituiturve*, quum scilicet sit causa expostulandi adversus debitorem: tamen ratio moræ certius ducetur ex die litis contestatæ, & ideo hic potissimum dies notatur, quo certo reus sit in mora, qui judicium accipit, nec bonam fidem agnoscit in ingressu judicii. Non inficior tamen etiam ante litem contestatam moram fieri posse in præstando legato, aut fideicomm. ejusque rationem haberi si certo haberi possit, & ex eo die, quo certo argui mora potest, etiamsi nondum sit lis contestata, heredem obstringi necessitate præstandarum nsutarum, & fructuum, veloti à mota controversia instanter, & contiauo sine intermissione, etiamsi nondum sit perventum ad judicem: Et ita ut SC. Adrianum de petitione hereditatis, quod facit tantum mentionem litis contestatæ, tamen trahitur à JC. etiam ad motam controversiam, quæ præcedit litem, *l. sed & si lege, §. si ante litem, ff. de petit. hered.* Ita quod est in Constitutionib. hujus tit. ex die litis contestatæ deberi usuras, & fructus legatorum, potest etiam porrigi ad diem motæ controversiæ instantis, atque continuæ, si ex eo non minus ratio moræ duci possit, atque coargui, quam ex lite contestata: & hoc ita, nisi is, à quo legatum, vel fideicommiss. relictum est, habeat justam causam controvergendi, vel litigandi. Hic enim moram facere non videtur, etiamsi litem contestetur, qui juste provocat ad judicium, *l. qui sine dolo, ff. de reg. jur. l. si quis solutioni, ff. de usur.* ut puta si juste dubitetur utrum lex Falcidia locum sit habitura, nec ne, quæ minuat legata, & fideicommissa, atque ideo an solidum legatum, quod petitur præstari debeat, forte quod nondum sit bene comperta quantitas bonorum defuncti, aut quantitas æris alieni, quod semper prius deducitur, quam satisfiat legatariis, aut fideicommissariis: hoc casu non videtur heres, qui litigat moram facere, qui bona fide litigat, & ratione justa in *l. 3. ff. de usur. l. qui solidum, in pr. D. de leg. 2.* Et ideo si ita juste litigavit cum omnium urgeretur à legatario, nondum explicatis rationibus hereditatis, & peregerit litem, etiamsi forte condemnatus fuerit, immunis erit à pendendis usuris, vel fructibus legatorum si sententiæ pareat. Sed si post dictam sententiam, & tempora judicati, quæ judicatis, & condemnatis dantur, id est, post justos dies, ut est in 12. tab. qui erant 30. dierum, hodie sunt 4. mensium judicato faciendo: Si, inquam, post tempora judicati moram fecerit in solvendo legato, aut fideicom. accedet onus usurarum, & fructuum à tempore litis contestatæ, licet ratio ei fuerit litigandi, quia post condemnationem recessit à bona fide: accedent, inquam, usuræ, & fructus à die litis contestatæ in diem dictæ sententiæ: nam tempora judicati, quæ dantur humanitatis gratia condemnatis, erunt immunia à dependendis usuris, & fructibus, quæ est sententia *d. l. 3. D. de usur.* & hoc cum bona fide litem suscepit, puta cum non esset certum an locum haberet Falcidia. At si heres moratur solutionem legati sub prætextu Falcidiæ, fingens nondum sibi liquere quantumcumque sit in bonis, quantum in ære alieno, dolo malo, inquam, morandæ solutionis causa, *lex 2.* hujus tit. quæ est elegantissima, docet hunc ordinem servari hoc casu, ut lite contestata legatarius, vel fideicommissarius caveat datis fidejussoribus, quod amplius, quam per l. Falcid. liceat ceperit, reddi. Qua satisdatione præstita, mox prætor fideicommissarius compellet heredem ei præstare solidum legatum, vel fideicommissum. Quod si fideicommissarius non possit ea de re satisdato cavere, quod non inveniat fidejussorem, ut plerumque fidejussorum datio difficilis, & molesta est, *l. omnes, §. præterea, sup. de Episc. & cler.* tum Prætor fideicommissarius deficiente satisdaodi facultate, sive copia, dabit arbitrum, non ad cognoscendum de fideicommisso, sed ad ineundam rationem bonorum defuncti, & æris alieni, ponendamque rationem l. Falcidiæ, ad excutienda hæc omnia, & certum diem præfiniet, intra quem veniat heres ad excutiendam rationem legis Falcidiæ, & eo præsente excutiet, tum relata re omni ad Prætorem fideicommissarium, de fideicommisso prætor pronuntiabit, vel si forte heres non venerit ad diem condictum, quod semper moretur solutionem, quod moras trahat, & frustretur, tum Prætor fideicommissarius condemnato herede, jubebit solidum fideicommissum præstare, sine deminutione cum onere usurarum, & fructuum propter moram heredis à die litis contestatæ in eum diem, quo fideicomm. solvetur, ne tempore quidem judicati faciendi immuni ab usuris, & fructibus, ut *d. l. 3. de usuris*. Atque ita eveniet, ut satisdatio remittatur legatario, vel fideicommissario, & ut ea non præstita, cum ambigitur de lege Falcidia, solidum legatum capiat, cum ei difficile est invenire fidejussores, & cum paret, sive liquet judici heredem exigere satisdationem morandæ solutionis causa scientem legatarium vix reperturum fidejussorem: Nam hoc casu satis erit si legatarium probet se per quam sollicite egisse, ut inveniret fidejussorem, & daret, ut dicitur hodie in foro, *s'il faict paroistre de ses diligences*, atque ita remittitur ei satisdatio, *quod amplius, quam per*, &c. in *l. 6. D. si cui plus quam per l. Falcid.* ac simili ratione in *l. 2. inf. ad l. Cornel. de fals.* si agente creditore ex chirographo, debitor morandæ sulutionis gratia, obiciat falsum esse chirographum, nihilominus cogetur statim solvere solidam pecuniam, quæ chirographo comprehenditur, dilata quæstione criminis falsi, ne negotium trahentibus pateat aditus ad cunctationes istas, & frustrationes. Et ita explicanda *l. 2. hoc tit.* & observandum in ea *l. 2.* ut jam attigi supra, à Prætore fideicommissario non fuisse datum arbitrum ad rem judicandam, sed ad ineundam rationem Falcidiæ, *pour compter*, qui dicitur arbiter, & judex l. Falcidiæ, *l. 2. §. cum dicitur, D. si cui plus quam per l. Falcid. l. si debitor, & l. cum Titio, D. ad l. Falcid.* quia nondum potuit dari arbiter, vel judex in causa fideicom. ad rem judicandam, sed judicium, sive cognitio fuit extra ordinem solius Prætoris, qui fideicommissarius dicitur, cujus meminit *l. 2. hoc tit.* atque etiam *l. 2. inf. qui pot. in pign. hab. l. is, cui legatum, de cond. & dem. l. quæsitum, §. pen. de leg. 3.* Et postremo notandum est ex eo, quod diximus, quodque totus hic tit. demonstrat, legatis, & fideicomm. usuras, & fructus accedere ex mora: ex eo, inquam, non esse generaliter colligendum actionibus bonæ fidei, in quibus constat usuras venire ex mora, comparari per omnia actionem legatorum, vel fideicommissorum, quæ non est bonæ fidei, sed stricta, si agatur in personam: Nam actio ex testamento est stricta, *l. 6. D. de in lit. jur.* vel est arbitraria, si agatur in rem: nam omnis actio in rem est arbitraria,

bitraria, *l. qui restituere*, *D. de rei vindic.* hoc ergo dico, quacumque actione agatur de legato, aut fideicommisso, neque eam esse bonæ fidei, neque generaliter similem esse actioni bonæ fidei; similis tantum est, quatenus & actionibus legatorum usuræ veniunt ex mora. Quo respectu etiam comparantur actionibus bonæ fidei in *l. 34. D. de usur.* neque hoc novum est, ut actio stricta recipiat usuras ex mora: nam & actio ex pollicitatione, quæ competit Reip. cui quis quid pollicitus est ob honorem decernendum, vel decretum, recipit usuras ex mora, licet sit stricta actio, *l. 1. D. de pollicit.* Et similiter actio judicati, ut constat ex *tit. de usur. rei jud.* Similis est etiam actio legatorum actioni bonæ fidei in eo, quod si is, cui debetur sit minor 25. annis ex decreto, & Constit. Severi Imp. ei fit mora in rem, etiamsi non interpellet debitorem: minori fit mora reipsa sine interpellatione debitoris, id est, ex solo tempore tardioris solutionis. Et hoc est commune omnium actionum, *l. 3. sup. in quibus caus. in integr. restit. l. Titia*, *§. 1. de leg. 2. l. cum vero*, *§. apparet*, *ff. de fid. lib.* Dissimilis autem est actio legatorum ab actionibus bonæ fidei, quod attinet ad fructus: Nam actiones bonæ fidei etiam ante moram recipiunt fructus, *l. videamus*, *§. pen. ff. de usur.* dum ait, in actionibus bonæ fidei omnimodo fructus venire, id est, sive percepti sint, aut percipiendi fuerint ante moram, vel post moram, quia ex bona fide agitur, & id solum petitur, quod ex bona fide præstari æquum est. Et bonæ fidei nomen manat latissime, ut Q. Scævola dicebat, id est, comprehendit etiam fructus rei, & omnem causam, imo & usuras, quas præstari æquum est. Cæterum non est æquum usuras præstari nisi post moram mulctandæ moræ gratia. At fructus non ex mora tantum veniunt in actionibus bonæ fidei, sed & præteriti temporis: at ut didicimus in actionibus legatorum, aut fideicommissorum fructus tantum veniunt ex mora. Atque ita non est per omnia similis actio legatorum actioni bonæ fidei.



AD TITULUM XLVIII.
DE INCERTIS PERSONIS.

SEQUITUR tit. 48. de incertis personis, id est, de legatis, aut fideicommissis, aut hereditatibus, aut libertatibus, aut tutelis datis incertis personis. Et incertas personas vocat, quas testator ignorat quales futuræ sint, ut si heredem instituerit eum, qui primus ad funus suum veniret, vel eum, qui prior Consul designaretur, & si ei legaverit. Agitur etiam sub hoc tit. de postumis, quoniam & hi incertis personis adnumerantur, ob id ipsum, quia non sunt. Agitur etiam in hoc tit. de incertis corporibus, qualia sunt civitates, municipia, collegia. Horum enim nullum est certum corpus, ut nec civitas, aut collegium sub aspectum cadat, sed intellectu abstrahatur, & comprehendatur. Sed periit Constit. Justiniani, quæ fuit Græca posita sub hoc tit. de incertis personis: certe nondum venit in manus meas, si venisset, & venisset in omnium utraque lingua, ut pleræque aliæ. Jure autem veteri, quæ relicta erant incertis personis, vel incertis corporibus, ut intelligere licet ex Institutionibus, non valebant, nisi relicta essent sub certa demonstratione: incertis personis, ut hoc modo, sicut tradit Ulpia. *lib. regularum*, *Ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, illi illum fundum do, lego*, incerta est persona, cui legamus, quia ignoramus quis primus venturus sit ad exequias, & solemnia mortis, sed certa demonstratio, nempe illa, *ex cognatis meis, qui nunc sunt*, facit, ut consistat legatum, quod non ita vagetur sub incerto, ut vagaretur omissa certa demonstratione. Et recte Ulpian. adjicit, *ex cognatis, qui nunc sunt*: Nam postumis cognatis non potuit legari, ut infra ostendam, quia sunt alieni postumi. Item notandum nihil quidem relinqui posse utiliter incertis personis, nec libertatem, sed tamen conditionis implendæ causa etiam incertis personis dari oportere, ut si quis ita dixerit: *heres esto, si ei, qui primus ad funus meum venerit, dederis 10.* Observare debet heres, quis veniet primus, ut in eo impleat conditionem dandi, alioquin non erit heres, *l. 4. ff. de reb. dub.* quia scilicet is, cui datur conditionis implendæ causa neque est legatarius, neque fideicommissarius, *l. 8. ff. si quis omiss.* Denique hoc genere incertæ personæ non legatur mortis causa capio, puta quod datur conditionis implendæ causa, neque legatum est, neque fideicommissum: notandum etiam, quod & si legatum relictum incertæ personæ peti non possit, retineri tamen potest, si sit solutum per errorem, nec soluti repetitio est, *§. incertis autem personis*, *Instit. de legat.* Denique legatum incertæ personæ relictum, fuit in retentione, non in petitione. Et huc pertinere opinor *l. ex quibus causis*, *ff. de condict. indeb.* *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* Causæ hujusmodi sunt complures. Qui vicit ex injusta sententia retentionem habet, non petitionem, *l. 3. §. ult. ff. de pign.* Item possessor, qui juravit rem petitoris non esse, ex illo jurejurando habet retentionem, non petitionem, *l. & non tantum*, *§. veniunt*, *ff. de petit. hered.* Item, qui in alieno solo ædificant, habent sumptuum nomine retentionem, non petitionem, *l. Paulus*, *ff. de doli except. l. 14. ff. comm. divid.* Et olim quoque Falcidiæ fuit retentio, non petitio, ut dicemus in *l. ult. inf. ad l. Falc.* Et constat naturale debitum esse in retentione, non in petitione. Itemque divortio facto sextas propter liberos esse in retentione, non in petitione, ut diserte scribit Ulpian. *lib. Reg. tit. de dote*. Et ita legata quoque relicta incertis personis sunt in retentione, si forte solvantur, non in petitione, quia ab initio jure civili inutilia sunt, & ut ait illa *l. ex quibus*, *ex quibus causis retentionem habemus, non petitionem, ea si solverimus, repetere non possumus.* Prima fronte illius regulæ hic videtur esse sensus, ut mihi debita, quæ retinere possum, non petere, si solvam, repetere non possum: quo sensu, si solvam, id est, si ea non retineam, nec enim proprie solvo, quod mihi debetur, sed quod ego debeo. Itaque improprie dixit si solvam, vel si solverimus, & confirmatur ille sensus *l. si in area*, *de cond. ind.* Sed ut nulla sit improprietas, & ne verbum, solvo, nove usurpetur, & inusitate, quasi solvam, quod mihi debetur, cum id non retineo, propius vero esse videtur, ut eam regulam sic accipiamus. Mihi debita, quæ retinere possum, non petere, si mihi solvantur per errorem, ut is, qui solvit ea repetere non possit, quia utar jure meo, si ea mihi solverit, id est, jure retentionis, quod solum mihi competit. Et ita interpretemur verba hujus regulæ. Ex quibus causis retentionem habemus, petit. non habemus, videlicet si alii ea nobis debeant, ex iis causis ea si nos aliis debeamus, & solverimus, repetere non possumus, ut si legatum relictum incertæ personæ solvamus, puta ei, qui primus ad funus venit, licet per errorem, solvamus, id repetere non possumus, quia etsi non habuit legati petitionem, tamen habet retentionem, *d. §. incertis*. Ergo incertæ personæ legatum relictum non est in petitione: idemque est in hereditate: nam incerta persona heres institui non potuit, quia certum esse debet consilium testantis. Et sunt hujus juris vestigia etiam in Pand. *l. 9. §. heres*, *ff. de hered. instit. l. sciendum*, *de verb. sig.* Postumo quoque non semper legari potuit, aut non omni jure. Postumus aut est suus, aut alienus, sive extraneus. Suus est, qui natus nobis est futurus inter suos heredes, veluti filius. Alienus, qui natus non est nobis futurus suus heres, licet sit agnatus, vel cognatus. Et postumo quidem suo legari potuit, idemque heres institui potuit jure civili, aut *l. Julia Velleja*. Postumo autem alieno legari non potuit, quasi incertæ personæ: fideic. tamen relinqui potuit, *l. 5. §. ult. ff. de reb. dub. l. 2. in prin. ff. de jure cod.* Postumus quoque alienus jure civili institui non potuit, jure Prætorio institui potuit, & admitti ad

bon.

bon.poss. secundum tab.non etiam adire hered. jure civili, *l. postum. ff. de inoff. test. l. 1. §. si filius in adopt. & l. extraneo, ff.de vent.in poss.l.3.ff. de bon. poss.sec.tab.§.1. Instit. de bon. poss. & §. postum. de leg.* Ergo postumus nec jure veteri per omnia fuit habitus pro incerta persona, quamvis nondum sit, & nesciatur an futurus sit, aut quis futurus sit, an homo, an monstrum, & paulatim etiam postea discessum est à veteri jure in quibusdam: Nam Senatusc.concessum est, ut civitas posset heres institui à libertis civitatis, *l. 1. D. de sib. univ.* Et alio Senatusc. ut civitatibus omnib. quæ essent sub imperio pop. Romani fideicom. hereditas relinqui posset, *l. omnib. ad Treb.* Et alio Senatusconsulto, ut & collegiis licitis, & corporib. legatum, aut fideicommiss. speciale, aut universitatis relinqui possit, *l. cum Senatus, de reb. dub. l. 3. tit. seq.* Et certatim deinde Constit. principum Christianorum, ut & Ecclesiæ relinqui possit, & pauperib. id est corpori pauperum civitatis, & captivis, ut redimantur ab hostibus, *l. 1. & l. generali, sup. de sacros. Eccles. l.id, quod, l.nulli, l.si quis ad declinandum, sup. de Episc. & cler.& Nov.* 131. Et tandem generaliter Constit. hujus tit. Justinian. decrevit valere legata relicta quibuscunque incertis personis, aut corporibus licitis, & collegiis licitis, & postumo alieno, quin & postumum alienum heredem institutum, non tantum jure prætorio ad bona venire posse, ut olim, sed etiam sine auxilio prætoris hereditatem adire posse jure civili. Et excepit Justinian. tantum tutorem: nec enim voluit incertam personam recte tutorem dari, quia certo consilio debet quisque de tutela posteritati suæ consulere, & ita in *l. tutor incertus, D. de test. tut.* Et hæc satis erit adnotasse ad hunc tit.



AD TITULUM XLIX.

AD SENATUSCONS. TREBELLIANUM.

HIC tit. propriè pertinet ad hereditates fideicommissarias, de quibus jam actum est supra multis locis, in tit. de fideicommissis, quia non est tantum de fideicommissis specialibus, sed etiam de fideicommissis hereditatum. Et de iis duo fuerunt Senatusconsulta, Trebellianum, & Pegasianum, quorum differentia luculenter explicatur in Instit. & in Reg. Ulp. *tit. de fideicommissis*, & in *Sent.* Pauli *tit. de Senatuscons. Pegas.* Prius fuit Senatusc. Trebel. cum nondum lex Falcidia pertineret ad fideicommissa, sed ad legata tantum. Posterius fuit Senatusc. Pegasian. ex quo l. Falcid. porrecta est etiam ad fideicommissa, vel specialia, vel hereditatem, *§. sed quia heredes, Instit. de fid. hered.* quod significat articulus *hodie* in *l. 1. §. hodie, ff. si cui plus qu. per l. Falcid.* Trebel. Senatusc. fuit de transferendis omnibus actionibus ab herede rogato restituere hereditatem, licet jure ipso heres permaneat in fideicommissarium; omnibus actionibus tam activis, quam passivis, id est, quas heres habet, vel quibus obstrictus est. Et placet ratio Senatusconf. quæ proponitur in *l. 1. D. ad Treb. cum esset æquissimum*, inquit, *in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus, fructusque transferretur potius, quam cuiquam periculosam esse fidem suam.* Ubi primum in initio Senat. dum ait, *cum æquissimum esset in omnibus fideicommissariis hereditatibus*, illud, *fideicommissariis*, est irreptitium, quoniam intelligit de omnibus hereditatibus, sive directo nobis obveniant, sive restituantur nobis, sive cedantur in jure. Nam & hereditas in jure cedi potest, ut Servius *lib. 3. Æneid.* Cedere, inquit, est verbum juris, nam cedi hereditas dicitur, & Ulp. *lib. reg. tit. de dominiis*. Itaque primum ajo, verbum *fideicommissariis*, abundare: deinde quæro, quid sit in illo Senatusc. *ex iis eos subire*: quid hoc est *ex iis*, & opinor legendum, *ex 12. tabul.* vel, *ex 12.* simpliciter ut alias ostendi 1. *de legibus* circa finem, *nec Mamilia lege singuli, sed iis tres arbitri fines regemus*: ita esse legendum ex 12. *tres arbitri fines regemus sacratisque legibus*, esse legendum, ut in veteribus, 12. Et sic etiam opinor in *l.2. §. omnium, de orig. jur. omnium tamen harum, esse scribendum, omnium tamen 12. tabu.* & conflatus est error ex notis: qua ratione sit conflatus, ore non possum exprimere, manu facile possim: & cuique cupienti ostendam. Auctoritate Justinian. Senatusc. Pegas. transfusum est in Trebell. adeo ut, quæ fiebant olim ex Pegasiano, veluti deductio Falcidiæ, hodie fiant, & fieri dicantur, & venire ex Senatusconf. Treb. atque ita dicimus hodie ex Senatusconf. Treb. ex fideicommisso detrahi quadrantem, id est, Falcid. si heres sponte adierit, & onera creditorum hereditariorum dividi inter heredem, & fideicommissàrium pro quadrante, quem retinet, & dodrante, quem restituit. Ita ut heres, quod solverit creditoribus pro dodrante, id à fideicommissario repetere possit, *l. 1. hoc tit.* vel si heres non retineat quadrantem, sed restituat totam hereditatem, omnia onera creditorum transferuntur in fideicommissarium. onera autem legatorum, vel fideicommissorum specialium semper pertinent ad fideicommissarium, quia ex quadrante, id est, ex Falcidia non delibantur legata, sed quadrans delibatur ex legatis, & fideicommissis, *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. D. eod. tit.* Et hoc si dodrans restituatur, vel as ex fideicommisso: nam si minor pars hereditatis restituatur, puta, semis, non tantum onera creditorum, sed etiam onera legatorum dividuntur pro rata inter heredem ex asse, & fideicommissarium semissarium, quæ est sententia *l.2. hujus tit. & l. 1. §.qui minorem, l. etiam, §.1.D.ut legat.no.cau.& l.1.§.pen.D. ad Treb.* Et ad hæc notandum ex *l. 3.* Senatusc. Treb. locum esse, & l. Falcidiæ non tantum si fideicommissaria hereditas relinquatur ab herede testamentario, sed etiam si relinquatur ab intestato ab herede legitimo, ut in *l.3. & 5.hujus tit.l.1.§. hoc autem, & l.recusare, §.1.D. eod.l.ult, inf. quand. dies leg.ced. Il y à en vostre glose, l. fideicommissum, il ne faut rien que, fi. c'est à dire finali, l. ult. §.fin.D. ad l.Falcid.* Et proponit *l.3.* heredem legitimum ex asse rogatum restituere hereditatem Reip. & utile fideicommissum esse, licet sit relictum ab intestato. Et ex Senatusconf. Trebel. olim Pegas. heredi, inquit, vel heredibus legitimis oneratis illo fideicommissu quartæ partis, id est, Falcidiæ, & fructus ejus restitutio competit, quoniam heres retinet non tantum Falcidiam, sed etiam Falcidiæ fructus semper, *l. mulier, §. si heres, D. ad Treb.* Sed quid est quod ait *l. 3. quartæ partis, & fructus ejus heredibus legitimis restitutio competit*, debuisset dicere *retentio competit*, & sane spuria est vox illa *restitutio*. Et rectius legitur in aliis libris, *quartæ partis, & fructus ejus institutio competit*, nisi mavis *retentio*, quandoquidem non proponuntur instituti heredes, sed legitimi heredes, qui rogati sunt Reipub. restituere hereditatem. Etiam mendum est in *l.5.* in fine, in qua lege etiam ostenditur fideicommissum hereditatis recte relinqui ab intestato, & conventos legitimos heredes de fideicommisso nihil obtinere posse ex SC. ultra quartam, deducto ære alieno, inquit: nam primum deducitur æs alienum, deinde ponitur ratio legis Falcidiæ, & deducitur Falcid. si locus ei sit, *l. 6. tit. seq.* & ultra hanc quartam, inquit, ut legendum est in fine, nihil obtinere posse præstiterit, Senatusc. scilicet, id est, Senatusc. non præstitit legitimo heredi, ut ultra quartam quicquam aliud obtinere possit, ubi *obtinere*, est *retinere*, ut in *l. 1. sup. de iis, quæ sub modo, & l.cum fratrem, sup.de iis, quib. ut indig.* Et postremum hoc est ut admoneamus, ex SC. Pegasiano hoc quoque esse transfusum in Treb. ut heres, qui suspectam hereditatem dicit, coactus adire hereditatem fideicommissariam periculo fideicommissarii, ne intercidat fideicommissum, non retineat Falcidiam, sed assem restituat, & omnes actiones transferat in fideicommissarium, & ita in *l. cogi. §. idem Mæcianus, & l. si heres, D. eod. tit.* articulo *hodie* significatur hoc caput Senatusc. Pegasiani, quod etiam, ut dixi, Justin. transtulit in Treb. ut unum esset tantum Senatusc. de fideicommis-

sariis heredit. & huc pertinet *l. 4. h. tit.* cujus species est elegantissima. Nepos aviam, & fratrem heredes instituit ex parte, & aviam rogavit, ut partem suam restitueret Quintianæ: avia repudiavit partem institutionis suæ, ut scilicet adcresceret alii nepoti, eidemque coheredi defuncti, nec perveniret ad Quintianam: ac deinde avia coactam à prætore, postulante Quintiana, hereditatem adivit, & priusquam pro herede gereret, ioquit, id est, priusquam ex hereditate quicquam attingeret, eamque restitoeret Quintianæ (aditionem sequitur pro herede gestio, quod notandum maxime ex hac *l. 4.*) Si inquam, priusquam attingeret hereditatem, quam adivit coacta, eamque restitueret, vita decesserit, an intercidit fideicommissum, quod viva non restituit Quintianæ? lex ait consistere fideicommissum, & à coherede, cui adcrescit esse præstandum, maxime post Constitut. Severi, & Antonini, quæ vult, ut legata relicta ab instituto, videaotur relicta à substituto, licet ab eo nominatim repetita non sint, vel etiam fideicommissa qualiacumque: Nam consequens est huic constitutioni, ut coheres quoque quasi substitutus, vel exemplo substituti consequator adcrescentem portionem coheredis cum onere fideicommissi, quasi legata relicta à coherede videantur repetita ab alio coherede, cui adcrevit portio prioris, licet à posteriori non sint nominatim repetita, ut in *l. 16. §. 1. D. de leg. 1. l. mortuo 49. §. 1. l. si Titio 61. §. ult. D. de leg. 2.* Ex quo intelligitur verum esse, qood Azo dixit, Constitutione illa Severi, & Antonini abrogari quod vetustiores juris auctores existimaverunt, puta Julianus, & Celsus in *l. Celsus, §. ult. ff. eod.* videlicet adcrescere portionem coheredis sine onere fideicommissi, si ab eo quoque nominatim relictum non sit. Ita existimaverunt Julia. & Celsus cum nondum prodiisset illa Constit. Sed hodie sententia Constitut. sequenda est, & observa diligenter in specie hujus *l. 4.* coheredi adcrescere portionem coheredis, quia eam repudiavit, & adcrescere statim à repudiatione, nec ei auferri, licet coheres postea coactus adeat, non auferri scilicet ab herede coheredis, qui postea coactus adiit, non auferri jure transmissionis, sed auferri jure fideicommissi à fideicommissario sine deductione Falcidiæ, quia coheres, cujus portio ei adcrescit, coactus adiit, & qui coactus adiit, amittit Falcidiam. Et ita exposuimus quinque priores leges hujus tit. atqoe etiam *l. ult.* Cum dixi onera omnia legatorum pertinere ad fideicommissariom, cui dodrans restituitur, quod quadrantem illibatum apud heredem remanere oporteat, & mulro magis onera legatorum, vel fideicommissorum pertinere ad fideicommissarium, cui as restituitur, id est, tota hereditas, ut in specie hujus *l. ult.* ex præcepto testatoris, qui totam hereditatem restitui jussit, tota restitoitur: obi observandum est diligenter jam à tempore editæ illius legis ult. Justin. parturiisse id, quod palam biennio post edidit *Novel. 1.* scripta ad eundem PP. ad quem scripta est hæc *l. ult.* ne scilicet heres detraheret Falcidiam vetaote testatore, nec contra voluntatem testatoris. Nam satis vetat Falcidiam detrahi, qui jubet totam hereditatem restitui, ut *l. penales, §. ult. D. ad l. Falcid.* Breviter hoc dico, eam *l. ult.* esse certissimum indicium parturitionis, id est, Novellæ, quæ biennio post edita fuit, ut Falcidia prohiberi possit: & ounc restat taotum ex hoc tit. *l. jubemus, & l. pen.* Sunt duæ ll. celeberrimæ, & in usu frequentissimæ. Ad *l. jubemus*, sciendum est in primis, fructus medio tempore ab herede perceptos ex legato, aut fideicommisso relicto in diem, vel sub conditione, quia jure hereditario, & ex judicio defuncti percipiontur, qui interim fructum omnem heredis esse voluit, & omnia, quæ ex judicio defuncti percipiuntur in quartam imputantur: & fructus igitur medio tempore perceptos in Falcidam imputari, quæ detrahitur ex legatis, vel fideicommissis quibuscunque. Et consequenter eos fructus Falcidiam submovere, & excludere, si tantum efficiant fructus, quantum quarta pars hereditatis efficit, & fructus quartæ, quod ostenditur in *l. mulier, §. si heres, l. in fideicommissarium, & l. deducta, §. ante diem, D. eod. tit. l. Pap. §. unde si quis, D. de inoff. test. l. quod de bonis, §. fructus, & l. filiusfam. in fi. & l. qui quadringenta, §. qui ducenta, D. ad l. Falcid.* Et est certissima regula juris, quæ locum habet in omnibus heredibus oneratis legatis, aot fideicommissis relictis io diem, vel in conditionem, ut fructus medii temporis, quos capiunt, sibi imputent in Falcidiam: & si non sufficiaot Falcidiæ, ut id tantum, quod deest, detrahant, & ut si superant Falcidiam fructus medii temporis, ut superfluum quod est sibi habeant, quooiam ita voluit defunctus, ut ante diem, vel conditionem fideicommissi omnia commoda perciperent, & tenerent: locum, inquam, hæc regula habet io omnibus heredibus, exceptis filiis: Nam Zeno Imp. in hac *l. jubemus*, excipit filios solos heredes institutos. Itaque in filiis jus hoc singulare est, ut si onerati sint fideicommisso hereditatis, vel pecuniario, vel speciali relicto in diem, vel sub conditione in quartam Pegasianam, ut dixere veteres J C. ut corrigontur à Justinian. in quartam Trebellianam, quæ & generali nomine dicitur Falcidia, non imputent fructos medio tempore perceptos, etiamsi specialiter rogati, jussive fuerint à patre, vel matre eos fructus imputare in quartam: non omni præcepto parentis obtemperandum est, maxime dante lege licentiam non obtemperandi, & minuente potestatem patris, sed ut filii retineant omnes fructus medii temporis, & hoc amplius detrahant quartam ex rebus ipsis, vel corporibus hereditariis, si hereditatem rogati sint restituere in diem, vel sub conditione, vel si rogati sint præstare fideicommissum speciale, ut lucrifaciant fructus medii temporis: & præterea ex rebus ipsis fideicommissi specialis ferant quartam, si fideicommissum oneret hereditatem, aut si fideicommissa multa sint specialia, quæ onerent, vel exhauriaot hereditatem. Et additur in hac *l.* idem juris esse, si filii heredes instituti onerati sint legatis, ut scilicet in quartam, quæ proprie dicitur Falcidia, cum deducitur ex legatis, non imputent fructus medii temporis. Denique in nullam quartam filii heredes instituti imputant fructus medii temporis. Quod procedit non tantum si à filiis legata, vel fideicommissa extraneis relicta sins, sed etiam si ipsi filii heredes instituti ex partibus, invicem substituti sint per fideicommissum, id est, si rogati sint, ut qui diem suum obiret sine liberis, partem suam superstitibus fratribus restitueret. Quam conditionem *si sine liberis diem suum obierit*, etiam Zeno in hac *l. §. pen.* docet deficere, vel uno relicto filio, aut postumo, vel uno nepote ex filio, vel filia, vel uno pronepote ex nepote, vel ex nepte, quod confirmat etiam *l. 1. sup. de condit. insert. & l. pater, §. 1. D. de cond. & demon. l. non est sine liberis, D. de verb. sign.* Aug. *lib. 16. de civit. Dei, cap. 40. in latinæ linguæ consuetudine*, inquit, *liberi dicuntur filii, etiamsi non sint uno amplius.* Idem quoque juris, ut scilicet filii non imputent in Falcid. fructus medii temporis, vel quæcumque sunt fructuum vice, vel usuras pecuniarum, noo taotum si, ut dixi, invicem sint substitoti per fideicommissum, sed etiam si separatim quibusdam, vel cuidam ex filiis, si sine liberis moreretur, superstes, vel superstites fratres per fideicommissum substituti sint. Et quod dico, si separatim, lex dicit simpliciter, si simpliciter rogati sint, id est, separatim, noo invicem, non vicissim, non mutuo: vox *simpliciter* varie accipitur in libris nostris, hoc loco, id est, sine reciprocatione, sine mutua substitutione, in *l. 15. sup. de fideicommissis*, id est, pure, sine conditione ulla, in *l. 5. §. nunc videamus, D. jud. solvi*, id est, sine satisdatione, in *l. 15. sup. de fideicom.* id est, generaliter, non nominatim, ot in *l. si domus, de leg. 1. & l. hinc quæritur, D. de pecul.* & in *l. 1. sup. de ædilit. action.* Simpliciter, id est, bona fide, ut in oratione Demosthenis in Timocratem Ulp. interpretatur *ἁπλῶς*, quod est simpliciter, *ἀντὶ τοῦ σαφῶς, καὶ μὴ πανοῦργως*, id est, *bona fide, non mala*: & in *l. 6. §. si quis ita, D. de neg. gest.* Id est, supine, & *εὐήθως*, puta cum quis suum negotiom in suis bonis gerit quasi alienum, id est, existimans esse alienum, quæ est summa supinitas, & simplicitas nescire sua bona, suaque negotia,

& ca

& ea accipere pro alienis, quo ex gestu non est actio negotiorum gestorum, quamvis animum habuerit gerendi negotia aliena. Verum hæc mittamus, & pergamus explicare cætera, quæ continentur in hac l. Quod dat filiis, ut in Falcid. non imputent fructus medii temporis, docet obtinere, etiamsi filii rogati sint restituere hereditatem nepotibus defuncti, id est, filiis suis, vel pronepotibus, id est, nepotibus suis, vel deinceps cæteris liberis. Et ita principium hujus legis divido in 3. partes contra quam faciat Accurs. ut prima pars sit de quarta Trebell. ne in eam imputentur fructus intermedii temporis. Secunda autem pars sit de quarta Falcid. quæ ducitur ex legatis, ut in eam similiter à filiis non imputentur fructus medii temporis. Et notandum hanc secundam partem his verbis contineri, *idemque in retinenda legis Falcid. portione obtinere jubemus*: nam post verbum *jubemus*, punctum apponi oportet, ut tertia pars incipiat ab his verbis, *etsi pater*, &c. quæ est de nepotibus, ut si filii heredes instituti rogati sint nepotibus, id est, filiis suis restituere hereditatem, etiam non imputent in Falcidiam fructus medii temporis. Et notandum hoc jus tantum dati filiis heredibus institutis, non etiam nepotibus heredibus institutis, vel aliis liberis, in *§. ult. hujus l.* filii hoc habent præcipuum supra omnes liberos. Nec omittendum est ex *cap. Raynutius, extra, de testam.* hoc jus singulare datum esse filiis in fructibus perceptis ante litem contestatam: nam æquissimum est, ut fructus perceptos post moram, id est, post lit. contest. imputent in Falcid. Omnis mora dispendiosa est, aut esse debet: & sequitur in *§. in supradictis*, aliud jus singulare, quod datur filiis solis heredibus institutis, ut scilicet, si filii heredes instituti rogati sint hereditatem restituere, non dico jam fratribus, sed nepotibus, id est, filiis suis, non cogantur nepotibus, id est, filiis suis præstare cautionem de fideicommisso, quæ ex edicto jure desideratur à fideicommissario: nam filio fides patris satis esse debet, nec desideranda est fides alterius. Excipiuntur tantum duo casus, quibus pater à patre suo heres institutos, & rogatus nepoti hereditatem restituere, debet nepoti præstare cautionem fideicommissi. Prior casus hic est, qui proponitur in hoc *§.* si testator jusserit caveri nepoti de fideicommisso pendente conditione fideicommissi, vel die, quoniam testator hoc non jubet sine aliqua providentia, & notitia morum filii heredis instituti, ut æquum sit huic voluntati testatoris obtemperare. Secundus casus hic est, si filius heres institutus, & rogatus restituere hereditatem filio, aut filiis suis ex priore matrimonio susceptis, soluto eo matrimonio, transeat ad secundas nuptias: Nam quia secundæ nuptiæ plerumque alienant animos parentum à liberis primarum, ideo ut in tutum redigatur fideicommissum hereditatis, & hoc casu debet pater præstare filio cautionem fideicommissi, sed non qualem præstari oportet aliis fideicommissariis, quibus præstatur satisdatio fidejussorum, *en baillant respondans*, ut loquitur *l. necnon, D. ex quib. caus. majo.* Sed pater filio fideicommissario non præstabit satisdationem fidejussorum, præstabit nudam cautionem tantum, nudam repromissionem, ut *l. filio, D. ut leg. nomine*, quoniam pater non est acerbe exigendus, non avare, & sufficere ubique debet filio fides patris, quem habere debet pro bono viro, & revereri, & inverecundum est à patre desiderare alienam fidem. Et ita licet in hoc *§.* utatur verbo *satisdationis*, ut illis duobus casibus pater præstet satisdationem filio de fideicommisso, licet, inquam, utatur verbo *satisdationis*, tamen satisdationem accipere oportet pro nuda cautione, non pro satisdatione fidejussorum: & ita sæpissime accipitur in jure, & hoc loco esse ita accipiendam hanc vocem ostendit *Nov.* 22. in qua refertur sententia hujus *§.* & pro satisdatione vertit *ἀσφάλειαν*, quo nomine nuda cautio significatur in *l. 3. sup. de verb. sig.* Ergo illis duobus casibus filius jure desiderat à matre primum cautionem fideicommissis pendente causa fideicommissi, & à patre, etiamsi filius sit sui juris, non si sit in potestate patris, quoniam nunquam restituitur fideicommissum filiof. nisi emancipetur, vel nisi dilapidet pater bona, quæ filiofamil. suo forte post mortem restituere jussus est: Nam ob dissolutos mores patris, etiam filiofamil. repræsentatur fideicommissum, quam in rem est elegantissima *l. imperator, ad Senatusc. Trebell.* & hæc est interpretatio *l. jubemus*. Ex *l. penult.* primum notandum est, pupillo relictam hereditatem fideicommissariam, ipsi pupillo esse restituendam tutore auctore, quoniam restitutio fideicommissi potest esse damnosa, propterea quod transferuntur onera in fideicommissarium ex Senatusc. Trebelliano: idcirco interponi auctoritatem tutoris oportet, non tutori restitui, sed pupillo tutore auctore, videlicet si pupillus sit præsens, & si fari possit: nam & vox fideicommissarii desideratur, ut desideret adire hereditatem suo periculo, si heres suspectam eam dicat, & recuset adire: Sed quid fiet si pupillus sit absens, vel si fari non possit? Et hoc constituit Justin. in hac *l. pen.* ut recte fiat restitutio hereditatis tutori soli, non ut procuratori pupilli, sicut Accurs. ait: quia si fieret ei ut procuratori, pupillum non obligaret oneribus hereditariis, antequam ratum haberet, vel ab eo bona recepisset, sed fit restitutio tutori ut tutori ex Senatusc. Trebell. quæ pupillum obligabit. Et ita quoque si furioso sit relicta fideicommissaria hereditas, restitutio potest fieri ex Senatusc. Trebell. ita ut obligetur furiosus soli curatori ejus, quia furiosus habetur pro absente, & pro infante. Et hæc Constit. Justiniani confirmatur *l. restituta, §. ult. & ll.* quæ sequuntur duabus, & *l. servo invito, §. si pupillo, D. ad Treb.* Et notandum quod ait *d. §. si pupillo*, per tutorem fideicommissarii heredis heredem testamento scriptum posse compelli adire, & restituere exemplo juris civilis, & juris prætorii. Exemplo juris prætorii, quia & per tutorem potest peti bon. possessio delata pupillo, *l. tutor, ff. de bon. poss.* Exemplo juris civilis, quia & tutor potest pro herede gerere nomine pupilli, videlicet eodem casu quum pupillus est infans, vel absens, ut in *l. si infanti, sup. de jure delib.* Et ita legendum in *d. §. si pupillo*, ut pro herede tutor gerere possit, non ut pupillus pro herede gerere possit tutore auctore si sit infans: Nam hoc est falsum, *l. pupillus, de adqu. hered. l. 1. inf. ad Senatusc. Tert.* Secunda definitio Justin. quæ proponitur in hac *l. pen.* hæc est. Heres institutus, qui rogatus est restituere hereditatem, latitat, aut evocatus à Prætore, ut restituat hereditatem, venire contemnit: quid fiet? fideicommissarius potest quidem vindicare hereditatem fideicommissaria hereditatis petitione, de qua est tit. in Dig. Sed quomodo transferuntur in eum actiones ex Senatusc. Trebell. quia non transferuntur in eum sine restitutione heredis, & heres latitat, & non restituit. Eadem quæstio intervenit si idem heres, antequam restitueret, diem suum objerit nullo herede relicto: nam & hic quemadmodum transferentur actiones in fideicommiss. nullo existente, qui restituat fideicommissum. Eadem quæstio etiam intervenit, si primus fideicommissarius, cui heres restituit hereditatem ex Senatusc. Trebell. rogatus sit alii restituere eandem hereditatem, quia Senatusc. Trebell. loquitur de herede, ut ab herede transferantur actiones in fideicommissarium. Sed ut ait *l. quamvis, §. 1. D. eod. tit.* hoc jure utimur, ut etiam heres heredis oneratus fideicommisso restituat ex Senatusc. Treb. id est, transferat actiones, ut bonor. possessor, aut pater, vel dominus, sed eodem jure non utimur in primo fideicommissario, ut & hic secundo fideicommissario restituat ex Senatusc. Trebell. id est, ut transferat actiones de herede heredis, aut patre, vel domino. Non dubitatur de primo fideicommissario rogato restituere secundo: dubitatur, ut ait *l. 1. §. de illo dubitatur, D. eod. tit.* quemadmodum scilicet in secundum fideicommissarium actiones transferantur, & ut refert Justinianus hoc loco, Ulpian. dicebat hac de re esse constituendum, à principibus scilicet, & quod eo jure non uterentur, non posse se introducere, aut definire: opus esse constitutione principis, & ita sæpissime in jure in ἀμηχανίᾳ, in loco præcipiti, ut loquitur *l. cum quidam,*

sup. de administr. tut. implorandum est principis auxilium, consulendus est princeps, ut in *l. itaque, D. de fid. lib. & l. si cui legatum*, *D. de cond. & demonstr.* ubi extra ordinem constitui oportere, inquit, Jurisc. in quæstione quadam dubia, à principe scilicet, non à Prætore, quæ ibi proponitur, *l. 2. in fine. D. de reb. eorum, qui sub tut. sunt.* Et Justin. in quæstione proposita suscipit has partes in *l. pen. §. ult.* ut superioribus tribus casibus ipso jure transferantur actiones in fideicommissarium, quod duobus prioribus casibus sane verum est sine restitutione ulla. Sed tertio casu omnino desideratur restitutio primi fideicommissarii, ut *d. §. de illo, & §. seq.* ut mirer huic *l. pen.* opponi *§. de illo*, cum secundum illum §. sit accipienda *l. pen.* ut tertio casu ipso jure transferantur actiones in secundum fideicommissarium, restituta hereditate à primo, perinde ac si primus esset heres testamento scriptus, Senatusc. Treb. porrecto etiam ad hunc casum: nec tamen existimandum est primum fideicomm. deducere Falcidiam: nam hoc certum est in jure solum heredem directo institutum detrahere Falcid. aut solum legitimum, cui directa hereditas lege defertur, non fideicommissarium: fideicommissarius primus secundo solidum restituit, in *l. cogi, §. Marcianus, l. si patronus, §. qui fideicom. D. ad Trebell. l. lex Falcid. §. ult. D. ad l. Falcid.* nisi scilicet fideicomm. primus eam deducat ex persona heredis, qui forte noluit eam deducere, & totam restituit primo fideicommissario, ut ipse eam deduceret à secundo, ut in *l. 1. §. inde Neratius, D. ad Treb.*

AD TITULUM L.

AD LEGEM FALCIDIAM.

Vide Appendicem in fine Tomi VII.

AD TITULUM LI.

DE CADUCIS TOLLENDIS.

Ad L. Et nomen, & materiam *caducorum ex bellis ortam, & auctam civilibus, quæ in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, Patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere: ut quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret. Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit, & per desuetudinem abolita: ita & à nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui & ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret. Sed & ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut & substitutiones introducerent ne fiant caduca: & si facta sint, ad certas personas recurrere disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis: quod & nos fieri concedimus. Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus, & angustiis circumcludens, solis parentibus, & liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subjectis sine differentia personarum hoc concedimus.*

UT lex Falcidia de modo legatorum fuit lata Augusti temporibus: ita Papia Popœa lex de caducis hereditatibus, & legatis: & lex Falcidia à Justiniano non quidem sublata, sed valde rescissa, sive restricta est *Novell. de heredibus, & Falcidia*, ut docui super. titulo. Lex autem Papia ab eodem Justiniano oratione missa ad Senatum, quam posuit sub hoc tit. penitus sublata est. Caduca vero ex Ulpian. *lib. regul. tit. de Caducis*, ita definiuntur: *Quæ jure relicta capaci, aliqua ex causa post mortem testatoris ab eo in fiscum cadunt*. Dico *capaci*: Nam quæ incapaci relinquuntur, non sunt caduca, sed pro non scriptis, pro non datis, vel relictis habentur, *l. 1. sup. de hered. instit.* Dico *post mortem testatoris*: nam ea tantum proprie dicuntur caduca directo nomine, aperta voce, ut ait in *§. & cum triplici, hoc tit.* quæ deficiunt post mortem testatoris; quæ autem deficiunt vivo testatore, ut si legatarius moriatur vivo testatore, vel si conditio legati vivo testatore deficiat, ea in lege Papia dicuntur esse in causa caduci, quia eodem jure sunt, eademque conditione, qua sunt caduca: nimirum ut recidant in fiscum, *d. §. & cum triplici*. Dixi *aliqua ex causa*, causam accipiens pro casu. Sunt autem caducorum quinque casus. Primus hic est, si post mortem testatoris ex parte heres scriptus, vel legatarius vita decesserit ante apertas tabulas, quod est antequam cederet dies legati, vel dies adeundæ hereditatis: nam ex lege Julia, & Papia is dies incipit ab apertis tabulis, & recte ait Ulp. in supradicto loco, *ex parte heres scriptus*, quoniam hic non potuit adire hereditatem ante apertas tabulas: at heres scriptus ex asse potuit adire hereditatem clausis tabulis testamenti, *l. mulieri, l. multum, ff. de cond. & demonstr. l. 1. §. ult. de jur. & fact. ignor.* Secundus casus: Si post mortem testatoris ex parte heres scriptus, vel legatarius ante apertas tabulas, ut Ulpianus loquitur supradicto loco, *pereger factus fuerit*, id est, si peregrinus factus fuerit amissa civitate Romana: ut si deportatus sit in insulam, quæ peregrinitas pro morte habetur, *l. 1. §. filium, ff. de bonor. possess. contra tabul. l. verum, §. ult. ff. pro soc.* & peregrinus incapacibus annumeratur. Dixit autem Ulpianus *pereger*, pro *peregrinus*, non male; cum & veteres dixerint *peregris*, Ausonius *epist. 17. Nedum me peregrem existimes, composita fabulari.* Tertius autem casus hic est, ut constat ex eodem Ulpiano, si legatum, aut hereditas relicta fuerit cœlibi; & is intra diem 100. id est, intra diem cretionis, & aditionis à morte testatoris legi Papiæ non paruerit, id est, uxorem non duxerit: Nam & hoc casu, quod ei relictum est, caducum fit. Cœlebs proprie dicitur de viro, qui uxorem non duxit, vel qui ductam amisit, quasi μονόλυκον, κοιλὴν λέγουσι, ut αἰγίλιψ dicitur petra prærupta, & inaccessa, quæ non admittit capram, quasi αἶγας λείπουσα fœmina autem, sive virgo sit, sive mulier, vidua dicitur, non cœlebs, quod concubitum faciat vir, non mulier, *l. ult. sup. de indict. vidult. tol.* Quartus casus est: Si legatum, vel hereditas relicta fuerit Latino, & is intra diem centesimum, id est, intra diem cretionis à morte testatoris, jus Quiritum, id est, civitatem Romanam consecutus non fuerit: Qui duo posteriores casus etiam ab Ulpiano repetuntur eodem libro in *tit. qui heredes instituti possunt*. Addamus quintum casum: si post mortem testatoris conditio hereditatis, aut legati defecerit; quia ejus dies non cessit, & qui initio fuit capax hereditatis, aut legati, ex accidenti, id est, deficiente conditione factus est incapax, quo casu etiam fiscus vocatur ex lege Papia. Ne addas sextum casum ex Accursio in *d. §. & cum triplici*. Si post mortem testatoris legatarius repudiaverit legatum; quoniam ea tantum fiunt caduca, quæ postea legatarius cœpit capere non posse. Atqui quod repudiavit, cepisset si voluisset. Igitur repudiatum legatum non fit caducum, sed remanet apud heredem, *l. 16. §. 1. de leg. 1. l. si Titio, §. ult. de leg. 2. l. 9. de usufr. leg.* Ex his quinque causis, quas exposui, hereditates, vel legata fiunt caduca, & quod dixi in definitione, caduca ab eo, cui relicta sunt cadere in fiscum, rationem nominis demonstrat simul, & causam introducendorum caducorum. Introducta enim sunt caduca tempore Augusti fisci, sive ærarii augendi, & replendi causa, quod bella civilia exhauserant, suscepta inter Pompejum, & Cæsarem, inter Antonium, & Lepidum, & Brutos, *ce fut un moyen pour trouver de l'argent*, & hanc causam legis Papiæ introducendorum caducorum ita proponit Justin. initio Constitutionis, & *l. 2. §. solum, sup. de vet. jure enucl.* & Cornelius Tacitus 3. Annal. *Relatum, inquit, de moderanda Papia Popœa, quam senior Augustus post Julias rogationes*

tiones incitandorum cœlibum pœnis : & augendi ærarii, causa A scilicet (*car il parle toujours ainsi*) *sanxerat*. Atque eadem quoque ratione augendi ærarii per bella civilia exhausti vicesima hereditatum, de qua diximus *tit.*23. lege Julia introducta est, ut Fiscus hereditatis, quæ inexpectato obveniret extraneo, ferret vicesimam partem. Hoc de vicesima ait Plinius in Panegyrico, *Onera*, inquit, *Imperii pleraque vectigalia instituta, ut pro utilitate communi, ita singulorum injuriis coegerunt, iis vicesima reperta est*. At Cornelius Tacitus supradicto loco aliam quoque notavit causam legis Papiæ, & introducendorum caducorum: ut scilicet per bella civilia amisso incredibili, & ingenti numero civium Rumanorum, qui superessent soboli propagandæ darent operam, & ampliando Imperio civium adjectione: ideo propositas fuisse pœnas iis, qui cœlibes essent, puta, ne hereditates, B aut legata caperent iis relicta, nisi intra centum dies à morte testatoris uxores ducerent: Propositas etiam esse pœnas orbis, id est, liberos non babentibus, ne solidum caperent ex aliorum testamentis, qui non essent proletarii, qui essent improles, ut loquebantur veteres: & contra fuisse proposita præmia patribus, quod & paulo post idem Cornelius significat his verbis: *Lege Papia Popœa inducti præmiis, ut si à parentum privilegiis cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret*, id est, ut orborum bona redigerentur in fiscum magna ex parte, quæ scilicet iis deferrentur ex aliorum testamentis: & maxime observandum, quod Dio scribit *lib.*56. tempore latæ legis Papiæ Popœæ tantam fuisse penuriam civium Romanorum, ut ipsi consules Papius, & Popœus cœlibes, & orbi essent non inventis maritis, & patribus, qui eis an- C teponerentur: Nam ut idem significat *lib.*53. in adipiscendis honoribus patres præferuntur orbis, & mariti cœlibibus, & ita hic locus explicatur. Hæc autem secunda causa legis Papiæ, & introducendorum caducorum, ut videtis, pertinet proprie ad tertium casum. Ad eundem etiam tertium casum, atque etiam ad quartum pertinet, quod Ulpianus scribit *titulo de Latinis*: Latinum consequi jus Quiritium, id est, civitatem Romanam, *si navem fabricaverit decem millium modiorum capacem, quæ Romam sex annis frumentum portaverit*, ex edicto *D. Claudii*. Ex quo loco Ulpiani emendandus, & interpretandus est hic locus elegantissimus Suetonii in Claudio: *Naves*, inquit, *mercaturæ causa fabricantibus magna commoda constituit pro conditione cujusque: civibus vacationem legis Papiæ Popœæ*, id est, ut cœlibatus, & orbitatis pœnas non susti- D nerent, *Latinis jus Quiritium*, ut scilicet sine cunctatione hereditates, & legata omnia caperent; *& fœminis* (*quæ naves fabricassent suis sumptibus*) *jus quatuor liberorum*. Ad hæc notandum est, quod quemadmodum vicesima hereditatum remittitur liberis, & parentibus heredibus institutis, auctore eodem Plinio in Panegyrico, & ut *l. ultima*, *sup. de codic.* electo jure testamenti liberis, & parentibus remittitur, id est, permittitur mutare consilium, & transire ad jus Codicillorum: ita quæ legata, aut portiones hereditatis deficiunt, noluit lex Papia recidere in fiscum, liberis, aut parentibus institutis heredibus, sed remanere apud heredes institutos, qui sunt ex liberis, vel parentibus testatoris, usque ad tertium gradum, id est, usque ad pronepotem, & proavum: ubi *Usque* includit etiam tertium gradum. Possent mul- E ta dici de illo articulo *usque*, includat, au excludat, valde utilia, quæ suo loco reservamus. Et ita liberis, aut parentibus beredibus institutis, quæ deficiunt legata, aut hereditates, non fiunt caduca, vel caducæ, sed remanent apud liberos, vel parentes usque ad tertium gradum. Et hoc est, quod ait Ulpianus *eod. lib. tit.*1. 17. *&* 18. & Justinianus *§.*1. *hoc tit.* liberis, & parentibus heredibus institutis jus antiquum servari, quod obtinuit ante legem Papiam, ita jubente ipsa lege Papia, ne his personis heredibus institutis locum habeant caduca, id est, ne locum habeat fiscus, aut ærarium, aut vocetur in ea, quæ deficiunt ex quinque superioribus causis. Et hoc est etiam, quod ait *l.*29. *§. ult. D. de leg.*2. filium heredem institutum, cui pars coheredis, à quo nominatim legatum extero relictum est, adcrescit, eam partem, legatumque capere jure antiquo, id est locum non esse caduco; sed à filio retineri, & legatum illud non præstari: quoniam non à se relictum est, sed à coherede nominatim, quod tamen hodie non sequimur, post rescriptum Severi, & Antonini, quo legata relicta ab instituto, etiam nominatim videntur repetita à substituto: & consequenter à coherede, tanquam à substituto, *l. si Titio*, *§. ult. D. eod.* Et ita Azo recte sensit, rescripto Severi corrigi sententiam Celsi, atque Juliani: quibus tamen fuit ratio ita scribendi, rescripto nondum edito Severi. Et ad hoc quoque pertinet *lex* 5. *in fine*, *D. de vulg. subst.* cum ait: nihil interesse, coheres coheredis partem capiat, & vindicet jure substitutionis, an per legem, id est, per Juliam, & Papiam, quæ est inscriptio istius legis quintæ: puta, si heres sit ex liberis, vel parentibus: quo casu partem vacantem coheredis per legem Papiam occupat, excluso fisco. Justinianus autem in hac constitutione, quod lex Papia solis liberis, aut parentibus dedit ad tertium gradum usque, dat omnibus heredibus institutis, restituto jure antiquo, & abolita penitus lege Papia caducaria, cui cum originem dederint bella civilia, ut diximus supra, consequens esse ait, ut pacatis rebus civilibus, & in pristinam dignitatem, amplitudinem, & opulentiam restaurata Republica, cessent etiam viæ conficiendæ pecuniæ publicæ, cessent commoda fiscalia. Et ideo, ut cessat vicesima hereditatum, etiam cessent caduca, quæ fisci exiguitas, rerumque necessitas extorserat: & ita pereleganter L. Valerius apud Titum Livium libro trigesimo quarto. *Quas tempora aliqua* (inquit) *desiderarunt leges, mortales, & temporibus ipsis mutabiles esse video, quæ in pace latæ sunt, plerumque bellum abrogat: quæ in bello, pax*. Et ita lex caducaria, quæ in bello fuit lata civili, vel ejus occasione, cum esset exhaustum ærarium, merito ea abrogatur pace reversa. Exposui definitionem caducorum, & sententiam pene omnem legis Papiæ caducariæ; & causam ferendæ ejus: & cur Justinianus tandem eam abrogare necessarium esse duxerit: nomenque, ut ait, & materiam caducorum à suo Imperio secludere: & jus antiquum restituere omnibus heredibus institutis, quod lex Papia conservarat solis liberis, & parentibus usque ad tertium gradum, ut deinceps quæcunque deficerent legata post mortem testatoris, aut vivo testatore, ex quatuor, aut quinque causis, quas exposui nudius quartus, ea omnia etiam penes heredes extraneos, qui scripti essent, remanerent, & portiones similiter hereditatum, quæ deficerent ex iisdem causis coheredibus adcrescerent, qui hereditatem, aut bonorum possessionem admisissent. Consummavit Justinianus, quod alii ante eum principes inchoaverant: Nam ut ait, & alii principes, qui ante eum rerum potiti sunt, quædam emendaverant capita legis Papiæ Popœæ. Septimius Severus emendavit caput legis Papiæ Popœæ, quo præscripta erat ætas, qua liberos habere oporteret. Tertullianus in Apologetico; *Nonne vanissimas leges Papias*, inquit, *quæ ante liberos suscipi cogunt, quam Juliæ matrimonium contrahi, post tantæ auctoritatis senectutem, heri Severus constantissimus principum exclusit?* & nota quod ait, *cogunt matrimonium contrahi: cogunt liberos suscipi*: quoniam hoc maxime facit ad intelligendam *L.* 21. *ff. de rit. nupt.* cujus inscriptio etiam est ad legem Juliam, & Papiam, & ait, *non cogitur filiusfamilias uxorem ducere*, non cogitur scilicet legibus Juliis, aut Papiis, quoniam iis legibus ad uxorem ducendam, liberosque procreandos coacti, & compulsi sunt tantum patresfamilias, qui suæ familiæ principes essent, non etiam filiifamilias, qui in aliena potestate, & familia essent, qui nondum haberent suam familiam propriam. Ætas autem, qua lex Papia liberos exigebat, fuit in mare viginti quinque annorum, in fœmina viginti. Ulpianus *libro regul. tit.*16. *Aliquando*, inquit, *vir, & uxor solidum inter se capere possunt, veluti si uterque, aut alteruter nondum ejus ætatis sunt, qua lex*, id est Papia, *liberos exigit*;

A *git*; sic est in originali, id est, ut subjicit, si vir sit minor vigiotiquinque annorum, & fœmina minor annorum viginti, id est, qui hac ætate matrimonio conjuncti non susceperunt liberos, incidunt io pœnas orbitatis: & illam quoque ætatem vigintiquinque annorum notavit Hermias *Ecclesiast. hist.* 1. *cap.* 9. Sed hanc ætatis præscriptionem, hoc legis Papiæ caput, ut dixi ante, Severus exclusit. Deinde vero Constantinus Imperator prorsus sustulit pœnas cœlibatus, & orbitatis, *l.* 1. *inf. de infir. pœn. cœlib. & orbit.* Ubi sunt suaves, qui orbitatem interpretaotur, carentiam uxoris, sive viduitatem, cum sit *ἀπαιδία*, non *ἀγαμία*, cœlibatus est *ἀγαμία*. Et pœnas dicit cœlibatus, vel orbitatis, ut Domitius Ulpianus supradicto loco, Tacitus 3. Annal. & *l. si is, qui heres, D. de vulg. subst.* Cujus inscriptio etiam est ad legem Juliam, & Papiam: Nam ita puoiuntur cœlibes, ut B nihil omnino capiant ex testamentis extraneorum, non legata, non hereditates, quæ solvendo sunt, *la ou il y a dequoy*. Nam legata, hereditates, quæ solvendo non suot, capere non prohibentur: quia lex Papia voluit minuere commoda eorum, non incommoda, non onera *l. si quis solidum, D. de hered. instit.* Cujus inscriptio etiam est ad eandem legem Papiam, & ita vero puoiuotur cœlibes, nisi post mortem testatoris legi Papiæ paruerint, id est, nisi intra dies centum contraxerint veras, non simulatas nuptias: Nam simulatæ non sufficiunt: & ita ex inscriptione etiam *lex simulatæ, de rit. nupt.* est referenda ad legem Papiam: oec quod eadem lex jussit, ut intra dies ceotum nuptias faceret, relictum est sine interpretatione: propterea quod, ut articulus *usque*, ita articulus *intra* est ambiguus: quandoquidem ambigi- C tur, utrum includat, an excludat: sed hoc facta interpretatione ad eandem legem Papiam declarat *lex si quis sic dixerit, ff. de verb. signif.* Ut hoc sermone, intra dies centum, etiam ipse dies centesimus comprehendatur, ut vox intra includat, non excludat. Dixi cœlibes, nisi hoc ita fecerint, oihil posse capere ex testamentis extraneorum: Nam à propinquorum bonis non repellebantur, ut Hermias scribit eodem loco. In quo vertendo perperam Epiphanius interpres omisit negationem contra fidem Græci exemplaris, & scripsit, *cœlibes ad alia bona, quam propinquorum admitti*; cum lex dixerit, eos non admitti ad alia bona, quam propinquorum. Orbi autem ex lege Papia, eorum, quæ relinquuntur, semisse mulctantur, id est, semis relictorum caducus fit. Hermias in supradicto loco, *νόμος ἦν τοὺς ἄπαιδας ζημιοῦν τῷ ἡμίσει τῶν* D *καταλειπομένων*: id est, *lex orbos relictorum mulctat dimidia parte*. Et ita D. Ambrosius *Lucæ* 3. *cap. Erat*, inquit, *deforme liberos non habere, quod etiam legum civilium fuit auctoritate mulctatum*. Unde ad eas leges, quæ loquuntur de iis, qui partem taotum capere possunt ex testamento, id est, dimidiam (nam cum partem dicimus simpliciter, intelligimus dimidiam) ex alienis testamentis maxime, quæ sunt inscriptæ ad legem Juliam, & Papiam, ut *l.* 42. *&* 55. *§. ult. D. de leg.* 2. ad eas conveniens exemplum apponi potest de orbis, sive de iis, qui sunt improles, ut veteres loquuntur, simul & ad eas, quæ sunt inscriptæ ad easdem leges, & loquuntur de modo capiendi lege concesso, vel de statuta legi portione, id est, legi Papiæ, *l. sed si hoc specialiter, ff. de condit. & demonst. l. quoties, ff. ad leg. Falcid.* Unde emendanda est proculdu- E bio *lex quod conditionis, §.* 1. *D. de mort. caus. donat.* Ubi habent etiam Florentini, *modo legati concesso*, cum, ut io supradictis legibus sit scribendum, *modo legi concesso*, id est, legi Papiæ, de qua est etiam inscriptio illius legis. Fuerunt hæ pœnæ tum cœlibatus, tum orbitatis veteribus Romanis in commendatione, prima quasi fundamenta Reipublicæ, ut intelligere licet ex Panegyrico dicto Maximiano, & Constantino in illo loco: *leges eæ, quæ mulcta cœlibes notavere, parentes præmiis honorarunt, vere dicuntur esse fundamenta Reipublicæ, quia seminarium juventutis, & quasi fontem humani corporis semper Romanis exercitibus ministrarunt*: Sed ut dixi in d. *l.* 1. Constantinus eas pœnas omnino sustulit, motus ratio-

A nibus, quas refert Eusebius 4. *de vita Constantini*: quod non sit æquum puniri eos, qui nihil dolo malo deliquerunt; sed qui vel vitio, & imbecillitate naturæ operam liberis dare non possunt, liberos procreare non possunt, quod præstat, inquit, *ἐλεεῖσθαι, ἀλλ' οὐ τιμωρεῖσθαι*, qui sunt miseratione potius, quam pœna digni. Vel etiam qui studio religionis, & castitatis, abhorrentes à contactu fœminarum, se dant; vel ut Tertullianus loquitur, se adsignant spadonatui, quos etiam præstat, ut ait, *ἀποθαυμάζειν, ἀλλ' οὐ κολάζειν*, qui sunt admiratione potius digni, quam pœna: & hæc retuli, ut ostenderem, quod ait Justinianus initio hujus Constitutionis: *Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit*: ut ostenderem id referri debere ad Severum, & Constantinum; non ad leges, quas Accur- B sius adducit, quæ sunt Justiniani ipsius, non anteriorum principum. Et hoc demonstrato, addit Justinianus etiam pleraque capita legis Papiæ per insuetudinem fuisse abolita, quo genere leges abrogantur, non mious, quam decreto, jussoque populi, *l. de quibus, in fi. ff. de legib.* Non decreto tantum, jussoque, sed etiam tacito, illiteratoque consensu populi. Denique legum jussa, tacito consensu populi obliterari. Addit præterea Justinianus, ut magis, atque magis ostendat paulatim fuisse imminutam potestatem legis Papiæ: atque adeo fuisse sibi causam ejus tollendæ penitus, jus caducorum, & adeo legem Papiam caducariam displicuisse Jurisconf. ut interpretationibus suis, quoad ejus fieri potest, semper caduca coerceant, ut in causis odiosis plerunque versari solent, ut eas impugnent scilicet, & conteraot potius, quam adjuvent C interpretatione. Idque apparet primum ex *l. intercidit, ff. de condit. & demonst.* quæ lex docet legatum fieri caducum, non tantum quod relictum est pure, sed etiam quod relictum est sub conditione, si legatarius decesserit ante apertas tabulas, vel antequam conditio legati extiterit: deinde docet, non idem esse, si legatarius peregrinus factus fuerit post mortem testatoris: Nam hoc casu purum quidem legatum caducum fit, at conditionale non fit cadacum: quia potest restitui in civitatem Romanam adhuc pendente conditione. Spes restitutionis excludit fiscum: cum tamen alias ad spem restitutionis non soleant animum attendere juris anctores, ut *§. cum autem, Instit. quib. mod. jus patr. potest. sol.* cum ait, *Deportatione patris, vel filii non suspendi patriam potestatem, sed amitti penitus, nec in considerationem ve-* D *nire spem restitutionis*. Sed in considerationem venit in *d. l. intercidit* odium caducorum. Idem apparet ex *l. quæro, D. de verb. signific.* quæ lex ostendit, non videri orbam esse eam mulierem, quæ partum edidit monstrosum, vel prodigiosum: ne quod fato contingit, ei injungat mulctam orbitatis: & ut nihil imputetur mulieri, quæ qualiter qualiter legi Papiæ obtemperavit, cum tamen alias, id est, in aliis partibus juris, non videatur peperisse, quæ monstrum edidit, aut prodigium, aut portentum, *l. non sunt liberi, D. de stat. hom.* eadem ratione licet princeps teneatur lege Falcidia, cui quid legatum est, & aliis plerisque legibus, solutus tamen est lege Papia caducaria, *l. princeps, D. de legib.* Princeps solutus est legibus, non omnibus, sed caducariis, secundum inscriptionem: hoc etiam ostendit *l. quod principi, D. de leg.* E 2. quod apparet etiam magis ex specie *l. ult. in fine, D. de his, quæ ut indign. aufer.* Sed primum sciendum, legatum relictum incapaci esse pro non scripto, & quod est pro non scripto, remanere apud heredem, nec fieri caducum: hoc ita semper obtinuit. Item sciendum, legatum, quod deficit vivo testatore mortuo legatario, esse in causa caduci, & pertinere ad fiscum. Nuoc finge, utrumque intervenisse, id est, & relictum esse legatum incapaci, & legatarium decessisse vivo testatore, quid fiet? utrum fiscus admittetur, quasi legatum sit in causa caduci: an heres, quasi legatum sit pro non scripto? & lex heredem præfert fisco, juxta legem *non puto, D. de jur. fisc.* non puto eum delinquere, id est, non puto eum ineleganter dicere, qui in dubiis causis respondet contra fis-

cum

cum : nam ut eleganter ait optimus Constantinus *l.2. C. Theod. de advocat. fisci. Potior est apud me privatorum causa, quam fisci tutela*, & ita de Marco Philosopho Capitolinus scribit, eum judicantem nunquam javisse fisco suo in causis compendii, quem imitatus est etiam Antoninus in specie *l.Paula, §.1. ff. de legat. 3.* Imitatus est bonum principem, *sub quo*, ut ait Plinius in Panegyrico, *fisci sæpe mala causa est* : & hoc idem studuisse, scilicet juris auctores coercendis caducis demonstrat *lex Divi, §. ult. ff.de jur. codicill.* Sciendum est, legatum relictum mortuo, esse pro non scripto : ergo remanere apud heredes. Repetendum etiam illud, quod diximus ante, legatum esse in causa caduci, quod deficit mortuo legatario, relicto testatore superstite : nunc finge: Ego in codicillis mortuo aliquid legavi, quem existimabam vivere post factum testamentum, qui vixerat tempore testamenti, quia mortuo legavi, videtur esse pro non scripto, sed quia vixit tempore testamenti, & scripta in codicillis, maxime testamento confirmatis, intelliguntur scripta in testamento, & ex testamento vires accipiunt secundum regulam *l.2. §.1. ff.eod.tit.* Ideo videor legasse vivo, qui postea mortuus sit superstite testatore : ex eo sequitur, legatum esse in causa caduci : unde oritur lis inter heredem, & fiscum, sed lis datur in dubia causa statim secundum heredem, excluso fisco, *d. l. Divi, §. ult.* Id etiam ostendam, tantum alia proposita specie, ut ita constet multis exemplis quam verum sit, *juris auctores* omni conatu, omnique via imminuisse jus caducorum, ex *l.2. D.de aur. & arg. leg.* Cujus species hæc est : legavi uxori, quæ ejus causa empta parata essent, qui antea mandaveram Titio, ut emeret ornamenta quædam in usum uxoris : deinde me vivo mortua est uxor, atque ita legatum videtur esse in causa caduci : & post mortem uxoris Titius emit, quod emere jusserat eum testator. Quæritur, an id quoque sit in causa caduci ? & ait non delinquere, non ineleganter dicere eum, qui non admittit fiscum ad id, quod fuit emptum post mortem uxoris, quod non videatur ejus causa emptum, quod emptum est post mortem ejus. Igitur fiscus tantum admittetur ad cætera, quæ uxoris causa empta erant antequam moreretur. Postremo docet Justinianus, non tantum anteriores Principes, non tantum jurisperitos quantum potuere imminuisse caduca, sed & ipsos testatores id sollicite plerumque agere, suadentibus scilicet Jurisperitis, & dictantibus (neque enim solebant testamenta fieri sine jurisperito) ne caduca fierent, facere substitutiones. Quid hoc est ? quasi substitutiones inventæ sint post caduca ad ea tollenda : substitutiones sunt antiquiores caducis, nempe ex XII. Tabul. ex illa lege *Paterf.uti legassit, &c.* Sed significat testatores repellendi fisci causa pluribus heredibus institutis ipsos substituisse invicem, vel uni substituisse omnes coheredes : vel unum omnibus, ut in *l.5. de vulg. subst.* ne locus pateret fisco, id est, ut substitutus excluderet fiscum, maxime facta reciproca substitutione, ut dixi, nullique heredi non dato substituto coherede suo, vel coheredibus suis : ut non abs re in *l.miles, §.ult. ff.de leg.2.* ponatur, heredi datos substitutos coheredes, non alios. Unde ita concludamus, hodie Justinianum, posteaquam docuit anteriores principes satis egisse, ut aboleretur lex Papia, & jureconsultos quoque, ac testatores ipsos imbutos à JC. idem sollicitius egisse, ne caduca fierent, ut paulatim jus decresceret, quod diu invaluit, tandem censuit ipse, penitus esse abolendam legem Papiam caducariam, & retinendam tantum (quod notandum) l. Juliam caducariam, quæ scilicet ultimum tantum locum dat fisco, videlicet si nemo sit, qui ad hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum pervenire possit, neque scriptus heres, neque legitimus, aut bonor. possessor, neque conjux : vel si sit quidem, sed omittat delatam hereditatem, legatumve : ut iis omnibus demum deficientibus, veniat ultimo loco fiscus, vel populus, ut olim, velut parens omnium (ut ait Cornelius Tacitus) ad bona vacantia, Strabo 17. *ἀδέσποτα πάντα εἰς Καίσαρος, vacantia cadere in Cæsarem,* quod esse ex lege Julia Caducaria scribit Ulpian. *libro regul. tit.de poss.dandis, & l.quidam, §.quoties, ff.de legat.1.* unde in *l.ergo, §.eadem, ff.de fid.libert.* ego jam olim probavi, & vero vici in illo loco, si bona vacantia delata sint *caducis legionibus*, esse scribendum, *caducis legibus*, vel *caducariis legibus*, quales sunt Juliæ leges, quæ plurativo numero dicuntur *Juliæ leges* : & à Tacito *Juliæ rogationes*, quod multa contineant capita : licet una tantum fuerit lex, ut singula capita legum non male appellantur leges, sicut leges Papiæ dicuntur eadem ratione, quamvis una fuerit lex. Et hanc legem Juliam caducariam, quæ ultimum locum reservat fisco, hanc, inquam, solam se ait retinere Justinianus in *§.cum autem, & §.ult. h.legis*: abolita tantum lege Papia caducaria. Atque ita gloriatur Justinianus, se fisco suo non parcere, non favere in compendii, & lucri causis : exemplo D. Marci, & Antonini bonorum principum, cum fisco tantum det ultimum locum. Et hæc usque ad *§. & cum lege Papia.*

Ad §.Cum igitur materiam, *& exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quæ circa defunctorum hereditates procedebant sumpsit, & ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum Senatusconsulta, quæ circa legem Papiam introducta sunt, censuerunt, ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat ; primum hoc corrigentes, & antiquum statum renovantes, sancimus, omnes habere licentiam à morte testatoris adire hereditatem similique modo legatorum, vel fideicommissorum pure, vel in diem certam relictorum diem à morte testatoris cedere.*

SEquitur in *§.cum igitur*, legem Papiam caducorum materiam, & originem sumpsisse ex aditione hereditatis testatoris, quam ex parte heredes scripti nolunt adire ante apertas tabulas testamenti : ut quidquid medio tempore deficeret, puta si ante apertas tabulas is, cui quid testamento relictum est, capere non posset, id omne caducum fieret : cum tamen jure antiquo etiam ex parte heres scriptus adire hereditatem posset statim à morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti. Et similiter lex Papia noluit legatorum pure, vel in diem certum relictorum diem cedere à tempore mortis testatoris, quod tamen jure antiquo obtinuit, sed voluit, diem eorum legatorum cedere ex apertis tabulis testamenti. Et ita Ulpian. *lib. Reg. tit. de legat. legatorum*, inquit, *quæ pure, vel in diem relicta sunt* : quo modo loquitur etiam Justinianus in hoc *§. antiquo quidem jure dies cedit ex tempore mortis testatoris : per legem autem Papiam Poppæam*, inquit, *ex apertis tabulis testamenti*, id est, ab eo demum die, quo apertæ sunt tabulæ testamenti, & palam recitatæ : si moriantur legatarii, legata transmittunt ad heredes suos : non si ante eum diem moriantur : nam cedere diem legati, est competere legatum : *competere*, est compotem fieri legati, ut Apul. *lib.9. Metam. dies me maximi voti competeret*, dies aperturæ tabularum legatarium legati competit, id est, compotem facit, ut id ipse capere possit, vel transmittere ad heredem suum. Cui competit legatum, quive ejus compos factus est, transmittit legatum, *l.3. sup. qui admit. ad bonor. possess. poss.* licet nondum adquisierit, nondum fuerit consecutus legatum, *l.3. inf. quando dies leg. ced.* Cum compos quisque sit ejus, quo potiri potest, licet nondum potitus sit. Denique competit mihi, quod consequi possum, licet nondum consecutus sim : & effectus istius rei, quod quid nobis competere cœperit, est transmissio in heredem. Et recte Theophilitzes definit, cessionem esse legatorum, quæ nondum percepta sunt, in heredes transmissionem : definit ab effectu cessionem. Aliud est igitur competere legatum, cedereve diem legati, aliud adquiri legatum : itemque aliud deferri legatum. Competunt legata, ceditve dies legatorum jure antiquo à morte testatoris, jure novo, id est, ex caducariis legibus, ab apertis tabulis. Et effectus cessionis transmissio est. Deferuntur autem legata, sive pertinent : nam & pertinere proprie dicitur, quod delatum est, *l.si ita scriptum, §.1. ff.de legat.2.*

legat. 2. *l.* 14. *ff. de liber. & posthum.* deferuntur, inquam, A legata, sive pertinent à die aditæ hereditatis: & delationis effectus hic est: ut exinde peti, vel repudiari possint, *l.* 1. *§. decretalis*, *ff. de success. edic.* Nam ante delationem frustra agnoscuntur, vel repudiantur. Adquiruntur autem legata agnitione legatarii, & præstatione heredis: Nam ut omnia legata relinquuntur ab herede, quod est certissimum: & ut omnia legata ab herede peti possunt actione in personam, cujuscunque generis sint, sive formulæ, aut modi: cujus quidem actionis in personam formula hæc est: *dare*, vel *facere*, vel *præstare oportere*: & *præstare*, quod est ultimum, generale nomen est, quod ambitu suo complectitur duo priora verba, ut solent auctores, ubi posuerunt species, subjicere genus: ubi posuere specialia verba quædam, subjicere generale verbum: ita etiam omnia legata præstantur ab herede: & B præstare non est dare, aut facere simpliciter, sed aliud quoddam, quod jam puto me dixisse, quod leges, & formulæ antiquæ demonstrant, in quibus hæc tria verba feruntur eodem gressu, *dare*, *facere*, *præstare*, *l. qui libertinus*, *ff. de oper. liber. l.* 3. *ff. de oblig. & act.* Quod si legatarii moriantur ante apertas tabulas, ex lege Papia legata non transmittunt ad heredes suos, sed caduca fiunt, quod ut ait Justinianus in hoc §. *Senatusconsulta facta circa legem Papiam censuerunt* (scribendum *concesserunt*) de quo etiam in ora libri nos admonuit dominus Contius, ne si legas *Senatusconsulta censuerunt*, ut legatorum dies cedat ex apertis tabulis, hoc non videatur effecisse lex Papia, sed Senatusconsulta facta circa legem Papiam, quod tamen falsum est, ut locus supra relatus ex Ulpiano ostendit, per legem Papiam diem le- C gatorum cedere ex apertis tabulis, ut quæ deficerent, medio tempore, cederent lucro fisci. Ergo rectius *concesserunt Senatusconsulta*, ut etiam fere omnes libri antiqui habent, non *censuerunt*. Ideoque & post illa verba, (*sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum*) est ponenda subdistinctio, *que vous appellez une virgule*, ut sequatur, *Senatusconsulta*, *&c.* Sunt autem facta plura Senatusconsulta circa legem Papiam Popœam, vel interpretandæ, vel ampliandæ legis gratia, aut quæstionum dirimendarum, quæ oriebantur ex dispositione illius legis: unum proponitur in *l. senatus*, *ff. de donat. caus. mort.* quæ est etiam ex libris ad legem Juliam, & Papiam, ut scilicet cœlibes, & orbi, quos lex Papia censuit esse incapaces legatorum, sint etiam incapaces fideicommissorum, & donationum causa mortis. Qua de causa in *l. & fideicommissorum*, D *de legat.* 3. quæ est etiam ad easdem leges, dicitur legati appellatione, in lege Papia scilicet, contineri etiam fideicommissum, & donationem causa mortis, videlicet in illo capite legis Papiæ, quo certæ personæ ex testamento capere prohibentur, ut declarat *d. lex Senatus*. Neque enim idem dici potest de alio capite legis Papiæ, ex quo dies legati cedit ab apertis tabulis: neque enim legati nomen in eo capite producemus ad donationem mortis causa, vel fideicommissum, quia deficit Senatuscons. vel constitutio, quæ hoc produxerit, & odiosas leges sine legibus ampliare non possumus, aut debemus. Et vero certum est ex *l. ult. ff. de donat. causa mortis*: donationes causa mortis cedere à morte testatoris, nec expectare aperturam tabularum. Ergo & idem vere dici potest de fideicommissis, ut & E post legem Papiam fideicommissa cedant à morte testatoris: quia lex Papia de legatis tantum loquitur, quæ odiosa est lex: & odiosæ leges non sunt adjuvandæ interpretatione, ut in *l. cum quidam*, *ff. de liber. & posthum.* contra favorabiles sunt adjuvandæ interpretatione, *l. hoc modo*, *ff. de cond. & demon.* Aliud Senatuscons. quod factum est etiam circa legem Papiam, ponitur in *l. idque & in legato*, *ff. de hered. instit.* Si ita legatum sit, *Titio*, *& Sejo*, *utrive eorum vivet*, *heres meus dare illam rem damnas esto*: Altero mortuo ante apertas tabulas, is, qui superverit, totum legatum obtinebit, nec pars deficiens caduca fiet: quia tacite invicem substituti videntur, & substitutio præfertur caduco, non tantum expressa, ut heri dixi, sed & tacita ex Senatusconsul. de quo in *d. l. idque & in legato*: quæ est coaptanda cum præcedentibus: & non tantum directa substitutio præfertur caduco, sed etiam precaria, cui solebat injici ea conditio: *si sine liberis decesseris*, quæ frequenter occurrit in libris nostris: cur vero? nisi ne orbitatis causa bona venirent ad fiscum ulla ex parte, sed ad substitutum potius pertinerent directis, aut precariis verbis. Est etiam aliud Senatusconsultum in *l. Julianus*, *D. de legat.* 2. quod pertinere ad legem Papiam etiam ejus legis inscriptio demonstrat: & sententia Senatusconsulti illo loco relati hæc est: ut fideicommissum relictum à legatario, moriente fideicommissario ante diem fideicommissi cedentem, non pertineat ad heredem scriptum: nec si sit ex liberis, vel parentibus, ut ibi proponitur, qui jus antiquum habent, sed remaneat apud legatarium, à quo relictum est, ut potior sit causa ejus, cujus fides electa est, vacuefacto fideicommisso. Caducum etiam fideicommissum constat non fieri: quia lex Papia (quod maxime notandum) voluit minuere commodo heredum, non legatariorum: res legi fuit cum heredibus, ut scilicet quod alioqui apud eos remaneret, potius cederet fisco, locupletandi ærarii gratia, & hoc idem, quod proponitur in *d. l. Julianus*, comprobat *l.* 17. *eod. tit. & l. Pater*, *D. de leg.* 3. & *lex in fraudem*, *§.* 1. *ff. de iis*, *quæ ut indig. aufer.* hæc tantum tria Senatusconsulta invenio, quæ facta fuerint circa legem Papiam: & secundo quidem, ac tertio etiam hodie utemur: non etiam primo, non etiam eo, vel eis, quæ concesserunt, ut jussit lex Papia, diem legatorum cedere demum ex apertis tabulis testamenti. Nam ex hac constitutione Justiniani, quæ proponitur *in hoc §. cum igitur*, jus antiquum valet, quo cuilibet heredi permittitur adire hereditatem statim à morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti, & quo etiam dies legatorum, aut fideicommissorum, pure, vel in diem certum relictorum, cedit statim à morte testatoris, ut transmitti possint in heredes, & si nondum sint apertæ tabulæ testamenti, nondum omnibus palam innotuerit quidquam eorum, quæ relicta sunt. Excipiuntur tamen legata quædam, quorum dies cedit ab aditione hereditatis, de quibus tractabitur *infra* in *§. libertatibus*, eorum autem legatorum, quæ sub conditione relicta sunt, vel in diem incertum, dies cedit cum conditio extiterit, quod semper obtinuit: pura legata, vel in diem certum relicta alium diem habent, quo cedant jure antiquo: alium jure novo: Sed Justinianus restituit jus antiquum: ex quo sequitur, regulam Catonianam, quæ spectat tempus mortis testatoris, pertinere ad jus antiquum, quo dies puri legati cedit à morte testatoris: dum Cato ita constituit, legatum, quod inutile foret, si eo ipso tempore mortuus fuisset testator, quo testamentum fecit, in ipso articulo, ex post facto non convalescere, notat tempus mortis testatoris, id est, diem cessionis legati, secundum jus antiquum: & hoc est, quod dico, regulam Catonianam pertinere ad jus antiquum: non autem ad jus novum, id est, ad legem Juliam, & Papiam, qua dies legati puri non cedit à morte testatoris, sed ab apertura tabularum: quod tempus aperturæ tabularum, cum non notet, nec observet regula Catoniana, sequitur eam non pertinere ad legem Juliam, & Papiam: & hoc est, quod ait *lex ult. de regula Caton.* quam nostri nunquam interpretari potuerunt, regulam Catonianam non pertinere ad *novas leges*, id est, Juliam, & Papiam, sed pertinere ad jus antiquum, ut conceptio illius declarat. Et hoc etiam belle confirmat *lex* 42. *ff. de hered. instit.* quæ pertinet ad leges novas Juliam, & Papiam. Sciendum est eum, qui non est solvendo, in fraudem creditorum non posse servos manumittere in testamento, si manumiserit, ipso jure nullam esse libertatem ex lege Ælia Sentia, quæ tamen ei permittit, qui solvendo non est, unum tantum servum ex suis liberum, & heredem scribere, ut ejus servuli nomine potius, quam à defuncti creditoribus bona distrahantur, & veneant, quod erat ignominio-

sum ei, cujus nomine distractio fiebat. Quod si testator, qui solvendo non est, duos, vel plures servos liberos, & heredes faciat, is tantum erit liber, & heres, qui prior scriptus, vel nuncupatus fuerit: hoc cognito, finge non apparere, duobus institutis servis heredibus, uter sit prior, uter posterior: quoniam sutiplit hoc modo: *duos Apollonios servos meos liberos, & heredes esse jubeo*: duo servi erant ejus nominis: quid fiet? statim ab initio utriusque institutio, & manumissio nulla est: quia non apparet, quis sit prior, & unius tantum manumissio permissa est. Verum si alter ex iis Apolloniis mortuus sit ante apertas tabulas, quæ verba pertinent ad novas leges, convalescit institutio superstitis: Atque ita eo casu cessat regula Catoniana, quæ paucis hoc vult: ea, quæ ab initio non valent, ex post facto non convalescere: & pertinet tam ad hereditates, quam ad legata, sed refertur tantum ad jus antiquum, non ad legem Juliam, & Papiam, quæ leges quamdiu valuerunt, cessavit regula Catoniana, ut apparet ex *l.42. ff. de hered. instit.*

Ad §. Et cum triplici modo *ea, quæ in ultimis elogiis relinquuntur contingebat deficere: consentaneum est & tempora eorum, & nomina manifeste exponere: ut quod vel tollitur, vel reformatur, non sit incognitum: ea etenim, vel iis relinquebatur, qui in rerum natura tunc temporis, cum condebantur ultima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus testatoribus; & ea* pro non scriptis *esse leges existimabant. Vel vivo testatore is, qui aliquid ex testamento habuit, post testamentum ab hac luce subtrahebatur: vel ipsum relictum expirabat, forte quadam conditione, sub qua relictum fuerat, deficiente: quod veteres appellabant in* causa caduci. *Vel mortuo jam testatore hoc, quod relictum erat, deficiebat, quod aperta voce* caducum *nuncupabatur.*

DOcuit Justinianus initio hujus legis, cur materiam caducorum, quam lex Papia introduxit, tollendam esse duxerit, restituto jure antiquo omnibus heredibus institutis, quod lex Papia conservabat solis liberis, & parentibus usque ad tertium gradum: & materiam ipsam caducorum statim, causamque, & fundamentum eorum sustulit *in §. cum igitur*, quem heri exposui, ne deinceps caderent in fiscum, quæ relicta testamento, vel codicillis aliqua ex causa expirarent, & deficerent. Et nunc in *§. & cum triplici*, ea, quæ deficiunt, ex temporibus, quibus deficiunt, trifariam dispertitur: vel enim deficiunt statim initio testamenti, vel post factum testamentum vivo testatore, vel post mortem testatoris. Ea quoque nominibus ita distinguit, secutus veteres leges: ut quæ deficiunt ab initio, *pro non scriptis* esse dicat: quæ post testamentum vivo testatore, *in causa esse caduci*: quæ post mortem testatoris, directo nomine *esse caduca*: etiam eadem distinguit, & separat ex jure, quod proprie in quoque genere servatur. Denique ea, quæ deficiunt distinguit, & separat ex tempore, quo deficiunt, & ex nomine, jureque vario. Primum igitur dicamus de iis, quæ pro non scriptis sunt, id est, quæ perinde habentur, atque si scripta, & inserta testamento non essent, quæ & inutilia dicuntur, nullius esse momenti: hujus generis sunt, quæ jam mortuo forte ignorans testator reliquit, in *l. penult. D. de iis, quæ pro non scriptis habent. l. 2. paulo post princ. l. divi, §. ult. l. quidam, §. 1. ff. de jure codicil. l. quo loco, in fi. D. de hered. instit.* & in hoc *§. qui in rerum natura non fuerant*, id est, qui jam mortui fuerant, iis quod relinquitur sit pro non scripto: nam & qui nondum nati, vel concepti sunt, non sunt in rerum natura. Sed non tamen omnia, quæ iis relinquuntur pro non scriptis habentur, *l. placet, D. de liber. & post. l.2. in princ. D. de jure cod. l.6. §. ult. D. de reb. dub.* Item quod quis relinquit iis, qui capti sunt ab hostibus, pro non scripto est, si ibi moriantur, nec postliminio redeant, *d.l.pen. & l. si servo meo, §.1. ff. de leg. 1.* quia eo ipso tempore, quo capti sunt, mortui intelliguntur, id est, mors, quæ secuta est, jungitur captivitati, vel primo momento captivitatis, *l. justo, in fi. D. de usurp. & usuc.*

Item pro non scripto est, quod quis dictante testatore, sibi adscribit ex Senatusconsulto Liboniano, sive hereditatem adscribat, sive legatum, & ex alio quoque Senatusconsulto omnis scriptura captatoria pro non scripta est, id est, quod quis alii reliquit in hamo, hamata scriptura, ut ab eo, cui quid relinquit, eliciat tantumdem, vel amplius, veluti hoc modo: *Quantum mihi Lucius Titius legaverit, tantum illi heres meus dato*, legatum est captatorium, & ideo ex Senatusconsulto habetur pro non scripto, *l. 1. D. de his, quæ pro non script. hab.* Item quod relinquitur peregrino, *à un aubain*, qui non est civis Romanus, veluti deportato, pro non scripto est, *l. 1. sup. de hered. instit.* Et multo magis, quod relinquitur damnato in metallum, qui fit servus pœnæ, excepta tamen in utroque causa alimentorum: nam hujus legati incapaces non sunt, *l.3. de his, quæ pro non scriptis hab. l.16. D. de interd. & releg.* Damnatus in metallum est servus pœnæ, id est, servus sine domino: ideoque quod ei relinquitur pro nullo est, pro non scripto; quia non habet dominum, ex cujus persona sit cum eo testamenti factio. At si sit servus fisci, vel Cæsaris, vel privati, si modo cum domino ejus sit testamenti factio, legatum, quod ei relinquitur, utile est, & per eum domino adquiritur. Et quæso, videte quantum intervallum sit interjectum inter peregrinitatem, & servitutem, & mortem naturalem, & inter genera servitutum: si legatarius ante apertas tabulas moriatur, vel si peregrinus factus sit, ut si deportatus sit, purum legatum caducum fit. Conditionale autem legatum, si legatarius peregrinus fiat antequam conditio extiterit, caducum non fit: quia civitatem Romanam recipere potest, nondum defecta conditione, *l. intercidit, D. de cond. & dem.* Atque ita hoc casu peregrinitas morti non comparatur: quod evenit etiam in casu *l. ex facto, §. si quis rogatus, D. ad Treb. & l. 7. sed si mors, D. de donat. inter virum, & uxor.* Nec mirum, si tot casibus peregrinitas, vel deportatio morti non comparetur: cum & non quælibet servitus utique semper morti comparetur, non servitus, quam quis servit privato, vel fisco, vel Cæsari, ut *l. cum hic status, §. si donator, D. de donat. inter vir. & uxor.* Nam & ita si legatarius fiat servus fisci, vel Cæsaris, vel privati hominis ante apertas tabulas, vel quocunque alio tempore, legatum neque caducum fit, neque in causa caduci, sed novo domino adquiritur. Atque ita contingens servitus non comparatur morti naturali: sed si contingat servitus pœnæ, quæ alium non agnoscit dominum, quam cruciatum, & pœnam, & fodinam metalli: si, inquam, legatarius fiat servus pœnæ ante apertas tabulas, sive purum sit legatum, sive conditionale, omnino caducum fiet. Nam hæc servitus pœnæ ea est, quæ per omnia morti comparatur ex lege Papia, *d. l. intercidit*: quæ est scripta ad legem Papiam, secundum quam etiam est accipienda *lex antepenult. de reg. jur.* cum sit etiam scripta ad legem Papiam, dum ait, *servitutem mortalitati comparari*, in lege Papia scilicet: non quamlibet, sic velim accipiatis, sed servitutem pœnæ, veluti damnationem in metallum, vel ad gladium, vel ad bestias: si quis fiat metallicus, vel bestiarius, vel gladiatorius ex sententia judicis hic nullius est servus, nisi pœnæ, & per omnia pro mortuo habetur: & licet *d. l. antepenult.* adjiciat temperamentum illud *fere*, non eo articulo significat, aliquando servitutem pœnæ non comparari mortalitati, sed eum, qui subit hanc servitutem, propemodum moti naturaliter. Nam mortalitatem non accipit pro commortali natura nostra, sed pro naturali morte cujusque. Sed ut persequar, quod est in *d. l. 3. ff. de his, quæ pro non script. habent.* nam est satis difficilis: lex addit, quod incredibile posset videri: non tantum ea, quæ ab initio inutilia sunt pro non scriptis haberi, quod est certissimum, sed etiam ea, quæ ab initio utilia sunt, si postea in eam causam reciderint, à qua incipere non poterant: quasi scilicet in ea ipsa causa retro fuisse fingantur tempore testamenti: exempli gratia, Si quis legaverit servo alieno: deinde ejus servi do-

minium acquisierit, legatum pro non scripto est, quia in eam causam recidit, à qua incipere non poterat. Et ut quod quis legat servo suo sine libertate, pro non scripto est: ita quod legat servo alieno, si is post testamentum suus effectus est. Idem est, si quis legaverit civi Romano, & post testamentum factum, is, cui legatur, peregrinus factus sit, puta per deportationem: vel servus pœnæ, puta per damnationem in metallum, vivo scilicet testatore: sic enim est *d. lex 3.* accipienda: ut in priore casu est manifestius de legato relicto servo alieno, qui postea factus sit suus vivo testatore. Sic etiam accipienda *lex in metallum*, *ff. de jur. fisc.* Nam si post mortem testatoris, ante apertas tabulas legatarius peregrinus fiat, aut servus pœnæ, legatum non est pro non scripto, sed per legem Papiam caducum fit. Objicies primo: imo in causa caduci est legatum, si vivo testatore legatarius peregrinus factus sit, aut servus pœnæ, id est, si deportatus sit, vel datus in metallum, nec est pro non scripto, ut dixi, sed in causa caduci, qui vivo testatore deficit: hoc ego negabo: quia ut apparet ex hoc §. id tantum legatum constituitur esse in causa caduci, quod vivo testatore deficit, mortuo legatario naturaliter, vel legati conditione defecta, ut est in hoc paragrapho, non etiam si legatarius peregrinus fiat, aut servus pœnæ. Sed his casibus legatum pro non scripto est, secundum jus antiquum, quod ii casus non sint comprehenti lege Papia. Rursus objicies, etiam pro non scripto esse legatum, quod deficit vivo testatore morte naturali legatarii, quod nos diximus esse in causa caduci, & vero ita est. Sed posset quis tentare esse pro non scripto, non in causa caduci, quia scilicet in eam causam venit, à qua incipere non potest: Nam legatum mortuo relictum in causa caduci non est, sed pro non scripto est. Ergo & relictum vivo, si is moriatur vivo testatore, secundum definitionem *d. l. 3.* ut etiam ea pro non scriptis habeantur, quæ in eam causam incidunt, à qua incipere non poterant. Et respondeo, ita quidem esse, ut dicis, jure antiquo. Sed hunc casum esse exceptum lege Papia ab eo, quod dicitur, ea, quæ in eam causam pervenerunt, à qua incipere non poterant, pro non scriptis haberi: Nam & alio capite legis Papiæ, huic sententiæ derogatum est, hoc casu scilicet, si post mortem testatoris ante apertas tabulas legatarius moriatur, vel peregrinus factus sit, aut servus pœnæ: Nam ex lege Papia legatum caducum fit, quod jure antiquo haberetur pro non scripto, quia in eam causam recidit, à qua incipere non poterat. Igitur illa sententia, sive regula *leg.3.* non est porrigenda ultra casus in ea lege comprehensos: quod maxime notandum: nam vitiatur casibus legis Papiæ. Imo & plerisque aliis casibus quæ in eam causam pervenerunt, à qua incipere non poterant, non ideo minus utilia sunt, ut in *§. ex contrario*, *Instit. de legat. l. si à filio*, *l.plane*, *§. inde dicitur*, *ff. de legat.1. l.penult. §. ult. ff. de verb.obligat. l.3. sup. de interd.matr.* ut in jure nulla sit debilior regula, sive sententia, id est, quæ tot patiatur vitia, ut ex ea, quæ ducitur argumentatio, periculosissima sit.

Ad §. In primo itaque ordine, *ubi* pro non scriptis *efficiebantur ea, quæ personis jam ante testamentum mortuis testator donasset: statutum fuerat, ut ea omnia bona manerent apud eos, à quibus fuerant derelicta: nisi vacuatis, vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant, nullo gravamine (nisi perraro) in hoc* pro non scripto *superveniente: quod & nostra majestas, quasi antiquæ benevolentiæ consentaneum, & naturali ratione subnixum, intactum, atque illibatum præcepit custodiri in omne ævum valiturum.*

Dixi quæ pro non scriptis habeantur, dicam breviter, ut sciam hunc articulum, quo jure ea censeantur, quæ pro non scriptis habentur: idem jus est hodie, quod fuit olim, quod fuit semper, ut quæ habentur pro non scriptis, non recidant in fiscum: Nec enim ad ea pertinent leges Papiæ caducariæ. Eleganter Plinius *lib.2. Epistol. In codicillis*, inquit, *quæ pro non scriptis habentur, delatori locum non esse: sed quæ pro non scriptis sunt pertinent ad substitutum*, ut ostenditur in §. sequenti, & in *l.2. §.1. ff. de iis, quæ pro non scriptis habentur*: vel si non sit substitutus, pertinent ad conjunctum, id est, ad collegatarium, vel coheredem: & quomodo pertineant, & an semper pertineant ad conjunctum hoc in *§. in primo* Accursius præmature tractavit, cum sit differendum in partem, sive tractatum de conjunctis: quem Justinianus inferius nobis exhibet. Ergo satis habeamus dicere, ea, quæ habentur pro non scriptis, pertinere ad substitutum, vel conjunctum: vel si nullus sit, remanere apud heredem scriptum, vel legitimum, ut in *l.55. sup. §.ult. ff. de legat.2.* vel ne obstet *lex si quis eum*, *ff. de condit. & demonst. & lex pen. §. Scævola*, *D. de legat.2.* quas objicit Accursius, utque apertius respondeamus ad eas leges, quam ille faciat: concedimus ea, quæ pro non scriptis habentur, deficiente substituto, vel conjuncto, remanere apud heredem, si ab herede relicta sint: alioquin apud legatarium remanere, à quo relicta sunt. Ut si à legitimo relictum sit fideicommissum, quod habeatur pro non scripto, æquius est, ut in eo retinendo (dico retinendo, non petendo) potior sit causa legatarii, cujus fides electa est, ut in supradictis legibus, quas objicit Accursius, & *l. si quis quos*, *de legat.2.* Ergo remanent apud heredem, vel apud eum, à quo relicta sunt, quæ sunt pro non scriptis: & remanent quidem sine onere, ut definit in hoc *§. in primo*, ut si ab herede, cujus portio habetur pro non scripta, vel si à legatario, cui quid relictum est, habetur pro non scripto, relictum est, id ab eo alii legatum, aut fideicommissum, heres non præstat, apud quem remanet id, quod pro non scripto est: quia cum principale relictum pro non scripto sit; consequens est, ut & onus legati, vel fideicommissi ei injectum, pro non scripto sit, tanquam à nemine relictum. Itaque concludit merito Justinianus, quæ pro non scriptis habentur, apud heredem, vel apud legatarium, si ab eo relicta sint, ut dixi, retentionis jure remanere, deficiente substituto, vel conjuncto, & remanere sine onere. Sed addit Justinianus: *nisi perraro*, quod & apertius explicat in *§. hoc videlicet*, *infra*: Nam aliquando apud eos remanet cum onere: & rectissime Accursius duos tantum casus notavit, non potest dari tertius: unus est ex *lege cum vero*, *§. si pro non scripto*, *D. de fideicommiss. lib.* Legatarius rogatus est servum suum manumittere, legatum pro non scripto est, & remanet apud heredem, cum onere tamen ejus servi redimendi, & manumittendi: hic nimirum favor exhibetur libertati. Alter casus est in *l.ult. D. de his, quæ pro non script. hab.* ut legatum, quod quis sibi adscripsit, pro non scripto sit, & apud heredem resideat cum onere, quod est nominatim cautum, nec est alia quærenda ratio, nisi quod est nominatim cautum Senatusconsulto Liboniano, quod censuit, legata, quæ sibi testamentarii adscribunt, pro non scriptis esse, *l. filius*, *§. ult. D. ad leg. Cornel. de fals.* non addas tertium casum ex *l. civitatibus*, *§.1. de legat.1.* quæ male accipitur de iis, quæ pro non scriptis habentur: Species legis hæc est: quidam scripsit heredes Cajum, & Sejum: & ita dixit: *Cajus, & Sejus illi decem danto*: utrumque heredem oneravit nominatim; Sejus repudiavit hereditatem, adcrescet pars ejus Cajo, & Cajus illi præstabit totum legatum: quia, inquit, Sejus habetur pro non scripto: videtur ergo, quod remanet apud coheredem, quod non habeatur pro non scripto, remanere cum onere præstandi totius legati. Breviter sic respondeo: illo loco non hoc dicere Jurisconsultum, portionem Seii pro non scripta haberi, cum ei fuerit utiliter adscripta ab initio: sed Sejum, qui repudiavit haberi pro non instituto, id est, perinde esse, ac si Cajus solus fuisset heres institutus: solus ergo præstabit totum legatum: hoc etiam ita explicat *l.16. §. 1. de legat.1.* Et hæc de iis, quæ pro non scriptis habentur.

Ad §.

Ad §. Pro secundo vero ordine, *in quo ea vertuntur, quæ in causa caduci fieri contingebant, vetus jus corrigentes sancimus, ea, quæ ita evenerint, simili quidem modo manere apud eos, à quibus sunt relicta, heredes forte, vel legatarios, vel alios, qui fideicommisso gravari possunt: nisi & in hunc casum, vel substitutus, vel conjunctus eos antecedat. Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire: sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacunque via excogitatum. Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.*

IN causa caduci dicuntur, quæ post factum testamentum vivo testatore deficiunt morte naturali heredis, vel legatarii, aut defectu conditionis. Et hæc quidem jure antiquo pro non scriptis erant, quod in eam causam pervenerant, à qua incipere non poterant juxta *l.3. D. de his, quæ pro non scripl. habent.* Lege autem Papia erant in causa caduci, id est, obnoxia fisco; ex hac autem constitutione Justiniani pertinent ad substitutum excluso fisco, & restituto jure antiquo, vel si nullus substitutus sit, adcrescunt conjuncto, vel remanent apud heredem, vel quemlibet alium, à quo relicta sunt, id est, coheredem, vel collegatarium: substitutus præfertur conjuncto, *l.2. §. si duo, D. de bonor. poss. sec. tab.* quod hic venit ex tacita, ille, id est, substitutus, ex expressa voluntate defuncti. Et expressa voluntas facit cessare tacitam. Quod si nullus sit substitutus, vel conjunctus, ea, quæ in causa caduci sunt, remanent apud heredem, vel legatarium, vel alium quemlibet, à quo jure relicta sunt: conjunctus præfertur ei, à quo relicta sunt: nam substituto datur primus locus, conjuncto secundus, ei, à quo relicta sunt, tertius. Igitur ea, quæ pro non scriptis habentur ab iis, quæ sunt in causa caduci hoc distant, quod illa remanent sine onere apud eos, à quibus relicta sunt: Quæ sunt in causa caduci, cum suis oneribus, ut in *hoc §.* nam & cum recidebant in fiscum ex l. Papia, in eum recidebant cum suis oneribus, *l.ex facto, §.ult. de condit. & demonst.* Aut quibus casibus non recidebant in fiscum, veluti liberis, aut parentibus heredibus institutis, vel usufructu legato (Nam ususfructus nunquam recidit in fiscum, nec caduci, nec veluti caduci jure) his, inquam, casibus remanebant apud eos, à quibus relicta erant, similiter cum suis oneribus, *l.si ab eo, de usufr. leg.* Et ita ad substitutum quoque pertinebant cum onere, *l. licet, de leg. 1.* & similiter ad conjunctum, *l.29. §. 1. de legat. 2.* Cur autem ea, quæ pro non scriptis habentur apud eos remaneant sine onere, reddita ratione explicavi in *§. in primo, sup. eod.* quod onus ipsum pro non scripto sit, tanquam a nemine datum, sive relictum. Onus autem dicimus, ut ostendit hic §. præstandi legati, aut fideicommissi onus, præstandi libertatis onus, modo si quid legatum sit, ut aliquid fiat: Nam & hunc modum implere debet is, ad quem à legatario, qui defecit, transit legatum. Itemque onus conditionis dandi, vel faciendi aliquid, *l.si quis legata, l. si cui legatum, §.ult. de condit. & demonstrat.* Conditionis intellige, quæ sit in potestate ejus, cui adscribitur. Nam ut recte Accurs. conditio casualis non est onus, veluti, *si Titius consul factus fuerit*. Conditio etiam faciendi non omnis sequitur substitutum, vel conjunctum, ad quem transit relictum, quod deficit vivo testatore, quod dicebatur esse in causa caduci, sed ea tantum conditio transit, quæ per alium impleri potest, ut ostendit in *§. ne autem*, omnis conditio dandi potest per alium impleri, *l. ult. de condit. instit. l. Arescusa, de stat. homin.* conditio faciendi etiam per alium impleri potest: veluti si quis jubeatur suis sumptibus fabricare monumentum; potest enim suis sumptibus fabricare per alium, vel si jubeatur exstruere domum, item si jubeatur emere, locare, fidejubere: nam & hæc per procuratorem fieri possunt. Hæc

A facta, per alium impleri possunt: alia sunt facta, quæ personæ cohærent, nec possunt per alium adimpleri, ideo cum persona extinguuntur conditiones, quæ consistunt in eis factis, nec sequuntur substitutum, vel conjunctum, vel heredem, vel legatarium, vel alium, à quo relictum est, quod fit in causa caduci, ut si quis jubeatur navem fabricare suis manibus, suis operis: Non dico suis sumptibus: hæc sunt diversa suis manibus, suis operis, & suis sumptibus, ut in *d. §. ne autem, & l.11. §.ult. & l.seq. de leg.3.* Ergo hæc conditio *si navem fabricaveris tuis manibus*, personæ cohæret, quia electa est persona artificis, & ut ait *l. inter artifices*, quæ est notissima, *de solution.* inter artifices est longa differentia ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, & ut vulgo Græci dicebant πόσον τῶν φρυγῶν ϗ περσῶν διαφέρει: id est, *longa est distantia inter Phryges, & Persas*. B Et ita etiam si quis jubeatur uxorem ducere, si jubeatur juri civili operam dare, hoc factum personæ cohæret: videntur etiam omnia facta, quæ nullum opus post se relinquunt personis cohærere, nec posse impleri per alium, ut si quis jubeatur Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire, quæ facta nullum opus relinquunt. Nota est distinctio Aristotelis inter facta, quæ opus aliquod edunt, & quorum finis est aliud præter factum, sive factionem, ut si quis fabricet navem, & ea facta, quæ nullum opus relinquunt, quorum nullus est alius finis, quam ipsa actio, cujusmodi est saltatio, pulsus cytharæ, si quis peregre proficiscatur, in 1. Ethic. ad Nicom. & in 1. Ethic. & in 1. Polit. Quod autem dixi, ea, quæ sunt in causa caduci remanere apud legatarium, à quo relicta sunt, id nuper ostendi esse ex S.C. *l.Julian.* C *de leg.2.* Ea igitur senatus censuit lucro legatarii, à quo relicta sunt potius cedere debere, quam lucro heredis. Verum huic legi obstat *l.pen. §. 1. de adim. leg.* Cujus species hæc est: testator matri quatuor prædia legavit, & fidei ejus commisit, ut duo prædia socero restitueret: deinde codicillis ademit socero fideicommiss. relictum à legatario: quæritur, an ea duo prædia ex prælegatione apud matrem maneant? & *prælegationem* dixit pro *prælegato*, ut Boet. sæpissime in Comment. Topic. Cic. *legationem* dicit pro *legato*, ut *l. quisquis, de leg.3. prælegationem dotis, pro prælegata dote, l. cum vulgari, de dote præleg.* & respondet Scævola *in d. §. 1.* nihil proponi cur ad matrem illa duo prædia pertinerent, id est, non pertinere ad matrem: quod est, peti non posse à matre. Nam pertinere dicitur, quod delatum est, quod peti potest. Unde D apparet fideicommissum relictum à legatario, quod deficit, non remanere apud legatarium, aut non pertinere ad legatarium, ut ait. Breviter sic respondeo, loquitur illa *lex pen.* de adempto fideicommisso, quod relictum erat socero à legatario. Nos hic loquimur de eo, quod est in causa caduci, & differentia demonstranda est, quæ sit inter hæc: primum quidem fideicommissum ademptum, nec datum videri, *l.14. de leg.1.* Et sicut cum fideicommissum pro non scripto habetur, ejus retentionem habet legatarius, à quo relictum est, non etiam petitionem, *l. pen. §. Scævola, de leg.2.* ita legatarius adempti fideicommissi, quod à se relictum erat, retentionem habet, *& d. l. pen. de adim. leg.* non negat eum habere retentionem, si forte legatum acceperit, sed negat etiam habere petitionem, id est, pertinere ad eum, quod est peti posse ab eo. Ideo E autem ab eo peti non potest, quod legatum illud duorum prædiorum ei fuerit ademptum per fideicomm. Tam enim directo, quam per fideicomm. legata adimuntur, *l.quidam, §.ult. de leg.1.* Adimentis autem animus plerumque is est, ut nunquam legatum redeat ad eum, cui semel ademptum est, nec si adimatur fideicomm. ei, in quem per fideicommissum transfusum est legatum, nec etiam si ille moriatur fideicommissarius. Et hoc de fideicommisso adempto, quod relictum erat à legatario. Fideicommissum autem, quod fuit in causa caduci, ab initio utile est, nec non datum videtur, cum utiliter datum sit. Et de utili tantum fideic. loquitur Senatus in *d. l. Julia. & l.14. 57. eod.tit. & l.pater, §.fidei, de leg.3.* ut ad legatarium scilicet pertineat, non ad heredem, & ut à legatario peti pos-

sit, ne dum retineri. Et ita apparet, quæ sit differentia inter fideicom. ademptum, & id, quod sit in causa caduci. Alius casus, quo legatario competit petitio legati, licet fideicom. non præstet, quod ab eo relictum est: & casus hic est. Si legatarius rogatus non sit restituere ipsam rem legatam, sed aliam rem rogatus sit præstare, vel facere, & per eum non stet quo minus præstet, ut si legatus sit fundus, aut pecunia, & rogatus sit servum alienum redimere, & manumittere, & is servus moriatur, vel dominus eum vendere nolit, an ideo exstinguatur legatum? Minime, *l. si fundum per fideic. §. 1. de leg.* 1. Præterea, quod dixi ante, quodque proponitur in *hoc §.* onera injuncta relicto, quod sit in causa caduci, sequi substitutum, vel conjunctum, vel legatarium, vel heredem: huic parti etiam obiicitur *l. 3. §. ult. de leg.* 3. hæc est sententia legis: fideic. potest relinqui ab intestato: Finge relictum esse fideic. à proximiore agnato, cui ab intestato defertur hereditas: is repudiavit legitimam hereditatem, an agnatus sequentis gradus, qui venit ex successorio edicto, repudiante agnato primi gradus fideicom. obstringetur relicto à proximiore agnato? Minime: Et hoc ait certum esse, cum & ita, ut refert, rescripserit Antoninus, ex *d. l. 3. §. ult.* Respondeo primum: illa lex non loquitur de hereditate, quæ est in causa caduci, sed de ea, quæ repudiatur. Deinde non loquitur de substituto, vel conjuncto, vel herede scripto, vel legatario, sed de legitimo herede, qui venit ex successorio edicto suo jure, non ex judicio defuncti, & ideo non agnoscit onera, quæ defunctus imposuit proximiori agnato: quæ est etiam ratio *l. qui gravi, & duarum sequentium, ff. de jure codicill.* & ita ut ait in *d. l. 3. §. ult.* hoc constituit Antoninus, idem scilicet, qui voluit onera tamen sequi substitutum, & conjunctum, quia hi veniunt ex judicio defuncti, *l. licet, de leg. 1. l. 4. ad Treb.* Idem etiam voluit fiscum, cum admittitur, subire onera ejus, cujus legatum in eum cadit, vel portio hereditatis, Ulp. *lib. regul. tit. de cad.* videlicet caducorum rescindendorum gratia, licet fiscus non veniat ex judicio defuncti, sed suo jure. Postremo, quod diximus, id, quod est in causa caduci, deficiente substituto, pertinere ad conjunctum cum onere, huic parti obiicitur *§. sin autem, h. t.* quo dicitur, portionem deficientem collegatarii pertinere ad collegatarium sine onere. Sed ut in tractatu de conjunctis plenius dicetur, differentia est inter re tantum conjunctos, vel conjunctos re, & verbis: nam si sint duo re tantum conjuncti, ut puta si ita legatum sit, *Primo fundum Tusculanum lego, Secundo fundum Tusculanum lego*, deficiente Primo, fundus pertinet ad secundum sine onere fideicommissi relicti à Primo, quod scilicet palam unicuique solidum relictum est. Et Secundus dum capit solidum, fundum suum capit, non legatum alienum, suo autem non fuit impositum onus, sed alieno. At cum sunt re, & verbis conjuncti, *Primo, & secundo illum fundum lego*, deficiente Primo, Secundus totum fundum capit cum onere præstandi fideicommissi relicti à Primo, quia tum capit alienum legatum pro parte Primi. Ideoque ejus partis onera subire debet.

Ad §. In novissimo autem *articulo, ubi proprie caduca fiebant, secundum quod prædiximus etiam clusis tabulis, tam existere heredes, quam posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, censemus, & dies legatorum, & fideicommissorum, secundum quod prædiximus à morte defuncti cedere. Hereditatem enim nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur: his nihilominus, quæ super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, à nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.*

Exposui heri quæ in l. Pap. erant in causa caduci, ea hodie in hac causa non esse, sed pertinere ad substitutum, vel conjunctum, vel heredem, vel alium, à quo jure relicta sunt. Non dixi ea transmitti in heredem ejus, cui relicta sunt: Nam vivo testatore, neque dies legatorum cedere, neque transmissioni locus esse potest. Nunc dicam de iis, quæ proprio, & directo nomine caduca dicebantur, qui est tertius, & novissimus articulus, ut ait tertius ordo, sive modus eorum, quæ proposuit in *§. & cum triplici*: ea .n. caduca dicebantur, quæ deficiebant post mortem testatoris, etiam clusis tabulis testam. heredis ex parte scripti, aut legatarii morte naturali, vel peregrinitate, vel servitute pœnæ: quomodo nihil eorum, quæ testamento, vel codicillis relinquuntur hodie deficere potest, quia apertarum tabularum hodie non habetur ratio. Et sui quidem heredes, sive ex parte, sive ex asse scripti heredes sunt, statim à morte testatoris, etiam clusis tabulis, ipso jure heredes existunt inviti, & ignorantes, *l. 3. sup. de jure delib. l. apud hostes, inf. de suis, & legit. liber. l. 2. §. si quis ex liberis, ff. ad SC. Trebell.* Et hoc semper obtinuit in suis heredibus, etiam lege Papia: & hoc quod ait *l. in suis, ff. de su. & legit.* quæ est inscripta ad leg. Pap. in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia statim ipso jure heredes existunt statim, id est, ante apertas tabulas. Existere est proprium suorum, quod est apparere de repente, & ut Græci ajunt ἀναφαίνεσθαι. Id quoque semper obtinuit, ut etiam extranei heredes ex asse scripti possint hereditatem adire statim à morte testatoris, etiam clusis tabulis testam. *l. multum, de cond. & demonst. l. 1. §. ult. de juris, & facti ign.* At extranei heredes scripti ex parte secundum l. Papiam non possunt hereditatem ante apertas tabulas adire, & ob id Ulp. *lib. Reg.* cum definit caduca, de herede scripto ex parte loquitur, non de herede scripto ex asse. Et similiter SC. quod factum est auctore Hadriano de petitione hereditatis, loquitur de partibus hereditatis caducis, non de asse caduco, eo loco, *cum antequam partes caducæ fisco peterentur, &c.* Quæ verba interpretans Ulpian. in *l. item veniunt, §. ait senatus, de petit. hereditatis*, sic ait, *hoc evenerat (ex facto) ut partes caducæ fisco peterentur, sed etsi ex asse fiat, SC. locum habebit. Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacunque causa bona ad eum pervenerint*: quod ait hoc evenisse, ut partes hereditatis caducæ fisco vindicarentur: ergo heres ex parte scriptus fuerat mortuus ante apertas tabul. vel peregrinus factus, aut servus pœnæ: alioqui partes caducæ non fuissent, quod tamen ita poni non potest in herede scripto ex asse, quia hic non expectat aperturam tabularum. Igitur non hoc vult Ulp. SC. locum esse, etiamsi heres scriptus ex asse mortuus sit ante apertas tabul. quia in eo hoc non observatur. Sed ait Ulpian. *si ex asse fiat, SC. locum habebit*, quæ verba sunt legenda conjuncta scriptura, cum iis verbis, quæ sequuntur: *Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur*, mutato scil. illo *idem*, in *id est*, quod mendum est frequens in libris nostris, quod alias notavi in *l. 20. l. 30. in fine*, ut est scripta Flor. *de act. emp. l. 46. pro soc. l. 10. §. quotiens, de compens. & l. 76. de hered. instit. & l. 22.* cujus initio legendum, *id est, ff. loc.* Et id quidem ejus legis initium est copulandum extremo *l. 20. eod. tit.* Item in *l. 1. sup. de aliment. pup. præst.* in quibus omnibus locis pro *idem*, *id est*, est scribendum. Et ita Ulp. cum in *d. §. ait sed etsi ex asse fiat*, id est, si totus as caducus fiat, non pars, SC. locum habebit, id est, *etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia causa ad fiscum pervenerint, iis casibus* vult Ulpianus: cum as fiat caducus, cum sunt bona vacantia nullo existente successore, bona deserta, vel cum ex causa delicti bona omnia confiscata sunt, iis etiam casibus asse caduco facto, etiam SC. locus est. At hodie ex constitutione Justiniani etiam heres scriptus ex parte, contra l. Papiam hereditatem adire potest statim à morte testatoris, non ab apertis tabulis testamenti, Et dies quoque legatorum, aut fideicommissorum, quæ in diem certum, aut pure relicta sunt, quod est contra l. Papiam, cedit non ex apertis tabulis, sed ex tempore mortis testatoris, etiam clusis tabulis statim, vel moriente mox legatario nondum apertis tabulis, jure transmittuntur legata in heredem legatarii, ne fisco locus sit, aut ne fisco detur locus ullus, nec ullum spatium inducendi fisci, cum cedat dies statim à morte te-

stato-

statoris & observanda est differentia, quæ est hac in re inter hereditatem, & legatum: nam legatorum, quæ pura sunt diem cedere dicimus statim à morte testatoris, etiam clusis tabulis: & ideo post mortem testatoris moriente legatario, nec agnito, nec repudiato legato, legati petitionem ad heredem ejus transmitti: repudiatum autem legatum, vel fideicommissum pertinere ad substitutum, vel collegatarium, aut conjuncto adcrescere, vel residere apud eum, à quo relictum est. Hereditatis autem diem non dicimus cedere statim à morte testatoris, sed adiri posse statim à morte testatoris, etiam clusis tabulis: & aditam transmitti in heredem, non aditam, non item. Quamobrem moriente herede post mortem testatoris ante aditam hereditatem, hereditas non transmittitur ad heredem ejus, sed pertinet ad substitutum cum onere legatorum: vel coheredi adcrescit æque cum oneribus suis, vel pertinet ad legitimum heredem sine oneribus, cum suo jure veniat, non ex judicio defuncti. Ut autem hereditas non adita non transmittatur in heredem, vel quæ alio modo adquisita non est, veluti pro herede gestione, aut petitione bonor. possessionis, vetus est regula juris, ut ait in hoc §. hereditatem non aditam non transmitti in heredem, vel non adquisitam alio modo in *l. 6. §. ult. & l. 7. de inoff. testam. l. quoniam, sup. de jure deliber. l. 1. C. Theodos. de legit. heredib. l. 2. C. Hermog. de success.* quæ regula locum etiam habet in bon. possessionibus, ut non transmittatur bonor. possessio, nisi fuerit agnita à defuncto, *l. 3. §. adquirere, de bon. poss. l. 7. rem rat. hab.* locum etiam habet in fideicom. hereditate, ut non transmittatur in heredem fideicommissarii, antequam restituta, & recepta sit, *l. 11. §. utrum, ad Treb.* Et rursus locum habet non tantum in institutione, sed etiam in substitutione, ut jus substitutionis nondum delatum, nondum adquisitum, non transmittatur in heredem substituti, *l. si ex plurib. de suis, & legit.* ratio est, quia omnis hereditas personæ cohæret, vel omnis hereditas defertur in personam, non in rem. Ergo personam, cui defertur, omnino oportet agnoscere hereditatem, ut transferatur in heredem ejus. Inde Paulus *1. Sentent. tit. 13. petitio hereditatis, cujus defunctus litem contestatus non est, ad heredem non transmittitur.* Quod etsi scribat Paulus de petitione hereditatis civili, locum tamen habet etiam in possessoria, & fideicommissaria hereditatis petitione. Ab hac tamen veteri regula, quæ etiam hodie obtinet, excipe casum *legis si infanti, sup. de jur. deliber.* Si infans ab extraneo sit heres institutus, & pater nomine ejus, ut potuit, hereditatem non adierit, & is infantia mortuus fuerit. Nec enim ideo minus hereditas transmittitur in patrem, ex constitutione *d. l. si infanti*. Justinia. etiam hoc §. excipit alium casum, quem introduxit constitutio Theodosii, quam ob nullam aliam caussam posuit in tit. seq. *de iis, qui ante apert. tab. heredit. transmit.* quam quod & ejus mentionem fecisset hoc loco. Loquitur autem illa constitutio de apertis tabulis, quod tempus non vult spectari Justinian. Et ad hæc etiam illa constitutio est derogatio legis Papiæ in illo casu, quem abrogavit Justinianus in totum: & l. penitus abrogata, superfluum est derogationis causas exponere. Sed quia ejus constitut. mentionem fecerat hoc loco, & quia ex ea etiam hoc remanet hodie in usu necessarium, ut in casu ejus legis hereditas non adita transmittatur, ideo sequens tit. propositus est, quem hoc loco interpretabimur. Casus in illa constit. ita est propositus, *si parentum hereditas liberis deferatur, &c.* Nam etsi parentibus sint extranei heredes, non sui, veluti, si matri, aviæ, avo materno, aut patri, à quo emancipati sunt, tamen hereditatem parentis non aditam cujuscunque gradus, vel sexus fuerit parens, transmittunt, non in quoscumque heredes, sed in liberos suos, sive ex asse, sive ex parte scripti sunt, sive sciverint, sive ignoraverint sibi delatam hereditatem, & ut ait eadem constitutio Theod. licet invicem substituti non sint, quæ res scilicet excludebat legem Papiam: Nam ea tollebat jus adcrescendi, non substitutionis: Et ideo remedio substitutionis, maxime reciprocæ, id est, factæ ad invicem introducebatur jus adcrescendi, & excludebantur caduca, ut ostendimus in *§. 1. hoc tit.* sed ut ait Theod. licet liberi instituti à parente, invicem substituti non sint, quæ res proculdubio excludebat l. Papiam, & fiscum, non ideo minus excludetur lex Papia, & fiscus, si illi liberi habeant liberos, in quos hereditatem transmittant, etiam morientes ante apertas tabulas. Et idem etiam servari vult Theod. Constitutio in legatis, & fideicommissis, quæ à parentibus liberis relinquuntur, quos habent in potestate, vel non, nihil refert: Nam si moriantur ante apertas tabulas, legata non fiunt caduca ex l. Papia, sed transmittuntur in liberos legatariorum, quod favore liberorum Theodosius detrahit legi Papiæ. Et licet hodie sublata sit necessitas aperiendarum tabularum, tamen hoc modo utimur constitutione Theod. ut non dicamus, liberos hereditatem parentum ante apertas tabulas transmittere in liberos suos, sed hoc modo, liberos hereditatem parentum non aditam transmittere in liberos suos, non etiam in quoscunque heredes. Etiam excipit Justinianus alium casum, ex *l. cum antiquioribus, sup. de ju. deliber.* quæ pertinet ad omnes hered. extraneos: Et jus ita est ex ea const. ut si heres etiam extraneus, qui non ignorat sibi delatam hereditatem, moriatur intra annum inter deliberandum, ut jus deliberandi transmittat in heredem suum qualemcumque; & hereditatem igitur, si heres amplecti eam velit, sed exigitur, ut moriatur intra annum: Nam si moriatur, post annum ante aditam hereditatem, nihil transmittit in heredem suum. Item exigitur, ut scierit sibi delatam hereditatem: Nam ignorans nihil transmittit. Hæ tres constitutiones, quas attigi, *l. si infanti, l. cum antiquioribus, & l. un. tit. seq.* quod ad transmissionem attinet, jus, quod erat præcipuum suorum heredum, etiam extraneis heredibus communicant. Accursius quartum casum addidit, quo hereditas non adita transmittitur, ex *l. si quis in gravi, §. pen. ff. de SC. Syllan.* Finge, testator à familia necatus esse dicitur, quo casu heres vetatur adire hereditatem, aut aperire tabulas testamenti antequam quæstio de familia habita sit: vellet quidem adire heres, sed obstat SC. ne adeat antequam tormenta familiæ adhibita sint. Quid igitur si interim moriatur heres, per quem factum non est quo minus adeat hereditatem? jure ipso non transmittit hereditatem in heredem suum, sed decreto Prætoris heres ejus admittetur ad bona, eique dabuntur non directæ actiones hereditariæ, sed utiles, sive decretales. Et eadem est ratio *l. ventre, de acq. hered.* Filius mancipatus non adiit hereditatem, quia nondum potest eam adire, quoniam uxor defuncti prægnans dicitur, & expectare debet, quoad constet prægnans sit, an vacua. Quid ergo si interim moriatur? opus est decreto heredi ejus, ut bona percipiat, perinde atque si filius emancipatus adiisset hereditatem, per quem factum non est quo minus adiret eam, datis scilicet actionibus utilibus.

Ad §. Libertatibus proculdubio, *& post præsentem sanctionem propter sui naturam, quæ aditionem heredis exspectant, ab adita hereditate una cum aliis, quæ servis in testamento manumissis, vel aliis legatis relicta sunt, competentibus. Excepto etiam usufructu, qui sui natura ad heredes legatarii transmitti non patitur: quia neque à morte testatoris, neque ab adita hereditate, quantum ad transmissionem, dies ejus cedit. Sed hæc omnia in his observari sancimus secundum præfatam dispositionem, quæ pure, vel in diem certum relicta fuerint.*

JUstin. in §. *cum igitur*, & in §. *in novissimo, hoc tit.* jam definivit legatorum, aut fideicommissorum, quæ pure, vel in diem relicta sunt, diem cedere à morte testatoris, etiam ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem restituto jure antiquo, & abrogata l. Papia, ex qua eorum dies cedit ex apertis tabulis testamenti, etiamsi nondum adita hereditas sit: Nam & lex Papia

non

non exigebat aditionem, ut cederet dies legatorum, aut A fideicommissorum, sed aperturam tantum tabularum, ut Paulus indicat *lib. 3. Sent. tit. de legatis*, dum ait, *legatum per vindicationem transmitti ad heredem legatarii, etiamsi legatarius nondum constituerit ad se pertinere, id est, si nondum agnoverit legatum, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit*. Nunquam enim aditio hereditatis moram fecit cessioni diei, sed petitioni tantum legati, *l.7. in princ. quando di. leg. ced.* Etiam, quod notandum maxime, ignorantia legatarii, qui, puta, nondum cognovit legatum sibi esse relictum, moram non facit cessioni diei, *l.ult. inf. quando di. legat.* Hoc vero, quod ita definivit Justin. *supra in hoc §.* nunc ostendit, non esse perpetuum: quorundam enim legatorum diem non cedere à morte testatoris, sed ab aditione hereditatis, id est, interdum aditionem heredi- B tatis moram facere cessioni diei. Et primum libertates ait, non competere à morte testatoris, sed ab adita hereditate, ut *l.8. quando di. legat. ced.* Qua de causa recte dicitur, regulam Catonianam, quæ spectat tempus mortis, non aditionis, non pertinere ad libertates testamento datas, ut emendavi *l.3. de reg. Caton.* & confirmat *l.si privatus, §.ult. ff. qui, & à quibus manum. lib. non fi. l.generaliter, §.si hominai, de fideic. libert.* Competere autem libertatem est diem libertatis cedere, non quantum ad transmissionem, quia nec quantum ad transmissionem dies libertatis cedit ab adita hereditate, cum transmitti in alium non possit datio libertatis: ut de usufructu legato dicitur *hoc §.* diem legati ususfructus, neque à morte testatoris, neque ab adita hereditate cedere quantum ad transmissionem attinet, quia jus est personale, C quod non transmittitur ad heredem, quia deficiente persona usufructuarii, & ipse ususfructus prorsus extinguitur. At cedere quid dicitur duob. modis, uno, & quidem proprio, ut transeat, & transferatur ad heredem ejus, cui legatum relictum est. Altero, ut debeatur, *l.Sempronius, de usufr. leg.* Et posteriori modo, non etiam priori, quia natura rei non patitur, dicimus diem libertatis, & ususfructus cedere ab adita hereditate, id est, ab eo demum die deberi hereditatem, & libertatem: Nam libertas, & ususfructus non cadunt in tractatum de transmissionibus, cum adhæreat personæ, cui hæc adscripta sunt. Et recte *l.36. §.fin. ff. ad l.Falcid.* libertatem competere, vel deberi, ut illud, vel sit [illegible], ut sæpe vel [illegible]: Nam competere est cedere diem, & in causa libertatis quid est cedere diem? Est incipere D deberi libertatem. Competere igitur est deberi: nam de transmissione frustra quæritur. Quod dico de libertate, & usufructu, idem dictum volo de omni alia servitute personali, id est, quæ personæ adhæret: ususfructus non transit in heredem: Idem igitur & de usu legato, qui est etiam servitus personæ, servitus hominis, & de habitatione legata, ut eorum legatorum dies cedat ab adita hereditate. Et omnino ratio est hæc, quia cum servitutes personales ad heredes transmitti non possunt, inutile esset, si quis ante aditam hereditatem eorum legatorum diem cedere diceret: Nam hoc nulli usui esset, cum & ante aditam hereditatem non debeantur. Et hoc ostenditur in *l.2. 3. & 5. §.1. & §. ult. ff. quando di. leg.* Idcirco enim constitutum est, dies legatorum cedere statim à morte testatoris, ne heredes moram aditione E faciant, quo minus legata in heredem legatarii transmittantur, quæ consideratio cessat in iis rebus, sive juribus, quæ transmitti non possunt. Concludamus igitur omnem servitutem personalem testamento legatam, vel codicillis relictam, veluti usumfructum, usum, habitationem, ejus legati diem nunquam cedere, nisi ab adita hereditate. Idemque statuamus in legato alimentorum: Nam etiam hoc legatum finitur morte alimentarii. Idem in legato relicto in annos singulos, sive in legatis annuis, quæ relinquuntur alimentorum gratia plerumque: Nam & hæc legata non cedunt, nisi ab adita hereditate, *l.in singulos, ff. de annuis legat. l. Firmio, in fi. ff. quando di. leg.* Neque vero quod diximus de servitute personali, idem, ut hoc loco tentat Accursius, qui merito ob eam rem à Bartolo reprehensus est, neidem, inquam, dicamus in servitute reali, veluti via, itinere, actu, aquæ ductu, quia hæ servitutes transmittuntur in heredes: Ideoque earum dies cedit à morte testatoris, ut de iis rebus, quæ personæ non adhærescunt. Intelligendus autem est hic §. tam de fideicommissariis, quam de directis libertatibus: Nam ait libertates competere ab adita hereditate, & non tantum directæ competere dicuntur, sed etiam fideicommissariæ, *l.22. §. ult. ff. de fideic. lib. l. de libertatib. ff. si quis om. caus. test.* Et verbo *competere* cessio diei significatur, à quo debetur libertas hæc, vel illa. Sed hæc una est differentia inter libertates fideicommissarias, & directas testamento relictas, quod fideicommissariæ petantur, directæ non petantur, sed vindicentur, *l.pen. de fideic. liberi. l. mulier, §.non est, ad Trebell.* Et eleganter Paul. *lib.4. Sent. tit.1. Jus*, ait, *omne fideicommissi in petitione, non in vindicatione consistit*. Et rursus hac in re hæc est differentia inter libertates, & legata, quod libertates quæcumque relictæ sunt testamento, competere dicuntur, legata præstari. Et ita ea, quasi consulta opera dividit invicem JC. in *l.qui fundum, §. si tu ex parte, ad l. Falcid.* Additur in hoc §. etiam legati relicti servo manumisso, cui data est libertas, testamento diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quod utique certissimum est, si sit data directa libertas: Nam si fideicommissaria data sit, diem libertatis, & legati servo per fideicommissum relicti, melius cedere dicemus ab adita hereditate: nam aliquem heredem esse oportet, & præterea à die præstitæ libertatis fideicommissariæ ab herede, vel cessante herede, à die adeptæ libertatis ex SC. Rubriano, quo cessante herede repræsentatur libertas servo per fideicommissum manumisso, *l.filiusfamil. in fin. ff. quando di. legat. &c.* ut vero dies legati relicti servo manumisso non cedat, nisi ab adita hereditate, est consequens ei, quod dixi, libertatis diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quia utiliter cedere non potest legati relicti dies servo manumisso, antequam libertas ei competat, quia servo proprio inutiliter legatur sine libertate. Igitur ne pereat legatum, differtur cessio diei in id tempus, quo liber futurus est. Atque ita uno, eodemque die, & cedet libertas, & legatum manumisso relictum. Et hoc confirmatur *l. 7. §. ult. & l. 8. quando di. legat. & l.si quis servo suo, de leg.2. & l.8. sup. de fideicommiss.* Additur etiam in *h.§.* legati relicti servo alii diem non cedere, nisi ab adita hereditate. Finge, testator servum suum Titio legavit, eidemque servo aliquid legavit: si dicas hujus legati diem cedere ante aditam hereditatem, cedet inutiliter, servo non habente alium dominum, quam hereditatem jacentem, id est, nondum aditam, quæ est vice domini, id est, defuncti. At servo defuncti, non potest legatum competere sine libertate. Ideo necessario ne pereat legatum, expectandum est, quoad adeatur hereditas, & ea adita, statim servus adquiritur Titio legatario, deinde consequetur legatum. Hoc proponitur in *l.servo leg. de legat. 1. & l. 7. §. ult. quando di. legat.* Et observa mendum, quod est in *d.l. 7. §.ult.* Primum enim hoc proponitur: interdum aditionem hereditatis moram facere cessioni diei legatorum, id est, quædam esse legata, quorum dies non cedit à morte testatoris, sed à tempore aditæ hereditatis, *ut*, inquit, *si servo manumisso legatum sit*, *quod est manifestum: deinde subjicit, vel ei, cui servus legatus est. Et ideo, servo aliquid legatum sit*: sic est Florentiæ, *& ideo* alii libri habent, *& idem*. Primum sic est scribendum *vel si cui servus legatus est*, non ei, & est similis error in *l.1. §.ei, cui, ut legator. nom.* Ubi perspicuum est alios codices habere rectius, *si cui*, non ei, *cui*. Ergo ait in illo *§.ult.* si servo manumisso legatum sit, diem legati non cedere ante aditionem, id est, antequam obtingat libertas, *vel si cui servus legatus est*, & non *idem*, sed trajectis literis, *eidem*, quæ trajectiones, sive ut Græci loquuntur, ὑπερβιβασμοὶ τῶν στοιχείων in Flor. Pandect. frequen-

quen-

quentissimæ sunt, ut cum scribitur *modo*, pro *domo*, *vicariis*, pro *cibariis*, *pars bodie*, *pro rapsodiæ* : sic etiam ait, A vel si cui servus legatus est, & eidem servo aliquid legatum sit : nam hæc tantum habemus genera legatorum, quorum dies cedit ab adita hereditate, si relicta sit libertas, quod & legatum dici potest, aut fideicommissum: si relictum sit jus personale, aut servitus, vel si servo manumisso relictum sit legatum, & si servo alii legato aliquid relictum sit. Et hæc sola sunt legata, quorum dies cedit ab adita hereditate, ad quæ nihil pertinet regula Catoniana, *l. 3. de reg. Caton.* Verum notandum est, quod mirur glossam omisisse, ita demum horum legatorum, quæ excipiuntur à definitione generali Justiniani, diem cedere ab adita hereditate, si scriptus sit heres extraneus, à quo relicta sunt, quia hic non est heres sine aditione, aut eo, quod pro aditione sit. Aliud est, B si servus scriptus heres necessarius, quia hic capit hereditatem à morte testatoris, & ipso jure sine aditione heres existit. Et consequenter etiam illa legata, quæ excepimus, ut sunt libertates, servitutes, ususfructus, si ab eo relicta sunt, dies eorum cedet statim à morte testatoris, *S' il y a un heritier tout aussi tost*, dies libertatis cedit statim à morte testatoris, dies ususfructus, & cæterorum legatorum, quæ excepimus, & ideo necessario herede scripto ad ea legata pertinebit regula Catoniana, quoniam scripto necessario, ut cætera legata, ita & illa cedunt à morte testatoris, non expectata aditione hereditatis, & hoc belle confirmat *lex Julianus*, *de condit. & demonstrat. l. si optio*, *de opt. leg. l. quæ sine*, *§. 1. de leg. 1.* Et hæc quidem de legatis, quæ pure relinquuntur, vel in diem certum : de legatis, quæ relinquuntur sub conditione, vel in diem incertum, & à quo die cedant, tra- C ctabo die seq. in *§. sin autem.*

Ad §. Sin autem aliquid *sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die : expectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit. Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc quod ideo non prævaluit, manere disponimus simili modo apud eos, à quibus relictum est, nisi & hic, vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus, sive heres, sive legatarius hoc adquirat: cum certi juris sit, & in institutionibus, & legatis, & fideicommissis, & mortis causa donationibus posse substitui.* D

Justinianus docuit supra, ex quo tempore cedat dies legat. & fideicommissorum, quæ pure, vel in diem certum relicta sunt. Nunc docet, ex quo tempore cedat dies eorum, quæ sub conditione, vel in incertum diem relicta sunt, quæ legata dicuntur incerta, *l. si dies, in fine, ff. quando di. leg. ced.* Incerta conditio, vel [illegible]s, incertum legatum facit, quod est, ut id certum non sit, debitum iri : ita vero jus est, & fuit semper legati conditionalis, aut in diem incertum relicti, diem nempe non cedere statim à morte testatoris, sed cum conditio, vel dies incertus extiterit. Ut autem puris legatis comparantur ea, quæ in diem certum relicta sunt, quod scilicet, & hæc statim debeantur à morte testatoris, & trasmitti possint. *l. 9. ut leg. nom. caveat.* & ante diem recte E solvantur, *l. 1. §. 1. de condit. & demonstrat.* Non tamen per omnia comparantur puris legatis : nam pura statim peti possunt à morte testatoris, si quis heres extiterit ; relicta in diem certum, licet statim debeantur, non statim peti possunt, id est, *antequam dies venerit*. Ita vero conditionalibus legatis comparantur ea, quæ in diem incertum relinquuntur, quia in eis dies incertus dicitur facere conditionem, *l. dies incertus, de condit. & demonstrat.* Et conditio quoque appellatur, *l. 1. §. ult. ut legator. nom. & l. si dies, §. 1. quando di. leg. ced.* eo loco, *tempus, conditione : tempus*, incertum scil. *conditione*, quasi possit & conditio appellari. Neque tamen per omnia sunt similia conditionalibus legatis, quæ relinquuntur

A in diem incertum : Sunt enim quædam relicta in diem incertum, quæ sunt pura, aut pro puris, quod certum sit ea transmitti in hered. legatarii, vel fideicommissarii. Et omnis quidem conditio est dies incertus, *l. talis scriptura, de leg. 1.* Non omnis tamen dies incertus est conditio : ut si Titio legetur, *cum morietur heres*, qui dies est incertus, is dies conditio est, & conditionale legatum facit, quia fieri potest, & hæc est ratio, ut hic dies non cedat vivo legatario, puta si is moriatur superstite herede, *l. 1. §. 1. l. heres, §. 1. de condit. & demonstrat. l. si pecunia, §. ult. de leg. 2. l. ult. in fine, inf. de contr. & commit. stipul.* Item, si legatum relinquatur Titio, *cum puber erit*, dies est incertus, quia forte non perveniet ad pubertatem, *vel cum consulatum inierit*, dies incertus est, qui pro conditione habetur, quia fieri potest, ut is B dies non cedat vivo legatario, ut puta si moriatur ante pubertatem, vel ante adeptum consulatum, *l. si dies, ff. quando di. leg. & l. heres, in princip. de condit. & demonstrat.* At si *cum morietur Titius*, ei legetur, sane dies est incertus, mors uniuscujusque diem incertum habet, sed is dies non facit conditionem : & legatum est purum, quod certum est in heredem transmissum iri mortuo Titio, cui legatum est, quia fieri non potest, ut is dies non cedat, & ideo purum est legatum, *l. 1. quando dies leg. d. l. heres, in princ.* Et si stipulanti quid promisero *cum moriar*, dies incertus est, qui tamen conditionem non facit in stipulationibus, adeo ut quod interim solvero, non possim repetere, quod tamen repeterem, si esset conditio. Et hæc differentia inter diem incertum, & conditionem est in *l. sub conditione, & seq. de condict. in-* C *deb.* & in *d. l. sub conditione, & seq.* omnino videtur scribendum : *Die pendente, non existente*. Et recte *l. dies incertus, de cond. & demonst.* diem incertum testamento facere conditionem, puta, *cum morietur heres*, qui debet legatum : Nam aliud est in stipulatione : nam si quod à me deberi volo, promittam *cum moriar*, dies ille incertus non facit conditionem. Et certum est in hac quæstione longam esse differentiam inter stipulationes conditionales, & legata conditionalia. Vel una sufficiat, quod stipulatio conditionalis transmittatur in heredem, conditionale legatum non. Et si conditionalis stipulatio existat retrotrahatur, conditio legati retro non trahatur, *l. 78. de verb. oblig.* Quod igitur dicitur hoc *§. legati conditionalis, & legati relicti sub die incerto diem cedere, cum dies incertus, vel conditio extiterit*, id, D inquam, non est sumendum de quolibet die incerto, sed de eo tantum, qui est pro conditione, Et effectus ejus definitionis hic est, & fere triplex. Primo, ut regula Catoniana ad ea legata non pertineat, quia dies eorum non cedit à morte testatoris, sed cum conditio extiterit. Non pertinent etiam ad eandem regulam conditionales hereditates, *l. cætera, §. 1. de leg. 1. l. pen. de reg. Caton.* Item, ut mortuo legatario pendente conditione, vel die incerto, id est, *ante diem legati cedentem*, petitio non transmittatur in heredem, *l. 5. quando di. leg. ced.* At mortuo herede, à quo legatum sub conditione relictum est, pendente conditione legati, heres heredis tenetur legati nomine, si postea conditio existat, *l. legata, sub conditione, de condit. & demonstr.* „Heres moriens pendente conditione legati heredem suum obligatum relinquit ex legati causa, aut in ea causa eum relinquit E verius, ut legati nomine obligari possit, postea conditione existente. Legatarius autem moriens pendente conditione legati, heredi suo nihil relinquit. Et (†) hoc Græcis visum est velle *d. l. legata*, quam hic exponam : nam vulgo explicatur male. *Legata sub conditione relicta non statim (id est à morte testatoris) sed cum conditio extitit, deberi incipiunt*, quod est certissimum. Verum sequitur, *ideoque interim delegari non potuerunt* : Græci, quia *delegari* interpretantur *μεταφέρεσθαι*, ita videntur versum illum accepisse, ut interim non possint transmitti in heredem legata conditionalia, pendente conditione

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 40.*

ne moriente legatario, nam ita scribunt, *ὅθεν οὐ μεταφέρεσθαι ἐν τῷ μεταξὺ δύνανται*. A Verum melius est, ut verbum *delegari* accipiamus proprie, ut scilicet, conditionalia legata, dum pendet conditio, non possint cedi, & mandari alteri, ut scilicet nomina ceduntur, & actiones, quia nondum est ullum nomen, nullum debitum, nulla actio, quamobrem frustra interim ceduntur, eorumve actiones, quæ nullæ sunt. Et hoc demonstrat *d. l.* dum ait, *non statim deberi incipiunt, sed cum conditio extiterit*. Inde infero, ergo interim alteri cedi non possunt: Nam legatarius conditionalis non est creditor, & hæc est alia differentia, licet stipulator conditionalis sit creditor. Quia stipulatio ex præsenti contractu, & tempore vires capit, legatum ex die cessionis, *l. is, cui, de obligat. & act. l. qui in fraudem, qui, & à quibus manum.* Addit Justin. præterea in hoc *§. nihil interesse, utrum legati conditio sit casualis, an potestativa, an mixta*. B Quod & confirmat *l. 5. §. 1. quando di. leg.* Et casualem definit, *cujus eventus pendet ex fortuna*. Casum pro sorte fortuna sumens, *ut si navis ex Asia venerit*. Potestativa est, quæ est in potestate honoratæ personæ, id est, legatarii, quæ honoratur legato. Legatum est honos, veluti, *Si Titio decem dederit, si Capitolium ascenderit*. Mixtam autem vocat, quæ pendet ex utraque, id est, ex voluntate legatarii, & fortunæ eventu. Et inter ea genera conditionum in jure sunt multæ differentiæ. Casualis potest impleri vivo testatore: Potestativa nisi post mortem testatoris impleri non potest, *l. 2. de cond. & demon.* Casualis non est promiscua, id est, nunquam potest esse potestativa, *l. 4. §. puto, de her. insti.* hæc est promiscua, *l. 11. de cond. & demonst.* Quia nulla est potestativa, C quæ interdum non possit esse non potestativa, *l. 5. §. puto, de her. instit.* ut, *si Titio decem dederit*: interdum non est potestativa, ut *si Titius longissime absit*, si peregrinetur longinquo itinere. Item filius à patre, in cujus potestate est, potest heres institui sub conditione potestativa, non sub casuali, nisi in ejus defectum exheredetur, *l. 4. sup. de instit. & substit.* Est & alia differentia in *l. ult. sup. de necess. heredib. inst.* Et male Accursius hoc loco, mixtam conditionem sumit pro promiscua ex *d. §. puto*: cum aperte Justin. dicat, eam esse mixtam, quæ pendet ex utroque, id est, ex arbitrio legatarii, & ex fortuna, qualis hæc est: *Si Titio postliminio ab hostib. reverso decem dederis*, nam decem dare est in potestate legatarii, ab hostibus reverti in casu consistit. Igitur ita concludamus, sive casualis sit conditio D legati, sive potestativa, sive mixta, antequam ea extiterit, non cedere diem legati sub ea conditione relicti. Et addamus, si ea conditio deficiat vivo legatario, vel etiamsi legatarius moriatur pendente conditione, proculdubio in heredem ejus legatum non transmittetur. Quæro igitur, ad quem pertineat? Et Just. ostendit, mortuo legatario pendente conditione, aut defecta conditione legatum pertinere ad substitutum legatarii cum suis oneribus, si legatario substituerit testator. Nam ut notat Justin. non tantum heredibus substituimus, sed etiam legatariis, & fideicommissariis, *l. ut heredib. l. cum pater, §. pen. de leg. 2. l. 8. usufr. quemad. cav. l. avia, de cond. & demonst. l. si sponf. §. si marit. her. de don. inter vir. & ux. l. 6. sup. de leg.* Et ita etiam donatariis caosa mortis substituimus, ut & heic Justin. ait, & probat *d. l. ut hered. & l. ei, cui, de mort. caus. don.* E Et notandum legatariis, fideicommissariis, & quibus donatur mortis causa, qui fideicommissario comparantur, nos substituere posse in utrumque casum, id est, *si ceperint, vel non ceperint legata, l. si fundum sub conditione. §. Stichum, de leg. 1.* Heredibus, tamen nostris non substituimus, nisi in primum casum, id est, *si heredes non extiterint*. Præterquam liberis impuberibus usque ad pubertatem tantum, ut etiam si heredes extiterint, qui est secundus casus, & moriantur intra pubertatem, ille eis substitutus sit. Et puberibus quoque, & extraneis substituimus in secundum casum, non quidem directo, sed per fideicommissum. Ubi vero legatarius testator non substituit, legatum, quod deficit, & expirat moriente legatario pendente conditione, vel conditione delecta, pertinet ad conjunctum, id est, ad coheredem, vel collegatarium jure adcrescendi. Quod si nullus horum sit, legatum remanet apud eum, à quo relictum est: si à pluribus relictum sit, remanet apud eos pro hereditaria portione, ut in *§. seq. & §. sed ut manifestetur*. Videlicet cum heredes si legatum prævaluisset, id est, *si conditio extitisset*, id erant præstituri pro hereditaria portione. Nam quod sic præstitissent, id ita etiam apud eos residebit pro hereditaria portione. Et omnino pro qua portione heredes de legato præstando obstringuntur, pro eadem etiam legatum apud eos remanet. Idem est, si legatum relictum sit à legatario, vel fideicommissario, vel donatario causa mortis: Nam & hic potest onerari fideicommisso. Vel etiamsi ab alio sit relictum, veluti ab herede legitimo, vel ab herede heredis, vel legatarii, vel à debitore defuncti, à quo etiam potest relinqui fideicommissum, vel à patre, vel à domino heredis instituti, ab eo, cui statuliber dare jussus est, hi omnes onerantur fideicommisso. & si fideicommissum sit conditionale, mortuo fideicommissario pendente conditione, fideicommissum apud eum remanet, inquit, pro virili portione, quæ verba non semper significant æquales portiones servari, sed ita sunt sumenda, ut demonstrabitur in *§. si vero pars, inf. eod.* ea verba, *pro virili*, in eo loco esse accipienda *pro rata*, ut pro qua portione fideicommisso præstando obligantur, & pro ea viritim fideicommissum, quod deficit inter eos distribuatur, servata tamen proportione, quam ipse testator in præstatione fideicommissi servari voluit. Et hic est finis hujus quæstionis *§. sin autem*: *§.* qui sequitur exposui partim in *§. in primo*, partim in *§. pro secundo*. In *§. his ita definitis*, Justinianus incipit novum tractatum de conjunctis, & jure adcrescendi, quem nos absolvemus post ferias.

Ad §. His ita definitis, *cum in superiore parte nostræ sanctionis in plurimis locis* conjuncti *fecimus mentionem: necessarium esse duximus omnem inspectionem hujus articuli, latius, & cum subtiliori tractatu dirimere, ut sit omnibus & hoc apertissime constitutum. Non enim tantum conjunctivo modo. In his itaque si quidem coheredes sunt omnes conjunctim, quædam relinquuntur, sed etiam disjunctim, vel omnes disjunctim, vel instituti, vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis, vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine, pro hereditaria parte, etiamsi jam defuncti sunt, adquiratur. Et hoc nolentibus ipso jure adcrescat, si suas portiones jam agnoverint: cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod in divini nostri numinis decisionibus statutum est. Sin vero quidam ex heredibus institutis, vel substitutis permixti sunt, & alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati: tunc si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditatis, quæ ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat: hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos, quam etiam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant: disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti: ut suum quidem habeant: alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant. Et hæc in heredibus tantummodo statuenda sunt.*

SEquitur nunc posterior pars hujus tit. Prima fuit de lege caducaria sublata, & restituto jure antiquo: Posterior est de conjunctis, & disjunctis heredibus, aut legatariis, quæ incipit ab hoc §. Nec sine causa prioris partis vicinitatem sequitur: Nam cessante jure caduci, & fisco excluso, consequens est conjunctum, vel disjun-

ctum

ctum coheredem, vel collegatarium admitti jure adcrescendi in portionem conjuncti, quæ post testamentum, vel mortem testatoris deficit aliqua ex causa, vel quæ repudiatur. Quamobrem (†) & Paulus ipse scribens ad l. Papiam accurate tractat de conjunctis in *l. re conjuncti, de leg. 3. l. triplici, de verb. signific.* Lex Papia tollebat jus antiquum, id est, *jus adcrescendi*, *jus conjunctionis*, *jus collegii*, at certe non tollebat etiam jus substitutionis, ut dixi hoc tit. initio. Qua de causa facta substitutione, sæpe testatores excludebant fiscum commodo caducorum, videlicet per causam substitutionis inducto jure adcrescendi antiquo, & jure substitutionis factæ à testatore, nec prælato fisco in causa caduci: Nam substituti duplici jure nitebantur contra fiscum, jure adcrescendi antiquo, & jure substitutionis factæ à testatore. At jus adcrescendi simplex procuidubio tollebat lex Papia, sive jus conjunctionis, exceptis certis casibus, prælato fisco coheredi, vel collegatario ejus, cujus portio defecerat. Facilius autem omnia, quæ pertinent ad jus adcrescendi, ad jus conjunctionis, in notitiam venient, si exemplo Pauli in *d. l. re conjuncti*, *& d. l. triplici*, quæ conjungenda sunt, prius ostendero, triplici modo conjunctos intelligi: Alii enim sunt conjuncti re tantum, alii re, & verbis, alii verbis tantum. Conjuncti re, & verbis, qui omnimodo conjuncti sunt, hi sunt, ut Paulus ait, quos nominum, & rei complexus jungit, quibus similiter, & pariter idem jus, eademve res relinquitur, vel qui conjuncta scriptura in eandem rem, vel jus vocantur, ut si duo heredes scribantur hoc modo, *Primus, & Secundus mihi heredes sunto*, vel, *Primus, & Secundus ex semisse heredes sunto*, vel si ita legatum sit duobus: *illi, & illi fundum do, lego*. Atque ita plerumque pari amicorum legari solebat: Plinius *libro septimo Epistolarum* scribens ad Tacitum amicum suum. *Eadem legata*, inquit, *& quidem pariter accepimus*, id est, conjunctim. Re autem, non etiam verbis conjuncti sunt, quibus separatim eadem res, idemve jus relinquitur, veluti, *Primus heres esto, Secundus heres esto*, vel, *Primus ex semisse, Secundus ex eodem semisse heres esto*, vel, *Primo fundum Tusculanum do, lego, Secundo eundem fundum do, lego*. Hi re per se conjuncti sunt, non verbis: illo autem modo simul duobus, vel pluribus eadem res relinquitur, *l. si patrono, §. ult. de bon. libert. l. 2. quib. mod. usufr.* Denique illo modo conjunctim legatur, hoc modo disjunctim, & separatim: Nam hic articulus *conjunctim* in hac constitutione, *& §. conjunctim, Instit. de leg.* & in *l. 5. ff. de usufr. adcresc.* passim in jure nostro significat conjunctionem rerum, & verborum. Hic autem articulus *disjunctim*, vel *separatim* significat conjunctionem rerum, & disjunctionem verborum. Quamobrem illi sunt omnimodo conjuncti. Hi autem etiam sunt conjuncti, sed oppositi illis dicuntur disjuncti, & separati, *quia*, ut ait Justin. *ab ipso testatoris sermone apertissime discreti sunt*. Cur vocantur disjuncti? Quia ab ipso testatore in eundem sermonem coacti non sunt. Verbis autem, non re conjuncti sunt, quibus conjuncta scriptura eadem res, idemve jus æquis partibus relinquitur. Veluti *Primus, & Secundus ex æquis partibus mihi heredes sunto*, vel, *Primo, & Secundo illum fundum ex æquis partibus do, lego*. Et hi quidem, qui verbis tantum conjuncti sunt, semper partes habent, *d. l. re conjuncti*, id est, omni jure, & antiquo, & novo, & omni genere legatorum, sive legatum sit per vindicationem, sive per damnationem, & omni tempore, id est, non concursu tantum, sed etiam statim ab initio partes habent, quas fecit testator in relinquenda hereditate, & legato. Et hoc distant tantum verbis conjuncti à cæteris. Illi, qui re, & verbis conjuncti sunt, vel re tantum, non semper ab initio partes habent, sed concursu tantum, aut ne concursu quidem. Nam hac in re est longa differentia inter jus antiquum, & jus novum, & inter eos, quibus conjunctim relinquitur, id est, qui conjuncti sunt re, & verbis, & eos, quibus relinquitur disjunctim, id est, qui sunt conjuncti re tantum, & inter eos, quibus conjunctim, vel disjunctim per vindicationem legatur, & inter eos, quibus per damnationem legatur. Et primum dicamus de iis, quibus disjunctim eadem res legatur. Si disjunctim eadem res legetur per vindicationem hoc modo, *Primo illum fundum do, lego, Secundo eundem fundum do, lego*, vel hoc modo, *Primus fundum capito, sumito, habeto, Secundus eundem fundum sumito, capito, vel habeto*. Hoc genere singuli ab initio solidum habent, concursu autem partes faciunt, id est, utroque concurrente, vel agnoscente legatum, nullo repudiante, nullo deficiente: nam palam est eo genere singulis initio adscribi solidum, sed per concursum faciunt partes. Et hoc ita ostendit Paulus *4. Sentent. tit. de leg.* & Cajus *lib. 2. Instit. tit. de leg. in fine*. Unde in lib. regul. Ulpiani *tit. de legatis*, ubi ita scriptum est, *si quidem disjunctim* (loquitur de legato per vindicationem) *singulis in solidum debetur*. Primum illa verba non sunt in archetypo, quem mihi nuper Lutetiæ communicavit D. Tilius, qui est possessor hujus libri. Et vero falsum est, etiam re eadem disjunctim per vindicationem legata, singulis deberi in solidum. Itaque spacium, quod in illo archetypo est vacuum, ita repleri potest, *si quidem disjunctim, singulis partes debentur*, id est, concursu partes faciunt, licet initio singulis solidum sit adscriptum. Idem vero est in legato per præceptionem, ut quibus disjunctim ita legatum est, partes concursu faciant, *l. 7. sup. de leg.* nam & legati per præceptionem, sive prælegationem eadem fere sunt verba, atque per vindicationem, nempe, *præcipito, tibique habeto*: ut est in Reg. Ulp. Sed si per damnationem eadem res sit disjunctim legata hoc modo, *Heres meus damnas esto Primo dare fundum illum: heres meus Secundo eundem fundum dare damnas esto*. Hoc genere singulis solidum debetur, uni res integra, alteri æstimatio rei integræ, ita ut ille rem auferat, qui agere præoccupaverit, & re oblata à diligentiore, ea in re nihil juris supersit alteri, sed integram habeat actionem de æstimatione, quod Ulpianus, & Paulus, & Cajus supradictis locis docent. Et eodem jure omnino fuit legatum sinendi modo, quod & pene similibus verbis relinquitur: *Heres damnas esto sinere illum rem illam habere, sive sumere*, quod est præstare: nam sinere est pati, & *patientia* pro traditione, & præstatione est, *l. 3. de usufr. l. si ego, §. 5. de Public. in rem act.* Eodem jure est fideicommissum, quo legatum per damnationem non in hoc juris articulo tantum, sed etiam in aliis: Nam quæcunque per damnationem legari possunt, & per fideicommiss. relinqui possunt, Ulp. *tit. de fideicommiss. lib. Reg.* Et ut electio est heredis, si homo generaliter, aut illud, aut illud legetur per damnationem, ita etiamsi relinquatur fideicom. *l. si à substituto 45. §. 1. de leg. 1. l. si is, cui, l. si ita relictum, §. ult. de leg. 2.* ut plane appareat in omnibus idem esse jus legati, & fideicommissi per damnationem. At notandum ex hac l. Justiniani, sublatam esse hanc differentiam inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem, quandoquidem ita constituit, *ut quoquo modo legata sit eadem res disjunctim, legatarii concursu partes faciant, nec singulis solidum debeatur*. Notavit tamen differentiam juris antiqui Justin. *in §. sin autem disjunctim*, eo loco: *Cum in uno tantum legati genere*, quod accipe, non ut inquit Accursius, de re legata per vindicationem, sed de legato damnationis relicto disjunctim duobus, aut pluribus, ut scilicet voluerit jus antiquum singulis præstari solidum; velit autem Justin. singulis tantum, si omnes concurrant, præstari partes æquas: sed addit exceptionem: *nisi apertissime appareat testatorem singulis solidum dare voluisse, alii rem, alii æstimationem*, quam exceptionem, ut & stilus prodit, omnino verum est ex hac constitutione Tribonianum inseruisse pluribus locis juris, ut in *l. si pluribus, l. filiusfamil. §. finali, de legat. 1. l. 53. §. ult. de leg. 2. l. 20. de leg. 3. l. duos, de usufr. leg.* Et hæc de eadem re duobus disjunctim legata. Nunc videamus de ea-

(†) *Vide Merilli. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 39.*

eadem re duobus conjunctim legata. Quo in articulo est etiam differentia inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem nondum sublata, quia ducitur ex conjectura voluntatis defuncti, & ex figura verborum, quæ sunt notæ voluntatis defuncti. Itemque inter jus antiquum, & novum, & hac distinctione adhibita facile dissipatur dissidium inter *l. 80. conjunctim, de leg. 3.* quæ ait conjunctim omnibus heredibus institutis, vel conjunctim legato relicto, aut solidam hereditatem, aut solidum legatum singulis dari ab initio, partes autem concursu fieri, & *l. 34. plane, §. si conjunctim, de leg. 1.* quæ ait conjunctim re legata duobus, ab initio partes fieri: quod dissidium interpretes nostri, qui erant veteris juris ignari, numquam componere potuerunt: utroque loco conjunctim, est re, & verbis: Nam hic articulus, conjunctim, ut dixi, numquam aliter accipitur. Sed res componi hoc modo debet. *Hi, quibus conjunctim per vindicationem legatur, concursu partes faciunt, non ab initio partes habent: ut* Ulpianus lib. regular. *eod. tit. de legat.* ostendit apertissime. Et ita accipienda *d. lex conjunctim*, cum satis aperte loquatur de legato vindicationis, loquens nempe de hereditate, quæ semper per vindicationem relinquitur, *heres esto, & delegata dato.* Nam do est verbum vindicationis. Hi autem, quibus per damnationem conjunctim eadem res legatur, ab initio quasi divisim partes habent in ea re æquas. Et ita sane accipienda est *d. l. plane, §. si conjunctim.* Et præterea, ut ostendatur differentia juris antiqui, & novi, *lex conjunctim*, est accipienda secundum jus antiquum, quod scilicet obtinuit ante legem Papiam. Nam ea lex est ex lib. Celsi 35. ff. quo constat ex *l. 1. de Reg. Caton.* Celsum tractasse de regula Catoniana, quæ pertinet ad jus antiquum, non ad leg. Papiam: *lex* autem *plane, §. si conjunctim*, etiam vera est, licet plane contrarium statuat, non secundum jus antiquum, sed secundum jus novum, id est, secundum l. Papiam, ex qua pars non concurrentis conjuncti caduca fit, sive per vindicationem, sive per damnationem legatum relictum sit. Et ita dissidium illud componi debet. Diximus in hac constitutione conjunctos vocari eos, qui re, & verbis sunt conjuncti, disjunctos esse, qui non verbis, sed re tantum conjuncti sunt; cujus in hoc tractatu meminisse semper oportebit. Eorum, qui verbis, non re conjuncti sunt, ratio hic nulla habetur, quia verborum conjunctio sola nullius momenti est, *l. si ita quis heredes 14. de hered. instit.* Nisi illa conjunctio verborum nuda ex voluntate testatoris accipiatur pro duplici, id est, pro conjunctione nominum, & rei: ut si testator ita dixerit, *Primo, & Secundo illum fundum æquis partibus do, lego,* non ut ipse faceret partes ab initio, sed ut demonstraret, quas per concursum partes habituri forent: quo casu verbis tantum conjuncti pro utroque modo conjunctis habentur. Et hujus voluntatis argumentum est in *l. si duobus 16. §. ult. de leg. 1.* cujus species hæc est: Testator legavit mihi, & postumis eandem rem conjuncta oratione ex virilibus partibus, id est, adscriptis virilibus partibus: nullo nato postumo, ego totam rem vindicabo, non tantum virilem partem, quia testator adscripsit partes viriles, non ut nos sapararet, sed ut demonstraret plurimis postumis natis, non unam se mihi partem, alteram postumis dare velle, sed omnibus viriles: quia nullo postumo nato, tota res ea ad me pertinet, quasi solido mihi ab initio relicto, *l. 7. & 8. de reb. dub.* Dixi etiam conjunctos per vindicationem jure antiquo, quo utimur, ab initio solidum habere, partes autem concursu facere. Unde sequitur, non concurrentis partem adcrescere alteri secundum generalem definitionem Celsi, quæ est in *l. 3. de usufr. adcresc.* Totiens scilicet jus adcrescendi esse, quotiens duobus, qui in solidum habuerunt rem ab initio, concursu dividitur res; atque ita, qui non concurrit, qui non capit partem, non facit etiam partem socio, id est, non impedit quo minus habeat totum, non numeratur in partibus faciendis: Nam non capientem partem, non facere partem socio, hoc nihil est aliud, quam partem non capientis adcrescere socio. Ex l. Papia non capientis pars caduca fiebat, quæ hodie sublata est. Dixi etiam conjunctos per damnationem ab initio partes habere: Unde sequitur, inter eos non esse jus adcrescendi, secundum definitionem Celsi, quia non concursu partes faciunt, sed habent ab initio partes factas, & adscriptas à testatore. Verum pars non capientis, non concurrentis, in hereditate remanet, ut nominatim scribit Ulpian. lib. regul. *tit. de leg.* Atque hoc casu, qui non fert, non capit partem, socio tamen partem facit, id est, non patitur, ut socius habeat totum. Et hoc ex jure antiquo, quo utimur: Nam ex l. Papia & hoc casu non capientis pars caduca fiebat. Eadem vero ratio fuit conjunctorum verbis tantum, quæ conjunctorum re, & verbis per damnationem. Nam sicut hi ab initio partes habent, qui sunt conjuncti verbis, & re per damnationem: Ita qui verbis tantum sunt conjuncti, non re, ab initio partes habent, *d. l. re conjuncti.* Unde sequitur inter eos non versari jus adcrescendi secundum regulam Celsi: quod etiam demonstrat *lex pen. & ult. de usufr. adcrescen.* Et ideo non capientis pars jure antiquo apud heredem remanet, exemplo conjunctorum re, & verbis per damnationem. Hoc ita, ut supra dixi, si non testator, quos verbis tantum conjunxit, palam etiam re conjungere voluerit, quod in dubio præsumitur. Et inde quæstio nata est *d. l. re conjuncti*, quæ fama est celeberrima, uter utri præferatur in jure adcrescendi. Species ejus hæc est: Finge testatorem ita legasse, *Primo, & Secundo fundum illum do, lego. Tertio eundem fundum do, lego.* Deficiente primo, pars ejus adcrescit soli Secundo, non Tertio, quia conjunctus re, & verbis præfertur re tantum conjuncto, & cæteris omnibus collegatariis, & ut ait *d. lex præfertur*, id est, præfertur omnimodo sine ulla distinctione, ut *l. 1. §. idem ait, de usufr. adcresc. l. Sempronius, §. ult. de usufr. leg.* At finge rursus, quæ species est difficilior, testatorem ita legasse pluribus eandem rem; *Primo, & Secundo fundum illum do, lego, Tertio fundum eundem do, lego, Quarto, & Sexto eundem fundum æquis partibus do, lego:* si omnes concurrant, si omnes amplectantur legatum, fient quatuor partes fundi, quia conjuncti omnes unius personæ potestate funguntur, *l. plane, in prin. de leg. 1. & hac lege, §. hoc ita tam varie*, sicut plures conditiones conjunctim datæ unius loco habentur, *l. 5. de condit. instit.* Ergo in hac specie Primus, & Secundus pro uno habentur. Et rursus Quintus, & Sextus æque pro uno habentur: Deficiente autem Primo, proculdubio soli adcrescit Secundo, quia re, & verbis conjunctus præfertur cæteris omnibus. Deficiente autem Tertio, Quartus non erit potior in portione Tertii, quæ deficit, sed portio Tertii adcrescit omnibus pro rata 1. 2. 4. 5. & 6, quia omnes Tertio sunt re conjuncti. Re enim conjunctus dicitur non tantum, qui in toto, sed & qui in parte conjunctus est, *l. 3. §. non solum, de usufruct. adcresc. l. 3. §. pen. quibus modis usufr. amitt.* At deficiente Quinto, lex ait, quæstionis esse, *an Sextus potior sit, quia ei est conjunctus verbis tantum*, id est, an præferatur cæteris collegatariis, ut portionem Quinti deficientis solus capiat: & ait, quæstionis esse propter ambiguam voluntatem testatoris: denique quæstionem esse voluntatis, quia incertum est, utrum testator, dum brevitati studet, ita dixerit, *Quinto, & Sexto eundem fundum æquis partibus do, lego*, an consulto consilio eos ita conjunxerit. Et in dubio verius esse ait, *ut & ipse præferatur*. Sic recte Florent. *ut & ipse*, id est, ut non tantum re, & verbis conjunctus præferatur cæteris omnibus, sed etiam verbis tantum conjunctus, & eandem prærogativam habeat verbis tantum conjunctus, quam habent conjuncti re, & verbis, quasi testator videatur non frustra eos conjunxisse, & non celeritati studuisse in dubio, ut *l. 66. de hered. instit.* sed data opera eos conjunxisse, ut eodem jure essent invicem, quo qui re, & verbis conjuncti sunt: Denique ex sententia defuncti, ut habeatur pro conjunctis re, & verbis. Et hæc est sententia *d. l. re conjuncti.*

Ne-

Neque obstat huic definitioni *lex Mævio 41. de leg. 2.* ex qua efficiunt, verbis tantum conjunctum non præferri cæteris. Species ejus hæc est: Testator ita dixit: *Primo fundi illius partem dimidiam, Secundo partem dimidiam do, lego. Tertio eundem fundum do, lego*: deficiente Secundo, quid fiet? An portio Secundi adcrescet Primo? Adcrescet, inquit, lex *Primo, & tertio*, quod est verissimum: & ut rem aperiam statim, Primus, & Secundus non sunt conjuncti verbis: verborum conjunctio est nominum complexio, *l. triplici, de verb. signific.* Nomina Primi, & Secundi in ea oratione non conjunguntur. Ergo non sunt conjuncti, sed separati, ut ait lex ipsa, partes eis fuisse legatas separatim, id est, separata oratione: Nam in illa oratione, *Primo illius fundi partem dimidiam*, subauditur, verbum per Zeugma, *do, lego*, ac perinde est, ac si dixisset, *Primo illius fundi partem do, lego. Secundo ejusdem fundi partem dimidiam do, lego. Tertio eundem fundum do, lego.* Sunt igitur omnes re conjuncti: Nam & qui in partem conjunctus est, etiam conjunctus est re. Et ideo portio Secundi, quæ deficit, adcrescit Primo, & Tertio pro rata, id est, ita ut Tertius in fundo habeat duas partes, Primus unam, quia quemadmodum in legato Tertius altero tanto plus habet, quam Primus: Ita in portione Secundi, quæ adcrescit, eadem ratio servanda est: si omnes concurrerent, Primus, Secundus, Tertius, Tertio daretur dimidia pars fundi, altera dimidia divideretur inter primum, & Secundum: Nam Primus, & Secundus sunt re conjuncti propter Tertium, qui nullo modo essent conjuncti, non adiecto Tertio, ut si ita legasset, *Primo illius fundi partem dimidiam, Secundo partem dimidiam do, lego.* Primus, & Secundus in hac specie nec re, nec verbis sunt conjuncti, quia nec nominum connexus eos conjungit, nec in eandem partem dimidiam vocantur, sed Primus in unam, Secundus in alteram dimidiam. Et consequenter inter eos non est jus adcrescendi, & si deficiat portio Secundi, ea remanebit in hereditate, non etiam adcrescet & Primo. Et similiter retenta specie eadem *l. Mævio*, deficiente Secundo, & Tertio, Primo, qui superest, nihil adcrescit, quia testator non plus dimidia ei dari voluit. Et jus adcrescendi non facit, ut quis plus habeat, quam testator dare voluerit, sed ne minus habeat, quia iis tantum competit jus adcrescendi, qui ab initio solidum habent, & excessu tantum interveniente locum habet, id est, quoties quis excessit assem. At non excessit assem, qui uni adscripsit partem dimidiam, & alteri alteram dimidiam. Unde, ut ponatur nova species rei dilucidandæ gratia, si testator ita dixerit: *Primo fundi partem dimidiam, Secundo dimidiam, Tertio dimidiam do, lego,* qua in re est excessus: Nam duæ tantum dimidiæ sunt cujusque rei, non tres. Igitur inter eos tres collegatarios est jus adcrescendi, quia excessus eis adcrescit pro rata, si concurrant omnes, vel deficiente Primo, aut Secundo, aut uno ex iis, excessus adcrescit cæteris duobus: Deficiente autem Primo, & Secundo, Tertio nihil adcrescit, ne habeat plus, quam dimidiam fundi, contra voluntatem defuncti. Nam jus adcrescendi manat ex voluntate defuncti, qui singulos voluit habere solidum non concurrentibus cæteris, partes æquas concurrentibus cæteris. Hæc voluntas inducit jus adcrescendi. Dixi postremo, disjunctos quoquo genere eis legatum sit, ex hac constitutione concursu partes facere, unde sequitur inter eos jus esse adcrescendi, quod jure antiquo, & l. Papia tantum erat inter disjunctos per vindicationem. Nam singulis, qui disjuncti essent per damnationem, solidum debebatur, uni res, alteri æstimatio, sive pretium, quod hæc constitutio tollit cum hac exceptione, nisi apertissime appareat testatorem singulis solidum dare voluisse. Unde quæro, cur ex lege Papia erat jus adcrescendi inter disjunctos per vindicationem, non inter conjunctos, sed non capientis pars caduca fiebat? Et ratio hæc est, summe notanda, quia singulis, qui disjuncti sunt, maxime per vindicationem, solidum ab initio palam legatur hoc modo: *Primo illum fundum do, lego, Secundo eundem fundum do, lego.* Et jus adcrescendi nihil aliud est, quam retentio solidi non concurrente collegatario. Conjunctis autem hoc modo, *Illi, & illi fundum illum do, lego*, singulis tacite, non palam solidum, id est, totus fundus legatur: ideoque non habet locum jus adcrescendi: aut non concurrente collegatario, solidi, quod palam iis relictum non erat, non habebant retentionem, sed portio non concurrentis caduca fiebat. Et hæc ratio diversitatis efficit etiam hodie, ut restituto jure antiquo, conjuncto non adcrescat invito, id est, ut invitus non retineat solidum, quod palam ei relictum non est: disjuncto autem adcrescat invito, in *§. sin vero non omnes, & §. ubi autem l. 1.* ut invitus retineat solidum, quod palam ei relictum est, quia unum legatum scindi non potest, *l. 4. & 6. de leg. 2.* Et qui unius legati partem capit, totum capit, & adquirit etiam invitus, *l. si cui res 59. eod.* Et ab herede ad legatarium pervenit exemplum, Paulus *Sententiar. III. tit. de leg. §. ejus rei*, ut quemadmodum hereditas non potest scindi, seu pro parte adiri, pro parte repudiari, *§. in his itaque, hac l. & l. 7. & 12. §. ex testa. de bonis liber.* Ita nec legatum scindi potest, quia scindere legatum est fastidire judicium defuncti, dum partem honoris delati à defuncto respuis, partem amplecteris, *c'est estre trop delicat*: nam quos vulgus vocat delicatos, non aliter Latine dicere possumus, quam fastidiosos .i. qui respuunt cibos. Et hoc est, quod initio hujus partis posterioris proponit Justin. hereditatem ab herede scindi non posse. Quare hic locus exigit, ut deinceps ex ordine, quem instituit Justinian. omnia nos exponamus, quæ is in posteriore parte tractat de heredibus conjunctis, deinde de fideicommissariis, & legatariis conjuctis, quæ nos persequemur sigillatim.

Ad §. Ubi autem legatarii, *vel si fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit: si quidem hoc conjunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum, & pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quædam ex his deficiat: sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere: vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, à quibus derelictum est. cum vero quidam voluerint, quidam noluerint: volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum: si quidem omnes hoc accipere, & potuerint, & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat: & non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent: cum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis, & fideicommissis imponentes, & antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime, & expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, hæc solida ejus sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum adsignare videtur, aliis supervenientibus partes à priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quæ defecit, nec alii adcrescit, ut ejus, qui primus accepit legatum augere videatur: sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum adscriptum: hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum: hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed & varietatis non in occulto sit ratio: cum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere.*

Justinian. dividit in heredes, & legatarios tractatum de conjunctis, & disjunctis, & in heredibus sic distinguit:

guit: aut omnes heredes conjunctim instituti sunt, vel substituti, hoc modo, *Ille. & ille, & ille, heredes sunto*, aut omnes disjunctim instituti, vel substituti, ut *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius heres esto*, aut quidam conjunctim heredes instituti sunt, vel substituti, quidam disjunctim hoc modo, *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius, & Quartus heredes sunto*, Hæc est distinctio Justiniani. Si omnes conjunctim, aut disjunctim nihil refert, heredes instituti, vel substituti sunt, ita constituit, & notanda definitio brevis constitutionis Justin. portionem coheredis, quæ repudiatur, vel quæ deficit ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat, vel in causa caduci jure civili, id est, ex duodecim tabulis, jure antiquo, jure ipso, jure tacito, pro portionibus hereditariis adcrescere cum onere suo coheredi, vel coheredibus, qui portiones suas agnoverunt, vel heredib. eorum. Dixi *portionem, quæ repudiatur, vel quæ deficit ex ea causa, &c.* quia portio, quæ pro non scripta habetur, coheredi adcrescit sine onere. Neque huic definitioni locus est in iis, quæ pro non scriptis habentur, exceptis duobus casibus duntaxat, ut ostendit in *§. in primo, h. tit.* *Dixi, qui portiones suas agnoverunt*. Nam portio portioni adcrescit, adjungiturque; ergo ei tantum adcrescit, qui portionem suam agnovit. Et excipe tantum casum ususf. quia ususf. personæ adcrescit, non portioni, *l. interdum, de usuf. adcresc. l. si Titio, §. ult. de usuf. leg. l. & ad eandem, §. qui cum partem, ff. de except. rei judic.* Quod autem dixi, *cum suo onere adcrescere coheredi portionem coheredis vacantem*, verum est, non tantum si portio deficiat ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat; nam quæ ita deficit, vel jure antiquo pertinet ad conjunctum, vel lege Papia ad fiscum cum suo onere. Verum idem etiam est in ea portione, quæ repudiatur, ut licet nominatim ei, qui portionem repudiavit, sit injunctum onus legati, portio ejus adcrescat coheredi cum suo onere, ex constitutione D. Severi, *l. mortuo, §. ult. l. si Titio, & Mævio, §. ult. de leg.* 2. Ante constitutionem Severi, qui scripserunt Julianus, & Celsus, recte dicebant, portionem repudiatam, cui nominatim impositum fuisset onus, pertinere ad coheredem sine onere, quod alii heredi, qui repudiavit, fuerat nominatim injunctum, *l. pater, §. ult. de leg.* 2. Sed hoc, ut dixi, mutavit constitutio Severi. Dixi etiam, *vel heredibus eorum*, ut intelligamus jus adcrescendi transmitti in heredem, in quem transmissa est portio hereditatis agnitæ ante aditionem. Et hoc distat jus adcrescendi à jure substitutionis, quia hoc non transmittitur, nisi post aditam ex substitutione hereditatem, *l. si ex pluribus, de suis, & legit. hered. l. hæc scriptura, §. ult. de condit. & demonstrat.* Ratio differentiæ est, quia substitutio, quæ nondum competit, in bonis nostris non est, *l. substitu. de acq. rer. domin.* Quod autem adcrescit, in bonis nostris esse videtur, etiam antequam adcreverit, quasi ab initio solido nobis relicto. Itemque substitutio substituti personæ cohæret. Portio proprietatis portioni adcrescit, non personæ, sicut alluvio, ut ait *d. l. si Titio, §. ult. de usufr.* quæ recte comparat jus adcrescendi alluvioni: quia & alluvio est jus adcrescendi, quod tamen non à jure civili, de quo heic tractamus, sed à jure gentium venit. Alluvio est jus adcrescendi, cum definiatur esse incrementum latens, quod non videatur antequam accesserit, ut arboris quoque est incrementum latens, & cujuscunque corporis naturalis. Horat. *Crescit occulto velut arbor ævo, fama Marcelli*. Præterea dixi initio, coheredi portionem coheredis adcrescere tacito jure, quod etiam proponitur in *l. testamento, sup. de impub. & aliis subst. l. si quis heres, l. qui ex duabus, §. ult. l. servus communis, de acquir. hered.* Et portio hereditatis, quæ deficit, si coheredi adcrescit invito, ergo & ignoranti ipso jure, *l. heredi cum postumo, d. tit.* Ut suus heres, quia invitus heres existit, & ignorans igitur. Hæc sunt consequentia, invito quid obvenire, & ignoranti. Ideo autem portio hereditatis adcrescit invito, quia hereditas pro parte scindi non potest, ut scilicet pars habeatur jure testati, pars intestati, si testator fuerit paganus, non miles: sed aut tota habenda est jure testati, aut tota intestati, non diviso jure. Ergo non potes partem hereditatis amplecti, quin & te invitum reliqua pars sequatur. *M. Tull. de invent. unius pecuniæ*, inquit, *plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est*, inquit, *ut alius testamento, alius lege heres esset*. Et hæc si omnes conjunctim, vel disjunctim instituti, vel substituti sint. Sin autem quidam conjunctim instituti, vel substituti, & quidam disjunctim, & unus ex conjunctis deficiat, portio ejus non omnibus coheredibus adcrescit, sed reliquis tantum, qui conjuncti sunt cum suo onere, pro hereditariis portionibus. Conjuncti præferuntur disjunctis, quia conjuncti quod adcrescit quasi suum occupant, & ea ratione disjunctos repellant. Sin autem unus ex disjunctis deficiat, portio ejus adcrescit omnibus heredibus cum suo onere, qui eodem testamento instituti, vel substituti sunt pro hereditariis portionibus, *l. heredes, l. liber, §. cum quis, D. de hered. instit. l. quidam, sup. de jure delib.* quam constitutionem intellexit Justin. in *§. his ita definitis*, dum ait, idem fuisse constitutum in suis decisionibus, ne scilicet hereditas pro parte scindatur, nimirum in *d. l. quidam*. Ideo autem portio disjuncti, quæ deficit, omnibus adcrescit, ut in hac specie, *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius, & Quartus heredes sunto*. Portio Primi, si deficiat, adcrescit omnib. heredib. Portio autem Tertii, si deficiat, soli Quarto adcrescit, videl. ut posui, ita concepta institut. heredum quatuor. *Primus heres esto: Secundus heres esto: Tertius, & quartus heredes sunto*. Et ita omnino debet poni species, ut omnes heredes sint instituti sine partibus: Nec n. ullæ partes eis sunt adscriptæ, & ideo deficiente Primo, vel Secundo, omnib. adcrescit, deficiente Tertio, vel Quarto, soli conjuncto, non omnib. videlicet, cum proponuntur omnes scripti sine partib. & hæc est ratio, quia disjuncti quod accrescit quasi alienum occupant. Igitur non debent, quod alienum est, sibi soli vindicare, sed in eo admittere reliquos coheredes. Et hæc ratio redditur in *§. hoc ita tam.* quem non immerito obiicies *§. sin autem conjunctim, h. t.* In quo dicitur, disjunctos solidum accipere quasi suum, deficiente aliquo ex disjunctis, quod est verum, quia disjuncto ab initio solidum palam relinquitur. Et verum quidem est, cum deficientibus collegis solidum capere quasi suum, sed cum concurrunt alii collegæ, vel socii, vel coheredes, solidum non possunt accipere quasi suum, sed id, quod deficit, debent communicare omnibus conjunctis in totum, vel in partem. Id notandum, quod dixi, huic sententiæ locum esse, cum omnes coheredes proponuntur scripti sine partib. partim conjunctim, partim disjunctim: Nam si quidam scripti sunt disjunctim ex partibus, quidam sine partib. conjunctim hoc modo, *Primus ex quadrante heres esto, Secundus ex triente, Tertius, & Quartus heredes sunto*, deficiente Primo, vel Secundo, sine dubio accrescit omnib. pro hereditariis portionibus cum suo onere, deficiente quoque Tertio accrescit omnibus, non soli Quarto, & deficiente Quarto, non soli Tertio, sed omnibus, *l. item quod qui, §. 1. de hered. instit.* Ratio est, quia Tertius Quarto conjunctus est nudo sermone tantum, & nudis verbis, quæ conjunctio nullius momenti est, nisi & in eandem rem vocentur, & jungantur. Atqui Tertius, & Quartus non vocantur in rem certam .i. in partem certam, quia sine partibus scribuntur. Non ergo sunt conjuncti, qui sine re scribuntur .i. sine parte. Cum alii ex parte scripti sunt, quod attinet ad jus adcrescendi, portio Tertii non soli Quarto, sed omnibus adcrescit. In legatariis autem, & fideicom. ita distinguit: aut conjunctim duobus, aut pluribus eadem res relicta est, aut disjunctim: Si disjunctim, portio, quæ deficit, remanet apud eum, qui agnovit suam partem, potius, quam adcrescit, quia singuli ab initio solidum habuerunt, solidum ergo retinet suo jure, nullo concurrente, qui solus agnoscit legatum. Si conjunctim fuerit eadem res pluribus legata, pars, quæ repudiatur adcrescit conjunctis, si modo partem deficientem amplecti volunt, non etiam invitis, & adcrescit pro parte virili, ut ait *§. ult. au-*

tem,

tem, *hoc tit.* Sed rectius *l.Mævia*, *de leg.2.* pro portione legati adcrescere dicit. Igitur in *§.ubi autem* pro virili portione, videlicet si viriles habent in legato .i. æquas, & personales partes: sin æquales, pro virili, pro ratione legati cujusque, *d.l.Mævio*. Nam & virilis nomine rata significatur, id est, *τὸ ἀνάλογον*, *§.ult. Instit.de inoffic. test. l.1. sup. unde lib.* Et ita virilem portionem accipere oportet in *§.sed ut manifestetur*, *hoc tit.* ut ibi recte Accursius; ut quemadmodum heredibus inter se pro partibus hereditariis adcrescit, ita etiam adcrescat collegatariis pro portione legati: nec sit in hac re ulla differentia inter heredes, & collegatarios, inter quos invenio tantum tres esse differentias hac in re. Prima est: coheredi conjuncto, vel disjuncto adcrescit invito, quia scilicet juris potestate singuli heredes, etiamsi disjuncti sint, in assem vocantur ab initio, propterea quod as scindi non potest, adeo ut, qui sunt disjuncti, videantur conjuncti esse. Conjuncto autem legatario non adcrescit invito, sed volenti tantum, disjuncto adcrescit invito. Et rationem reddidi in fine sup. recitationis. Secunda hæc est: Heredi conjuncto, vel disjuncto adcrescit cum onere. Conjuncto legatario etiam adcrescit cum onere, disjuncto autem sine onere, id est, sine onere ullo legati, aut fideicommissi, quod relictum est ab eo, cujus portio deficit, non etiam sine onere, ut etiam hic Justin. declarat, quod relictum est ab eo nominatim, cui adcrescit deficiens portio. Ratio differentiæ inter conjunctum, & disjunctum legatarium hæc est, quia disjuncto solidum legatur ab initio propalam. Suum ergo legatum capit, non alienum. Igitur id tantum onus subit, quod sibi impositum est, non alieno. Denique portio deficiens ei adcrescit sine onere illo, quod injunctum fuit ei, qui deficit. Conjunctus autem alienum legatum capere videtur, quia ei palam solidum relictum non est. Et proinde dicimus conjuncto proprie adcrescere, id est, conjuncti portionem augeri deficiente conjuncto, disjuncto autem non decrescere potius, quam adcrescere, id est, disjuncti portionem non minui concursu potius, quam augeri. Et secundum hanc distinctionem inter conjunctum, & disjunctum legatarium est accipiendum, quod dictum est in *§.pro secundo*, & *§. ne autem*, *sup.* portionem deficientem pertinere ad conjunctum cum onere, conjuncti nomine proprie accepto, ut dixi semper esse accipiendum in hoc tit. & in omni jure: & eadem distinctio adhibetur non tantum in onere legati, vel fideicommissi præstandi, sed etiam in onere conditionis, *l. si separatim*, quæ est de disjunctis, *l.si quis legata*, *§.fin.* quæ est de conjunctis, *ff. de condit. & demonst.* Tertia differentia est: Pars coheredis, quæ deficit, semper coheredi adcrescit. Pars collegatarii, quæ deficit, etiam collegatario adcrescit, si sint disjuncti ex hac constitutione, sublata differentia inter legatum per damnationem, & per vindicationem. Nam pars collegatarii, quæ deficit, collegatario adcrescit, si sint conjuncti per vindicationem, *l.si duobus*, *§.ult. l.liberatum*, *§.1. & l.plane*, *§.si duobus*, *de leg.1. l.si servo sub conditione*, *de statulib.* Sed si sint conjuncti per damnationem, pars, quæ deficit, non adcrescit collegatario, sed remanet apud heredem. Ita accipienda est *d.l.si duobus*, *& lex plane §.si conjunctim*, *de legatis 1.& l.7.de leg.2.* Nec invenio hanc differentiam esse sublatam, quæ est inter legatum per damnationem, & legatum per vindicationem. Atque ita explicitus est tractatus de conjunctis, & disjunctis, qui cœpit à *§.his ita definitis,usque ad §.quæ autem antiquis.*

Ad §.Quæ autem antiquis *legibus dicta sunt de his, quæ ut indignis auferuntur, & nos simili modo intacta servamus: sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant.*

Ad §.Cum autem *in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hereditatem non adjerit: hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit, & potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum ærarium devolvatur.*

Ad §.Hæc autem *omnia locum habere censemus, tam in testamentis, sive in scriptis, sive sine scriptis habitis, quam in codicillis, & omni ultimo elogio, vel siquid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causa donationibus. Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec Augustum privilegium exercemus: sed quod communiter omnibus prodest: hoc rei privatæ nostræ utilitati præferendum esse censemus, nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes.*

JUstinianus postquam egit de iis, quæ testamento, vel codicillis ab intestato, vel testamento factis relinquuntur, & quocunque alio ultimo judicio, sive hereditates sint, sive legata, sive fideicomm. aut donationes causa mortis, si deficiant post testamentum, vel ultimam voluntatem vivo testatore, vel post mortem ejus ante apertas tabul. testamenti, ultimive judicii cujuscunque: postquam, inquam, ea lege Papia caducaria derogata, definivit caduca non fieri, sed in hereditate remanere, vel ad conjunctos, aut disjunctos, modo cum suis oneribus, modo sine onerib. pertinere: Nunc in hoc §. docet, ea tantum caduca fieri, quæ ut indignis auferuntur, quæ Ulp. in *tit. de dominiis lib. reg.* scribit appellari ereptoria, quod ea jure tenenti eripiat fiscus. Et scribit etiam, ea eripi ex *l.Papia*, ut recte dixerim ante Justin. *l.Papiam* caducariam non abrogasse penitus. Nam derogavit *l.Papiæ* in iis tantum, quæ deficiunt ante mortem testatoris, vel ante apertas tabulas, non etiam in iis, quæ non deficiunt quidem ulla ex causa jure ipso, sed ut indignis auferuntur. Hæc enim plerumque caduca fiunt etiam hodie, id est, recidunt in fiscum cum suis oneribus ex *l.Papia*, exceptis certis casibus, quibus ea, quæ ut indignis, non ad fiscum, sed ad alias personas devolvuntur, ut in casibus *l.5. & l. pen. sup. de legat.* Et in casu *l.si ex voluntate*, *sup. de donat. inter vir. & uxor.* Est etiam casus in *l.si patroni*, *§. qui fideicommissa*, *D. ad SC. Treb.* Item alius in *l. ab hostibus*, *§.ult. solut. matr.* & alius in *l. 5. §. amittere*, *D.de his, quibus ut indig.* & alius in *Nov. 115.* In quibus perscrutandis suadeo, ut vos exerceatis. Non abrogat etiam Justinianus hac constitutione, ut dixi in *§.cum autem l. caducariam*, ex qua scilicet bona vacantia, id est, bona, quæ Græci vocant *ἀδέσποτα*, *qui n'ont point de maistre*, & *ἀκληρονόμητα*, id est, bona ejus, qui vita decessit nullo relicto successore testamentario, vel honorario, vel legitimo, quæ populo deferuntur, ut ait Ulpianus *lib. regul. tit. de possess. dandis*, *& l. quidam*, *§. quoties*, *de leg.1.* Et Cornelius Tacitus 3. *annal. populum veluti parentem omnium vacantia tenere*. Hodie vacantia fisco, sive principi deferuntur æque, ut parenti omnium, ut constat ex *tit. de bon. vacant. lib. 10.* Et Strabo *lib.17. ἀδέσποτα πίπτειν εἰς Καίσαρα*. Et inde *lib.Sententiarum* Pauli *tit. de jure fisci, & populi:* Inde libri Callistrati *de jure fisci, & populi*, ut in inscriptione *l.1. de bonis damnat.* Et Lampridius in Alexandro: *leges de jure fisci, & populi moderatas, & infinitas sanxit*. Et jus omne populi translatum est in Principem. Populi fuit leges ferre, & perferre, *l.de quibus*, *D.de legib.* hodie est Principis, *l.ult. sup. de legib.* Populus creavit magistratus, hodie Princeps, *l. 1. ad l. Jul. de amb.* Populus indixit bella, *l.hostes*, *de verb. signif.* hodie Princeps solus, *l.4. C. ad l. Jul. Majest.* Adoptio apud populum fiebat, *l. 1. & 22. inf. de adoption.* hodie apud Principem solum. Populus à magistratu appellabatur, hodie Princeps, *l.1. D.à quibus appell. non liceat*. Bona vacantia populo deferebantur, hodie Principi. Atque ita hæc constitutio duobus casibus admittit caduca, si qua auferantur ut indignis, & si qua sint vacantia. Et hoc posteriori casu, non aliter admittititur Princeps, quam si deficiant omnes intestati gradus, qui sunt quatuor. Primum enim

si quis

si quis decesserit sine testamento, sui vocantur, Secundo legitimi, id est, agnati, Tertio proximi cognati, deinde vir, & uxor, *l. 1. quis ord. in bon. poss. serv. post eos omnes est princeps, sive fiscus*. Cassiodorus in formula Comit. privatorum; *Caduca*, inquit, *bona: non sinis esse vacantia, ita quod usurpatio potuit invadere, tu fiscum nostrum facis justis compendiis obtinere. Proximos defunctorum nobis legaliter anteponis, quia in hoc casu persona Principis post omnes est. Et lib. 9.* idem Cassiodorus ad *Comitem Syracus.* hoc illi esse commissum, ut fisci titulo nomine caduci vindicet bona peregrinorum, quod nullus eis possit esse testamentarius, vel heres legitimus: quo jure utimur hodie in nostro regno, ut si peregrini non sunt à rege donati civitate, quod beneficium tollit peregrinitatem, *il les naturalise*, nullum in bonis suis possint habere successorem testamentarium, vel legitimum alium, quam fiscum. Et hi peregrini in idiotismo dicuntur advenæ: Unde certe deducitur vox vulgaris, *Aubain*. Postremo hac constitutione declarat Just. se velle constitutioni locum esse in futurum, non in præteritum. Nam quæ ante hanc constit. acta sunt secundum l. Papiam, ea vult esse rata, & ut ait, suo Marte discurrere, ubi malim decurrere, *ut l. 1. sup. ne liceat potent.* quod alibi est sua natura decurrere. Et sane hoc dilfat lex à judice, ut docet Cic. *in partitio.* quod judex de præteritis, lex de futuris statuat, *l. 7. de legib. l. pen. C. Th. de haeret. Leum vix, de legib.* Quod etiam in antiquis legibus exprimi solebat, ut in *l. Falcidia*, post hanc legem rogatam, *l. 1. ad l. Falcid. Cic. in pratura urbana: de jure civili*, inquit, *si quis novi quid instituit, omnia, quæ antea acta sunt, rata esse patitur. Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias* (sic loquitur) *cedo legem Voconiam: omnes præterea de jure civ. hoc reperier in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur, post hanc l. rogatam*. Plato in Theæteto: οἱ ἄν νομοθετῶμεν, τοὺς νόμους τιθέμενα ὡς τὸν ἔπειτα χρόνον: cum legem ferimus, in futurum ferimus tempus: Et Demosthenes in Timocratem: ἔγωγε οὐδένα ὅστις τῶν νομοθετοῦντα περὶ τῶν μελλόντων ἔσεσθαι, τὸ δὲ περὶ τῶν γεγενημένων πραγμάτων νόμους γράφειν οὐ νομοθετεῖν ἐστι, ἀλλὰ τοὺς ἀδικοῦντας σώζειν. *Ego existimo eum, qui legem fert, eam debere ferre de futuris. Nam legem ferre de præteritis, non est legem ferre, sed nocentes servare.*

AD TITULUM LII.

DE HIS, QUI ANTE APERTAS TABULAS HEREDITATEM TRANSMITTUNT.

NON aliam ob causam datur hic titulus, quam quod constitutionis in eo expositæ Just. fecit mentionem *§. in noviss. tit. prox.* ubi exposita est ejus sententia.

AD TITULUM LIII.

QUANDO DIES LEGATI, VEL FIDEICOMMISSI CEDAT.

HUNC etiam titulum non aliam ob causam dat, quam ut quod dixit in *tit. de caduc. toll. §. in novissimo, & seq. de cessione diei legatorum, aut fideicommissorum*, id confirmet ex veteribus constitutionibus, & *l. 1. hoc tit.* est de annuis legatis, quæ scilicet relinquuntur privato homini: Nam annua, quæ Reipub. relinquuntur, vel ecclesiis, perpetua sunt, quæ privato, morte ejus finiuntur, & quod ait *d. l. 1.* initio cujusque anni annua legata peti posse, intelligo, ut & ab heredibus legatarii peti possint, quia post mortem testatoris initio cujusque anni eorum legatorum dies cedit, & cœpti cujusque anni legatum, si modo initio ejus vixerit legatarius, transmittitur in heredem legatarii, & hoc est, quod ait *l. 4. de annuis leg.* annuo legato relicto, vel quod idem est, legato relicto in annos singulos plura esse legata, primi anni purum, sequentium annorum conditionalia: hanc enim inesse conditionem legatis sequentium annorum, si vivat legatarius, unum esse legatum purum, multa esse conditionalia: & ideo mortuo legatario ante inchoatum annum sequentis anni, legatum non transire in heredem, *l. 5. & l. in singulos, de ann. leg. l. 10. 11. & 12. quando, dies legat. l. 1. §. si annos, ff. ad l. Falcid. l. 45. sup. de Episc. & Clericis*. Nec obstat *l. si in annos, de cond. & demonstrat.* quæ dicit legatum relictum in annos decem non deberi initio cujusque anni, sed novissimo die annorum decem: Nam quid debemus respondere satis perspicuum est. In ejus l. specie testator non legavit in annos singulos, sed legavit certam summam in annos decem, completos scilicet, & recte certam summam pecuniæ: Nam si usumfruct. legaverit, vel operas in annos decem, intelligimus deberi initio cujusque anni, quia hæc sua natura dividuntur in annos, dies, vel menses, nec unica præstatione funguntur, ut certæ pecuniæ summa, *l. quæsitum, ff. de usufr.* ex aliis legibus hujus tit. intelligimus in heredem legati, aut fideicomm. petitionem ita demum transmitti, si dies ejus cesserit, quod utique fit à morte testatoris, si legatum sit purum, vel in diem certum, vel à tempore impletæ conditionis, si sit conditionale, vel in diem incertum, qui & aliquo casu cedere non possit, nec exigit scientiam; vel agnitionem legatarii. Legatum non agnitum transmittitur in heredem, si modo dies ejus cesserit; hereditas non adita non transmittitur. Nec traditionem rei legatæ exigi, nec aditionem hereditatis, *l. 3. & ult. hoc tit.* Et in *l. 3.* velim veterem scripturam retineri, quæ permansit in omnibus libris antiquis, *cui legatum, vel fideicommissum delegatum erat*, ut apud Egesipp. *lib. 2. Salome delegatum servavit*, id est, quod ei Herodes reliquerat: notandum est etiam in *l. 4. hoc tit.* vestigium juris antiqui, quo uxori non habenti solidi capacitatem ex testamento viri, vel contra, præter decimam partem bonorum matrimonii, licebat etiam legare usumfructum tertiæ partis bonorum, & cum liberos haberet, ejusdem partis proprietatem, *l. Lucius, §. maritus, ad SC. Trebell.* Ulpian. *lib. reg. tit. de decimis: vir, & uxor*, inquit, *præter decimam, etiam usumfructum tertiæ partis bonorum capere possunt. Et quandoque*, sic est in originali, *non quotcunque liberos habuerit, ejusdem partis proprietatem*. Nota etiam ex *l. pen. hoc tit.* legatum ita relictum, *cum ad legitimum statum pervenerit*, non esse conditionale: Mora enim suspendi, non conditione, & longa est differentia inter moram, & conditionem, *l. 1. de leg. 2. l. heres 49. de condit. & demon. l. quod pure, quando dies leg. & legitimum statum* vocat *l. pen.* quod Græci vocant ἀκμήν, id est, *ætatem justam, ætatem 25. annorum, l. cum pater, §. curatoris, de leg. 2.* qui & *virilis vigor* dicitur in *l. 1. ff. de min.* ad differentiam vigoris pubentis, *l. 4. sup. qui test. fac. poss.* Itaque post mortem testatoris mortuo eo, cui ita legatum est: *cum ad virilem ætatem pervenerit*, ante impletum 25. annum, legati petitio in heredem ejus transmittitur, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo legatarius, si rebus humanis subtractus non fuisset, 25. annum implevisset. Neque obstat huic legi *l. si Tit. ff. eod. tit.* & pleræque aliæ similes, in quibus, ut recte Joannes docuit, ab initio legati conditio injicitur hoc modo: *Illi cum erit annorum tot, do, lego*, legatum est conditionale: in hac autem lege ab initio pure legavit hoc modo, *illi decem do, lego*, deinde solutionis diem adjecit hoc modo, quam pecuniam accipere debebit, *cum ad statum legitimum pervenerit*.

AD



AD TITULUM LIV.

UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM, VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA MITTATUR, ET QUANDO SATISDARI DEBEAT.

RESTAT ut dicamus de satisdatione *legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa*, maxime eorum, quæ sub conditione, vel in diem relicta sunt, quam satisdationem heres legatariis, vel fideicommissariis postulantibus, qui legatum, vel fideicomm. sperant, præstare debet. Postulant eam legatarii à prætore, vel præside sedente pro tribunali, tanquam actionem. Est enim prætoria cautio, ut prætor heredem jubeat cavere legatorum, vel fideicommissorum nomine. Formula cautionis hæc est. *Quod mihi ex testamento, vel codicillis L. Titii dari oportet, vel fieri, id, quibus diebus dari, fierique L. Titius voluit, iisdem dari, fierive, aut quanti ea res est, tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei, promissionique abesse, abfuturumque esse spondes ne?* stipulatur legatarius, promittit heres, à quo legatum relictum est, adpromittit fidejussor, quem dare heres debet: nam hæc cautio non est nuda cautio, sed satisdatio. Herede autem non obtemperante jusso prætoris, non cavente legati nomine, legatarius ex edicto Prætoris mittitur in possess. omnium rerum, quæ in causa hereditaria sunt, dolove malo heredis esse desierunt, *l.6. hoc tit. l.1. quibus ex causis in poss. eatur, l. fundus, de ann. leg.* quo genere pignus prætorium constituitur, id est, missio in possessionem earum rerum, quæ fit ex edicto prætoris, eas res pignoris jure facit, ut teneat legatarius, *l.4. & 5. h. t.* non jure proprietatis, aut possessionis: Nam per hanc missionem in possessionem rerum hereditariarum legatarius, neque rerum proprietatem nanciscitur, neque tam possessionem, quam custodiam perpetuam, ut simul cum herede possideat, & saltem tædio perpetuæ custodiæ heredi extorqueat cautionem legati, *l.3. §.ult. & l.10. de acq. poss. l. cum legatorum, ff. ex quib. causis in poss. eatur, l.5. §.1. ut in poss. legat.* Et fit etiam uno casu ex constitutione Antonini missio in res heredis proprias, videlicet si post sex menses, quo legatarius adivit prætorem, vel præsidem, heres neque satisdederit, neque legato satisfecerit, *l. 6. h.t. l.5. l.Imperator, ff. eod.* Et in id, quod est in rub. *& quando satisdari debeat*, notandum est statim, post mortem testatoris, vel aditam hereditatem postulanti legatario satisdari debere, etiamsi nondum dies legati cesserit, ne qua arte heredis interim forte depereat legatum, modo de eo constet, id relictum esse, licet de jure ejus non constet. Qua de re prætor, à quo postulatur satisdatio, cognoscit summatim, & *παχυμερῶς*, non subtiliter, ut ait *l.1. h. t.* quæ est rescriptum D. Pii, quod citatur in hanc rem, *l.3. §.1. ff. eod. l. hæc stipulatio, §. ult. ff. ut legat. nom.* Hæc sunt opposita *subtiliter, & summatim*. Ita vero demum præstanda est hæc satisdatio, si à testatore remissa non fuerit, si testator non vetuerit eam ab herede exigi: remitti potest quocunque indicio voluntatis ex constitut. Marci, & Commodi in *l.2. h. t.* cujus fit sæpe mentio in Pandect. Idemque confirmat *l.4. & 7. hoc tit.* ante eam constitutionem testator non potuit prohibere hanc cautionem, quia ut ait *l. nemo, de leg. 1. nemo potest cavere ne leges, vel constitutiones, vel edicta in suo testamento locum habeant.* Qua ratione etiam ante Novellam constit. Justiniani, testator non potuit cavere, ne lex Falcidia induceretur in legatis, & hodie etiam quia deficit constitutio, quæ hoc permittat, non potest testator vetare, ne, quæ etiam ex edicto prætoris à fructuario præstanda est cautio, præstetur, se boni viri arbitratu usurum, fruiturum, & quandoque amisso, vel finito usufructu rei possessionem heredi, aut proprietario restituturum, *l.pen. h.t.* Et similiter non potest à testatore remitti cautio Senatusconsulti de usuf. earum rerum, quæ in abusu sunt, veluti de pecuniæ usuf. quandoque mortuo usufructuario, aut capite deminuto tantam pecuniam redditum iri, *l. 1. sup. de usuf. l.8. ff. de usuf. earum rerum, quæ usu, &c.* quia nisi lex specialis hoc testatori permiserit, non potest ipse cavere, ne in suo testamento leges, constitutiones, Senatusconsulta, edicta, locum habeant, *d. l. nemo*. Et ut eleganter ait, Quintilianus *in declamat. Potentius est, quod in albo lego, quam quod in testamento*: Bene est perveni ad finem hujus materiæ de successione civili, & iis, quæ testamento, vel codicillis relinquuntur. Sequitur materia de successione ab intestato.



AD TITULUM LV.

DE SUIS, ET LEGITIMIS LIBERIS, &c.

INCIPIT tractatus de hereditate intestatorum; quæ primo loco ex *l.12.* tab. id est, jure civili defertur suis heredibus, id est, liberis, qui in potestate morientis, & in gradu proximiores sunt delatæ hereditatis tempore, sic dictis, quod sint domestici, non alieni, non extranei heredes, scilicet ad discretionem eorum, ut recte Priscianus ait 7. id est, qui secundum leges sui non sunt, qui sub potestate patris legitimi non sunt: Ergo jure civili primum ab intestato ad suos heredes pertinet defuncti hereditas. Et hic tractatus est tantum de hereditate, quæ defertur jure civili, quæ obvenit jure civili, *qui escheoit*, unde in plerisque consuetudinibus Gallicis hereditas vocatur *eschoiete*: Nam de hereditate, sive successione, quæ obvenit jure prætorio dictum est *sup. à tit. 9. asque ad tit. 20.* nihil autem interest sui heredes, utrum sint naturales quæsiti ex justis nuptiis, an adoptivi: nam & adoptio suum heredem facit, *l. 5. hoc tit.* nihil interest utrum liberi nati sint tempore mortis defuncti intestati, an postumi sint: nam & postumi, qui si vivo parente nati fuissent in ejus potestate futuri forent, sui heredes sunt, *l. 4. hoc tit.* nihil etiam interest utrum liberi nati sint ex ingenuis parentibus, an ex libertinis: nam & libertini suum heredem habere possunt, *l. 7. hoc tit.* quæ repetitur in *l. libertus, inf. de patr. potest*. Et ii quidem sui liberi, & heredes ipso jure heredes existunt, id est 12. tab. etiam ignorantes, *l.8. hoc tit.* Et inviti igitur, qua de causa sui, & necessarii heredes dicuntur passim in jure: unde Apulejus 10. *leges*, inquit, *infantulis necessariam patris successionem deferunt*. Et ii liberi præferuntur matri defuncti intestati, quia liberis magis debetur hereditas, quam matri, vel patri, *l. scripto, §. ult. unde lib.* Et addit *d. l. pen. hujus tit.* (quod notandum maxime) etiam filios, qui neque sunt sui, neque legitimi, id est agnati, quales sunt filii matri, nec enim sunt in potestate matris, nec agnati ei sunt, sed cognati tantum, & vocantur tamen tanquam legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano ad successionem matris, & præferuntur aviæ, id est matri defunctæ matris, præferuntur etiam omnibus legitimis, sive agnatis, & sui quoque, & legitimi liberi, etiamsi ignorantes ipso jure heredes extiterint, atque ita decesserint, quod est jus præcipuum suorum, hereditatem parentum transmittunt in heredes suos qualescunque sint, sive liberi, sive parentes, sive extranei, *l.8. hoc tit. l.3. §. cum antiquioribus, supra, de jure delib.* Et recte in hac rub. *de suis, & legitimis liberis*, quia licet omnes legitimi, id est agnati non sint sui, ut frater consanguineus est fratri legitimus heres, non etiam suus, tamen omnes, qui sunt sui, & legitimi sunt, id est agnati: suitas est species agnationis, *l. de bonis, §. 1. de Carbon. ed. l. 2. unde leg. l.1. §. sed videamus, de success. ed. l. jurisconf. §. 1. de grad. & affinibus, l. filius, de suis, & legit. l. ult. de codicill.* Et contra, qui non sunt sui liberi, nec sunt legitimi, sive agnati, *l. scripto, unde lib.* veluti filii emancipati, nec sunt sui, nec agnati, sive legitimi: item filii nati ex concubinatu, qui naturales dicuntur, proprie

tamen

tamen nec sunt sui, nec legitimi, qui proprie dicuntur spurii, & vulgo concepti, vulgo quæsiti, ut Lucretius loquitur, volgivaga venere concepti, & Seneca io controversiis, *publici pueri*: qui scilicet patris incerti sunt, ut *l. 5. inf. ad Senatusconf. Orfit. l. divi, de capt. & post. l. vulgo, de statu hom.* qua de causa eos non dicimus filio spurios, nec unquam ita loquimur, sed filios spurii, id est, arvi materni, quod & spurium, *παρὰ τὴν σπορὰν* dicitur, id est, à satu, à satione, non autem eos nominamus à vase paterno, à patre, qui incertus est, sed eos dicimus filios spurii, id est, rei maternæ, non filios spurios. Ausonius: *Credo*, inquit, *quod illi nec pater certus fuit, & mater fuis vere lupa*. Solinus in Æthiopia: *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia privatim nesciunt, sed omnibus vulgo in venerem licet: inde est, quod filii matres tantum recognoscunt, nam paterni nominis nulla reverentia est: quis enim verum patrem noverit in hac luxuria incesti lascivientis? ea propter inter omnes populos degeneres habentur, nec immerito: quia afflicta castitatis disciplina successionis notitiam ritu improbo perdiderunt*: hæc eleganter Solinus. Recte autem *d. l. vulgo*, vulgo conceptos, sive spurios patrem demonstrare non posse, aut posse quidem, sed eos habere patrem, quem habere non licet. Qui locus demonstrat etiam filios susceptos ex illicitis nuptiis esse spurios, ut in *§. si adversus, Instit. de nupt.* Apulejus 6. *legitimæ nuptiæ non sunt, ac per hoc spurius nascetur*: Et ut ostendit *l. 6. hoc tit.* etiam ex contubernio natus, veluti ex libera, & servo spurius est, quia conturbenium non sunt justæ nuptiæ: nec quicquam facit si pater ejus postea manumittatur, & restituatur natalibus à principe, id est, ingenuus fiat, atque ita proveniat ad honorem decurionatus: nam & is filius, qui ex contubernio natus est veluti spurius habetur. Et hoc idem confirmat etiam *l. 3. sup. sol. mat.* At natus ex concubinatu, quod maxime notandum est, in eo enim errant plerique omnes, non est spurius, quia concubinatus est licita consuetudo, licitum consortium, & hæc manifesto ostendit *l. 5. inf. ad SC. Orfit.* Denique natus ex concubinatu, quod veluti quoddam matrimonium est non illicitum, naturalis dicitur, non spurius. Et ut omnia absolvam, quæ nobis proponuntur in hoc tit. notandum est, inter suos heredes ad successionem intestati ex l. 12. tab. vocari nepotes ex filio, vel filiis masculis pariter cum filiis superstitibus, id est, patruis suis, licet ii nepotes defuncto non sint sui liberi, quia filii eos præcedunt, sed sunt legitimi liberi, quos æquum est succedere in locum, portionemque patris sui, cujus vicem repræsentant, *par droict de representation*, id est, in eam partem, quam pater eorum habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris, atque ita nepotes succedunt cum patruis non in capita, id est, non pro virilibus portionibus, sed in stirpes, id est, in portionem patris sui, quam habuisset, si vixisset, ut si sit unus filius, & ex filio jam mortuo tres nepotes, non fient tot partes quot sunt capita, sive personæ, sed duæ tantum partes, ut filius unum habeat semissem, alterum tres nepotes, vel 10. vel 20. nil refert, *l. 3. h. t.* Quod & jure Prætorio ita procedit exemplo juris civilis, *l. si in adopt. §. ult. de bon. poss. contra tab. l. si nepotes, de coll. bon.* vel si nulli sint filii, sed nepotes tantum ex diversis filiis jam mortuis varii numeri, puta ex uno tres, ex alio duo, ex alio unus, non succedent etiam in capite, sed in stirpes, & in lineas, ut tres tantum partes hereditatis intestati fiant, *l. 2. h. t. l. Papin. §. quoniam, de inoff. test.* Et omnino in liberorum linea hæ duæ regulæ observandæ sunt: una hæc est, inter liberos à proximiore ulteriorem non excludi, ut à filio non excluditur nepos ex alio filio jam mortuo. Altera regula hæc est, inter liberos hereditatem dividi pro stirpib. non pro capitib. quæ duæ regulæ non ita valent in linea legitimorum, seu agnatorum. Et notandum præterea inter suos etiam vocari ex constit. Valent. & Theod. quæ prior hoc induxit contra omnem disciplinam juris antiqui, inter suos, inquam, vocari, & cum suis, vel legitimis .i. agnatis etiam nepotes ex filia in portionem, quam

A habuisset filia mater eorum jure repræsentationis, licet ii nepotes neque sui sint, neque legitimi, quod verissimum est, & vocari, si concurrant sui heredes cum deminutione trientis, qui adcrescit suis, ut portionem matris integram non ferant, ut ejus vicem non repræsentent ex integro, qui nec sui sunt, nec legitimi, *l. 9. h. t.* vel si concurrant legitimi .i. agnati non sui cum deminutione quadrantis, qui adcrescit agnatis, *l. 4. C. Theod. de legit. hered.* Sed hoc totum mutavit Justin. ampliato jure nepotum ex filiabus; primum enim quadrantem ademit agnatis concurrentib. in *l. ult. h. t.* deinde etiam trientem ademit suis *Nov. 18. & 118.* ut nepotib. ex filia obveniat integra portio, quam habitura fuisset mater eorum si vixisset sine ulla deminutione trientis, vel quadrantis, qualiscunque concurrat heres. Et notandum, quod ait *l. 9. hujus tit. hæc eadem, quæ*

B *de avi materni bonis constituimus, & de aviæ maternæ, sive etiam paternæ simili æquitate sancimus*: ait, quæ dixit de hereditate avi materni, ut in eam concurrant etiam nepotes ex filia, idem se velle obtinere in hered. aviæ maternæ, vel paternæ, *nisi forte*, inquit, *avia elogia inurenda impiis nepotibus justa semotis ratione dixerit*, qui locus est explicandus, quoniam cum non intellexit Acc. Sensus ejus loci hic est, ut nepotes ex filia in portionem matris suæ succedant moriente avo materno, vel avia materna, aut paterna, nisi sint exheredati testam. matris suæ: quod si vel unum hodie didiceritis, satis est, nempe exheredatos à patre, vel etiam à matre, non repræsentare vicem patris sui in successione avi, vel aviæ maternæ, vel paternæ, quia à se, vel suo nomine, qui parens exheredavit filium, noluit quicquam ad eum pervenire. Et hæc est sententia ejus

C loci: etiam addendum est ad *l. 10.* vulgo male ita legi, *capitis deminutio paterna*: reponas, *capitis deminutio materna*, ut est in *Cod. Theod.* atque ita in lib. 45. Basil. Obscuritas loci fecit, ut mutarent vocem *maternam* in *paternam*, perperam. Nam sensus evidentissimus hic est, quem quisque facile capiet si conferat patrem emancipatum cum matre emancipata: finge: avus meus emancipavit patrem meum, & post emancipationem patris mei natus sum, jure civili non succedam in bonis avi, sicut nec pater meus ei succedere jure civili potest, jure prætorio potest & ipse, & ego, quia prætor emancipatos vocat inter suos: At contra finge: Avus meus emancipavit matrem meam, & post emancipationem matris meæ natus sum, an succedam avo? sic sane, quia in matre, inquit, non est inquirendum an sit capite deminuta .i. an sit emancipa-

D ta, nam ea si emancipata sit, non habet potestatem familiæ, non habet liberos in potestate, & hæc est sententia hujus l. Restat ut advertamus omnes leges hujus tit. esse de suis, & legit. hered. vel de iis, quia inter suos, vel cum suis vocantur, licet ipsi sui non sint, aut legitimi, excepta *l. 1.* quæ non est de liberis, sed de fratribus consanguineis, ergo de agnatis ex transverso. Itaque lex prima nihil videtur pertinere ad tit. qui est de liberis, non de agnatis ex transverso: nisi dicamus, quod & verum est, initio hujus tractatus de hereditate intestatorum, quæ obvenit jure civili, voluisse conditorem hujus libri proposita *l. 1.* indicare differentiam, quæ est in successionibus intestatorum inter jus prætorium, & civile, quod apparebit cum *l. 1.* collata, atque conjuncta *l. 2. sup. qui admitti ad bon.* cujus est eadem inscriptio, & subscri-

E ptio. Et ait *d. l. 2.* eum, qui jure prætorio tantum vocatur ad successionem intestati, velut jure proximitatis, jure cognationis, non agnationis: nam cognatum jus civile non novit, solus prætor eum novit, & vocat cognatum ad successionem intestati, dummodo petat bonor. possess. intra 100. dies: post dies 100. excluditur à successione: de jure prætorio est etiam *l. 1. §. si quis, de success. ed.* At *l. 1.* hujus tit. docet sororem consanguineam, quæ est legitima heres fratris jure civili non excludi præscriptione 100. dierum, quia ex jure civili venit, non ex jure prætorio: & jus adeundæ hereditatis, quod est semper ex jure civili, est perpetuum: quod optime probat hæc *l. 1.* & ita *sup. in tit. de jure delib.* ego ostendi recte Græcos *l. 4. sup. qui admitti*, hæc adnotare, τὸ πατρικὸν δίκαιον Χρό-

νο

νο ὀυκ ἐπιλαλεῖσθαι , id est, *jus civile tempore non circumscribi* : ergo mens ejus , qui sub hoc tit posuit l.1. licet ea non sit de liberis secundum tit. sed de agnatis ex transverso , hæc fuit , ut statim ab initio hujus tractatus , qui est de jure civili, constitueret differentiam, quæ est hac in re in successione intestatorum inter jus civile , & prætorium.

Ad L.X. Ubi aviarum successio *morte interveniente discutitur , capitis deminutio materna quærenda non est : Tunc enim in hujusmodi hereditatibus filiorum status,aut persona spectatur, quotiens de ejus bonis, qui potestatem familiæ potuit habere, tractatur.Dat.xv. Cal.Octob.Ravennæ,Theodosio XIII.& Valent.III. A.A.Conss.*

PRiusquam ad tit.56. veniam , quia puto me heri per errorem dixisse avum pro aviam in interpretatione l.10. illa verba , *ubi aviarum successio discutitur , capitis deminutio materna quærenda non est* , hunc habet sensum , natum quidem post emancipationem patris , jure civili non succedere avo paterno, in cujus familia non est , sed sequi familiam patris sui ; at natum post emancipationem matris, jure civili succedere aviæ paternæ , vel maternæ, non avo ; quoniam lex est de aviarum maternarum successione, & frustra quæritur , an mater fuerit emancipata , quoniam & si emancipata fuerit , nihilominus nati ex ea post emancipationem , ex constitutionibus succedunt aviæ paternæ , vel maternæ , & frustra spectari emancipationem matris , quia avia, vel quæ alia fœmina familiæ potestatem non habet,*l.nulla, de suis, & legit. l.8.inf.de præscrip.longi temp.* Nunc veniam ad tit.56.

AD TITULUM LVI.

AD SENATUSCONSULTUM TERTULLIANUM.

POST liberos (de quibus supra titulo proximo) mater vocatur ad hereditatem filii intestati, tanquam heres legitima,non ex l.12. tab.quia cognata est , non agnata , & ea lex non cognovit cognatos. Sed ex Senatusconf.Tertulliano: nam Senatus heredem legitimum facere potest : post liberos, inquam : Nam liberi defuncti excludunt matrem,*l.pen. sup.tit.prox.* Et retro,ad hereditatem matris intestatæ vocantur liberi , tanquam legitimi , non ex *l.12. tab.* quod cognati sunt matri , non agnati, sed ex SC. Orfitiano,de quo *tit.seq.* quod divi Marci , & Commodi temporibus factum est , ut *Instit.* docent *eod.tit.* Spartianus in Marco, *leges addidit*, inquit , *de bonis maternis , & item de filiorum successionibus pro parte materna* . Et ideo de SC. Tertulliano, velut antiquiori *tit.præcedit* : & ex hoc quidem , ut quantum fert h. tit. notemus quasdam differentias , quæ sunt inter hæc duo SCta.Mater filio succedit cujuscunque ætatis filius decesserit , etiamsi infans, *l.1. hoc tit.* si decesserit intestatus, id est , si pater ei non substituit pupillariter : nam ipse pupillus non potest facere testamentum . At ex SC. Orfitiano filius matri intestatæ non succedit per se , si infans sit , sed per tutorem, aut per patrem , *l.1.hoc tit. & l.servo invito , §.si pupillo, ad SC. Treb.l.si infanti, sup. de jure delib.* Item filii, & filiæ succedentes matri ex SC. Orfitiano excludunt parentes matris , atque etiam fratres consanguineos , vel sorores consanguineas, *d.l.pen. & l.1. & 4. tit. seq.* At consanguinei fratres , vel sorores ex eodem patre , qui & germani dicuntur , & legitimi, *l.ult. h.t. l.ult. inf.de legit. her. l.Sextiam 32. de leg.3.* quia sunt agnati : qui sunt ex eadem matre tantum,& uterini dicuntur,non sunt agnati,sed cognati. At ex SC.Tertulliano defuncti pater excludit matrem, si is pater in emancipatione manumissor exstiterit, *l.2. hoc tit.* si contracta fiducia manumiserit , quæ cum hodie semper contracta intelligatur ex *constit. Justin. §. ult. de legit. agnat. success.* dicamus etiam simpliciter in successione filii , patrem matre esse potiorem ex SC. Tertulliano : Nam , ut dicetur inferius , jure novissimo simul succedit pater , & mater . Item ex Senatusconsulto Tertulliano consanguinei, sive soli , sive permixti cum sororibus , omnino matrem excludunt , & de iis fratribus , qui sunt consanguinei accipienda est *l.2. h.tit. §.frater , Instit. eod.tit. l.3. §.plane si mater, de Carb. edicto, l.2. C.Theod. de inoffic.test. l.2.C.Theod. de secund.nupt.* Nec mirum si fratres consanguinei præferantur matri , cum & patri præferantur secundum jus vetus, *l.ult. inf. comm. de success.* At fratres uterini , vel naturales , non excludunt matrem , aut patrem , *l.Lucius , de vulg. & pupill.substit.* Sorores autem consanguineæ , si solæ sint , non permixtæ cum fratribus consanguineis , pariter cum matre succedunt fratri , ut sorores unam dimidiam , & mater alteram habeat , *d. §. frater* . Et hoc ex SC. Tertull. Nam aliud est jus ex constitutione Justin. *l.ult. hoc tit.* quæ matrem vocat ad successionem filii intestati in virilem portionem, etiam cum fratribus vel solis , vel permixtis cum sororibus , & cum sororibus solis in partem dimidiam, nulla posita differentia inter fratres consanguineos, & uterinos , inter fratres agnatos, & cognatos : quæ lex etiam non permittit , ut matri venienti ad successionem filii ex Senatusconsulto Tertulliano quidquam detrahat , vel abradat quidquam alius agnatus filii defuncti, sive patruus sit , sive patruelis frater . Quo jure abrogat Justin. *l.1. C. Theod. de leg. hered.* Quod si defuncto sint fratres , vel sorores , & pater, vel mater, vult Justin. ut fratres tantum, & sorores defuncto succedant , solo usufructu bessis servato patri , & matri . Et hoc si defunctus filius sui juris fuit : nam si fuit in potestate patris , pater bonorum adventitiorum filii retinet usumfr. ex constit. Justiniani , proprietas autem eorum bonorum pertinet ad matrem pro virili parte , concurrentibus fratribus defuncti , vel fratribus , & sororibus , aut pro dimidia parte concurrentibus solis sororibus . Et hæc est sententia *l.ult.* cui est conjungenda *l.ult. inf. de jure liber.* quæ habet eandem inscriptionem , & subscriptionem , & quæ in eo etiam derogat SC. Tertull. quod etiam si mater ingenua non habeat jus trium liberorum , & libertina quatuor , quod SC. Tertull. exigebat , nihilominus veniat ad legitimam hereditatem filii intestati . Et observandum etiam est in *l.mater , hoc tit.* (cum in *l.mater , C.Theod. de legit.hered.*ex quo ducta est , sit scriptum tantum , *sororibus transmissura defuncti*) Tribon. scripsisse , *sororibus , & fratribus* : nam in eo loco C. Theodos. pro *fratribus* , uti nunc legitur , reponendum est, *sororibus* , ut quæ præcedunt demonstrant , cum quibus mater succedit ex SC. Tertull. quod etiam interpres Anianus demonstrat . Tribonianus tamen utrumque apposuit, *sororibus, & fratribus ex d. l. ult.* Nam ante *l. ult. hoc tit.* matrem penitus fratres excludebant . Nota etiam postea Justin. discessisse à sententia *l. ult.* & constituisse in *Nov.22. cap.46.* ut etiam mater cum sororibus , quæ solæ sunt , succedat in virilem tantum , non in dimidiam. Et hoc ipsum etiam , quod cavetur *hac l. ult.* magis retractavit *Nov.84. & Nov.118.* ut si defuncto sint fratres , & sorores , & pater , & mater , omnes ei succedant pro virilibus portionibus, id est, in capita , si sint fratres, & sorores ex eodem patre , & ex eadem matre , & ut quisque retineat virilem portionem pleno jure , sine deductione ususfructus , etiamsi filii sint in potestate patris fratris defuncti , exclusis fratribus , qui sunt ex eodem patre tantum , vel ex eadem matre tantum , quo jure utimur, ut fratres utroque parente conjuncti illis præferantur . Hæc omnia ita procedunt , si mater vidua permanserit : Nam si iterum nupserit post mortem mariti , ex quo filium illum habuit , de cujus successione quæritur , distinguendum est : aut enim ante mortem filii iterum nupsit , aut post mortem ejus : si post mortem filii , pro sua parte cum fratribus , & sororibus capit bona filii adventitia, id est , quæ aliunde habuit , quam à patre : In bonis autem profectis à patre habet tantum usumfructum , proprietatem servat sororibus , vel fratribus defuncti , filiis suis superstitibus ex sententia *l.mater , hoc tit.* Sed si ante mortem filii mater iterum nupserit , in omnibus bonis filii , sive profectitiis , sive adventitiis usumfructum habet

bet tantum pro ſua parte, *l.fœminæ*, *§. ult. ſup.de ſecundis nup.* Ratio hæc eſt : quia majori pœna digna eſt, quæ filio vivo vitricum ſuperduxit : mortuo autem filio, nullam mater, quæ iterum nubit, ei injuriam facit. Hæc eſt diſtinctio temporis, quam facit *l. mater*, conjuncta *d. l. fœminæ*, *§.ult.* Sed hoc quoque, id eſt, hanc diſtinctionem temporis poſtea ſuſtulit Juſtinianus *Novell.* 2. & differentiam illam bonorum, & differentiam viduitatis, ac ſecundarum nuptiarum, ita definiens, ut mater ſuccedat filio pro virili pleno jure cum fratribus, & ſororibus defuncti filii in omnibus indiſtincte, ſive nupſerit iterum, ſive vidua permanſerit. Ac rurſus, & hoc recantat Juſtinianus *Novella conſt.*22.in qua tollit quidem illam differentiam temporis, utrum mater iterum nupſerit vivo filio, an mortuo, ſed reducit differentiam bonorum, & pœnam ſecundarum nuptiarum, ut in bonis profectitiis pro ſua portione mater habeat tantum uſumfructum, quæ iterum nupſerit, ſive ante mortem filii, ſive poſt mortem filii iterum nupſerit. In adventitiis autem pro ſua parte habeat plenam proprietatem. Reſtat, ut notemus ex eo, quod ſupereſt in *h. tit.* ceſſare SC. certis caſibus. Unus eſt, ſi filiis impuberibus non habentibus tutorem, mater non petierit, intra annum ſcilicet, ſi mortui ſint impuberes, ut eis non ſuccedat, non etiam ſi puberes mortui ſint, *l.3.hoc tit.* Atque ita ſi mortui ſint impuberes, quia deſeruit officium pietatis, mulctatur mater hereditate, eaque redit ad agnatos filii, *l. matris* 11. & *l.cum jure, ſup.qui pet.tut.* Et hujus juris origo eſt ex conſt. D.Severi, *l.2. §.Divus*, *ff.ubi tut.petat. l.2. l.ſciant*, *§.ſi mater*, *D.ad SC.Tert.* Et idem obtinet in quolibet herede legit. impuberis, aut etiam ſubſtit. in ſecundum caſum, *l.ſciant*, *de leg.hered. inf.* Et dixi intra annum ex *d.l.ſciant*, & *§.pen. Inſtit. eod. tit.* Ex qua *lege ſciant*, proculdubio Tribonianus in *l.2. §.confeſtim*, *ff. eod.* adjecit hæc verba : *Ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet* : quoniam ex conſtitutione Severi confeſtim erat petendus tutor. Hodie ex *d.l.ſciant*, ſatis eſt intra annum peti. Ceſſat etiam SC. Tertullianum, ſi mater, quæ tutelam filii impuberis legitimam ſuſcepit ex conſtitutionibus, quæ hoc matri dant, modo juret ſe iterum non nupturam, ſi pejeret, & iterum nubat, non dato filio alio tutore idoneo, eidemque redditis rationibus ſuæ adminiſtrationis : nam hoc etiam caſu mater amittit commodum SC. Tertulliani, *l.pen. h.t. l.pen. inf. in quibus cauſis pignus*. Quod ſi mater iterum nupſerit intra annum luctus, non aliter poteſt aboleri infamia, quam incurrit ob immaturas nuptias, quam beneficio principis : non aliter etiam ejuſdem principis beneficio ſolvitur pœnis, quas inducit *l.1. ſup. de ſec. nup.* mulieribus nubentibus antequam peregerint annum luctus, antequam eluxerint virum, non aliter, inquam, ſolvitur pœnis *d.legis* 1. quam ſi filiis prioris matrimonii bonorum ſuorum ſemiſſem pleno jure donaverit, ea tamen lege, ut ſi inteſtati omnes obierint ſine liberis, is ſemis redeat ad matrem : & hæc eſt ſententia *legis* 4. *hoc tit.* quæ proprie eſt de immaturis ſecundis nuptiis, id eſt, quæ fiunt intra annum luctus : Nam *l.mater*, & aliæ, quæ ſunt in hoc titulo ſunt de ſecundis nuptiis, quæ fiunt poſt annum luctus.



AD TITULUM LVII.

AD SC. ORFITIANUM.

POST SC. Tertull. ſequitur SC. Orfitianum; ex quo filii pari jure vocantur ad legitimam hereditatem matris inteſtatæ, excluſis omnibus agnatis matris, ut mater ad hereditatem filiorum inteſtatorum ex SC. Tertull. & notandum quod ait *l.pen. ſup. de ſuis, & leg. lib.* filios matri inteſtatæ ipſo jure ſuccedere : quod non eſt citra aditionem, vel geſtionem pro herede, ſicut cum dicimus ſuos heredes ipſo jure heredes exiſtere, quod tunc eſt citra aditionem, *l.in ſuis, de ſuis, & legit.hered. l.pen.§.pen.D.de bonis liber.* Sed filios matri ipſo jure ſuccedere, hoc eſt citra cretionis ſolemnitatem, quæ hodie penitus ſublata eſt, *l.cretionem, ſup.de jure delib.* & citra bonorum poſſeſſionem, ut oſtendit *l.3.hujus tit.* quia filii non prætoris, ſed SC. Orfitiani beneficio admittuntur ad hereditatem matris : igitur non indigene Prætoris auxilio, id eſt, bonor. poſſeſſione, *l.1. C.Theod. de legit. hered. l.5. C.Theod. de cret. vel bon. poſſ.* quod idem dicitur de ſuis heredibus, ut ſcilicet heredes exiſtant citra bonorum poſſeſſ. *l.13. ſup. de jure delib. l.7. D. de inoff.teſt.* Sed in iis, id eſt, in ſuis, addimus etiam, citra aditionem, quod non addimus tamen in filiis, qui matri ſuccedunt ex SC. Orfitiano, nec in aliis legitimis heredibus, nec in teſtamentariis, de quibus tamen idem dici poteſt, ipſo jure eos heredes exiſtere, id eſt, citra bonor. poſſeſſ. ut in *l.4. tit.ſeq. l.omnium*, *ſup. de teſtam.* ſed non citra aditionem, vel geſtionem pro herede. Quamobrem filii ex SC. Orfitiano non aliter adquirunt hereditatem matris inteſtatæ, quam ſi eam adierint, vel ſe pro herede geſſerint. Paulus *4.Sentent. eod.tit. filius*, inquit, *hereditatem maternam, eandemque legitimam, niſi adeundo quærere non poteſt* : unde ſequitur, quam ita non adquiſierint filii hereditatem matris ſuæ, eos non tranſmittere in heredem ſecundum regulam, quæ vetat hereditatem non aditam tranſmitti in heredem, ſed deficientium portionem adcreſcere reliquis coheredibus, qui adierunt, ut in ſpecie *l.2. hujus tit. l.ſi ex pluribus*, *D.de ſuis*, & *legit.hered.* vel ſi omnes deficiant, omnes filii ſi moriantur ante aditam hereditatem matris, hereditas redit ad agnatos defunctæ matris. Verum huic ſententiæ videtur obſtare *l.unica, ſup.de his, qui ante apert. tab.* ex qua intelleximus jam ſatis, & ex *tit. de cad.toll.* hoc jure ſingulari datum eſſe liberis, ut delatam eis hereditatem patris, aut matris, etiamſi ignorantes eam ſibi delatam eſſe, diem ſuum obierint, necdum adiverint, tamen tranſmittere in liberos ſuos : Nam ne fallamur obſervandum eſt, illam *l. unicam* loqui tantum de hereditate patris, vel matris delata teſtamento patris, vel matris, quod & in ipſo titulo tab. nomen indicat. Loquitur ergo de liberis, qui patri, vel matri heredes extiterunt ex teſtamento, aut quibus ex teſtamento delata eſt hereditas patris, vel matris, ut eam etiam non aditam tranſmittant in liberos ſuos contra regulam juris : non loquitur de liberis, quibus ab inteſtato defertur hereditas matris. Igitur cum ea conſtitutio ſit nova, & adverſus regulas juris, non poſſumus eam noſtra auctoritate producere ad legitimos heredes, maxime obſtante *l.2. bujus tit.* quæ docet filium non aditam hereditatem matris, quæ ei erat delata ab inteſtato ex SC. Orfitiano, non tranſmittere in heredem ſuum. Fateor tamen, ut Accurſ. recte notavit in hac l.2. filios, ſi moriantur intra annum à die delatæ hereditatis maternæ ab inteſtato, ſcientes eam ſibi eſſe delatam, eos jus deliberandi tranſmittere in heredes ſuos, ſed non hereditatem ex beneficio *legis cum antiquioribus*, *ſup. de jure delib.* ſi moriantur poſt annum, nec jus deliberandi tranſmittere ad heredem ſuum, imo nec ſi intra annum, ſi ignoraverint delatam ſibi eſſe hereditatem matris, puta, ſi ignoraverint mortem matris. Ad hæc notandum eſt, ſicut ſpurio inteſtato mater ſuccedit ex S. C. Tertulliano, *§. ult. Inſtit. de S. C. Tertull. l.3. in princ. D. eod.* Ita quoque ſpurius matri inteſtatæ ſuccedit ex S. C. Orfitiano, *l.1. §.ſed & vulgo*, *D.eod. tit. §.vulgo*, *Inſtit. de S. C. Orfit.* Et conſequenter filius vulgo quæſitus, qui ſpurius dicitur, de inoffic. teſtamento matris, in quo eſt præteritus agere poteſt, *l.ſi ſuſpecta*, *§.1. D.de inoffic. teſt.* quia quicunque filius ab inteſtato poteſt jure civili, vel prætorio ſuccedere parenti, cujuſcunque ſexus ſit parens, ſi in teſtamento ejus ſit exheredatus, vel præteritus, ita ut pro exheredato habeatur, poteſt agere de inoff.teſtamento parentis : Spurius autem ab inteſtato ſuccedit matri : Ergo queri poteſt de inoff. teſtamento matris, idque reſcindere ſi probet non habuiſſe matrem juſtam cauſam iraſcendi ſibi, non fuiſſe juſtam cauſam indignationis matris, juſtam iram. Excipitur tamen ab eo, quod dicimus

ſpu-

spurium matri succedere ex Orfitiano, illustris mater, illustris fœmina, id est, filia, vel uxor Senatoris illustris, puta præfecti prætorio, vel præfecti urbi, vel Comitis sacrarum largitionum, & similium, qui enumerantur inter Senatores illustres. Cujus quidem fœminæ illustris, ut eleganter ait Justin. præcipuum debitum est observatio pudicitiæ, ἐξαίρετον χρέος τῆς σωφροσύνης φυλάττειν. Et ideo ad legitimam hereditatem illustris fœminæ non admittitur spurius, videlicet si habeat justos liberos: Justi enim liberi excludunt spurios, id est, sine marito filios, qui nullum alium patrem habent, quam terram, vel populum, vel φθόρον, & spurium matris. Et hos justi, & legitimi liberi non tantum excludunt à legitima hereditate matris, sed etiam à testamentaria, & ab omni liberalitate matris, ex *l. pen. hujus tit.* quam Justin. ait se dedicare pudicitiæ ingenuarum, & illustrium fœminarum. At justi liberi non excludunt etiam naturales, id est, susceptos ex concubinatu, qui non sunt sine marito filii; Nam ut concubina uxorem imitatur, ut Julianus ait in Nov.18. ita concubinatus maritum imitatur. Et est concubinatus semimatrimonium ἡμίγαμος, ut Græci loquuntur. Et ut hæc lex indicat, *est licita consuetudo ab homine libero habita*, sic vulgo legitur, sed veteres libri habent rectius, *ad liberum hominem habita*, ut Basilica, πρὸς ἄνδρα ἐλεύθερον. Igitur lex ait liberæ mulieris licitam esse consuetudinem, quam habet ad liberum hominem, id est, per leges esse licitum concubinatum, quo & hodie quædam nationes utuntur, maxime in Pyrenæo. Igitur concubinatus est legitima conjunctio; per concubinatum stuprum non committitur, *l.1. & 3. D. de concub. l.stuprum, D.ad l.Jul. de adult.* Et ut uxor accusari potest lege Julia de adulteriis, ita concubina, quod sit vice uxoris, *l.si uxor, D. eod. tit.* Et in hoc præcipue notanda est hæc *l. pen.* ut discamus, quam distent spurii à naturalibus liberis, & quam errent, qui naturales liberos vocant spurios. Notandum etiam est ex *l.ult.* hujus tit. natum ex ancilla post moram ei factam ab herede in præstanda fideicom. libertate, quam ei debet ex codicillis, vel testamento defuncti, cui heres extitit liberum, & ingenuum nasci, quod est mirum, & παράδοξον, ut ex serva ingenuus nascatur, quia cui relicta est fideicom. libertas, post moram heredis procuIdubio non sit continuo liber; & tamen quod ex ea nascitur liberum est, & ingenuum. Ex serva igitur hoc casu ingenuus nascitur, ut in *l.1.§.quæri, D.de suis, & leg. hered.* neque est hoc novum: nam ex captiva, etiam quæ est serva hostium, ingenuus nasci, aut natus intelligitur, si eum ea postliminio redierit, ex *l.1. inf. de postl. reversf.* quæ lex citatur in *l.apud hostes, D.de capt. & postl.reverf.* Et in *l.1.§.sed & si apud hostes, D.ad SC. Tertyl.* ex quibus locis est restituenda inscriptio *d.l.1. de postl. reverf.* ut sit inscripta *ad Ovinium Tertullum Præsidem provinciæ Mysiæ inferioris*, quam hodie *Vallachiam* appellamus. Hoc autem posito, natum ex ancilla post moram heredis, qui traxit manumissionem ancillæ, de qua rogatus fuerat testamento, vel codicillis, nasci ingenuum, hoc, inquam, posito, consequens est, ut definit *lex ult. hujus tit.* eum matri ab intestato succedere postea perductæ ad libertatem ex S.C. Orfitiano. Et vicissim huic illam ex S. C. Tertul. quod etiam confirmat *l. pen. sup. de iis, quibus ut indig. l.1. §.interdum, & l.2. §.& in servitute, D. ad SC. Tertull. l. si quis rogatus, D.de fid. libert. l.3. inf. eod. tit.* Postremo notandum est non tantum ad SC. Orfitian. sed etiam ad SC. Tertul. his SC. locum esse ita demum de mutua successione matris, & filii ab intestato, si mulier viro nupserit sine conventione in manum, quod nominatim scribit Ulpian. *lib. reg. tit.de leg.hered.* Nam mulier, quæ viro convenit in manum solemniter, ut fiebat olim, quam solemnitatem explicat Servius in *Virgil.* Et Ulpian. etiam *eodem libro*. Et Cajus 3. *Instit.* & Boetius in *Topicis Cic.* Quæ, inquam, ita viro convenit in manum secundum jus vetus, apud virum jus filiæ, & sui heredis habet, sicut filius, qui ex eo matrimonio nascitur. Atque ita, & mater, & filius viro sunt sui heredes, & in potestate, familiaque ejus. Igitur & uxor huic viro est loco filiæfamil. & consequenter filius illi est loco fratris consanguinei. Et retro illa filio est loco sororis consanguineæ, ut sup. dicti auctores docent, & Gellius 18. atque ita inter eos est jus consanguinitatis: & jure consanguinitatis igitur invicem succedunt ex l.12.tab.filius matri, mater filio, non ex Tert. vel Orfit. quod hoc casu non fuit necessarium: Nam ex ordine, quem fecere ll. 12. tab. post suos vocantur consanguinei fratres, & sorores, id est, qui sunt ex eodem patre, qui ejusdem patris sunt, vel esse censentur per conventionem in manum: nam consanguineorum nomine in jure non significantur quilibet cognati, sed consanguinei tantum fratres, & sorores consanguineæ, fratres germani, agnati, & legit. *l.1.& 3.& seq.l.3.sup.de leg.tut.§.1.Inst.de leg.ag.success.* & consanguinitas non est genus, sed species agnationis, id est, fraternitas germana, & legitima, *§.ult. Instit. de SC. Orfitia*. Neque obstat *l.1. §.post suos, D.de suis, & legit.hered.* in qua Cassius definit, ut ait lex, consanguineos esse eos, qui inter se sanguine conjuncti sunt, quoniam ea est definitio nominis, id est, veriverbium, non definitio rei, quæ definitio nominis non efficiet, ut consanguineorum nomen producamus ultra fratres, vel sorores germanas, quo in errore est passim Accurs. & maxime in *l.1. D.de leg.tut.* & omnes doctores, quod & demonstrat pictura graduum cognitionis, sive σύνοψις, quam illi vocant arborem consanguinitatis duplici errore, quia non instar arboris habet, sed scalarum, locorumque proclivium, ut ait *l. Jurisc. §. gradus, D. de grad. affin.* deinde quia consanguinitatis nomen est speciale, quo fratres tantum germani significantur, atque sorores, id est, orti ex eodem patre; & sic etiam Virgilius, & Statius consanguineum lethi soporem, quem Homerus κασίγνητον, id est, fratrem, & Annæus Seneca, & Valerius Flaccus, *frater duræ languidæ mortis*, id est, *somnus*. Et alio loco: *Somne frater simillime letho*. Et sic etiam Statius de fratribus Thebanis: *stat consanguineum campo, scelus, unius ingens Bellum uteri*. Et Claudianus de consulatu fratrum, *o consanguineis fælix autoribus annus*. Et idem de Jove, & Junone fratribus: *In consanguineo recipit post fulmina fessum Juno sinu*. Atque ita vides etiam alios auctores retinere proprietatem hujus verbi, ut consanguineos vocent fratres, non cognatos quoslibet, neque ab hac sententia nos dimovere debet *l. 2. C. Theod. de leg. hered.* dum ait, *quoties filius consanguineus, vel per adoptionem quæsitus nulla capitis deminutione intercedente matrem excludit*. Ex quo apparet filios quosdam esse consanguineos patri, & matri. Ergo consanguineorum nomen ad solos fratres non pertinere. Sed si legatur tota ea lex, & interpretatio Aniani, & si res ipsa spectetur, cujus maximum argumentum est, semper apparebit non esse legendum filius, sed frater consanguineus. Nam nisi in illo loco, nusquam leges consanguineum dici ad discretionem, sive κατ' ἀντίθεσιν filii adoptivi. Ac præterea agitur ibi, an frater excludat matrem à success. filii, non an filius defuncti excludat matrem defuncti, quod est certissimum. Sed quæstio legis hæc est, an non tantum frater consanguineus, sed & adoptivus excludat matrem defuncti, & definit utrumque excludere matrem defuncti, quia ut Anianus ait, & adoptivus frater est loco consanguinei: improprie consanguineus, *§. per adoptionem, Instit. de leg.ag.success.* sed jura consanguinitatis habet, id est, fraternitatis. Et ideo loco consanguinei est, sicut mulier, quæ in manum convenit, filio communi loco consanguinei est, quia jura consanguinitatis habet ab intestato. Et hoc de adoptivo fratre probat *l. 1. §. ult. D. de suis, & legit. hered.* ab iis vero, quæ diximus, commodissime gradum faciemus ad *tit. seq.* qui est ex parte de consanguineis.



AD TITULUM LVIII.

DE LEGITIMIS HEREDIBUS.

POST suos heredes jure civili, id est, ex l. 12. tabul. ab intestato vocantur agnati, id est, qui per mares nobis cognatione legitima juncti sunt, qui idem habent nomen, easdem imagines, δείγματα eadem, qui & ob idipsum legitimi heredes dicuntur, quia lege 12. tab. vocantur, si in civitate decesserint, vel lege Cornelia, si apud hostes decesserint: nam & l. Cornelia confirmat legitimas hereditates, *l. 8. hoc tit. l. 8. sup. de suis, & leg. lib. l. bona, D. de capt. & postl.* ac primum quidem ex agnatis vocantur consanguinei tanquam proximiores, id est, ut exposui nudiustertius, fratres, & sorores ex eodem patre, licet non sint ex eadem matre, fratres, & sorores, qui in ejusdem patris potestate, cum is moreretur, fuerunt, id est, qui capite deminuti non fuerunt, qui familia patris non exierunt, *§. 5. Inst. de legit. agnat. success. l. 4. sup. de suis, & legit. lib. l. 1. 3. & 6. hujus tit.* & nominatim ait l. 6. deficientibus suis heredibus, succedere consanguineos, & deficere suos, inquit, si abstineant se bonis paternis, vel si ea repudient, qui locus notandus, in quo sui dicuntur repudiare hereditatem. Ergo & adire sui delatam sibi hereditatem possunt: nam hæc duo sunt ἀντίθετα, *adire, & repudiare*, sicut illa, *miscere se, vel immiscere se, & abstinere se*. Et ita etiam sui adire dicuntur in *l. si duo, D. de legat. præstand. l. si filius, D. de collat. bonor. l. 4. sup. de instit. & subst. l. ult. sup. de repud. hered.* Sed non est necesse, ut adeant, cum ipso jure heredes existant, adire tamen non vetantur: ergo nec repudiare, aut *repudiandi* verbum alienum est à suis, quod *adeundi* verbo ex adverso respondet. Et notandum est etiam l. 6. hujus tit. conjungendam esse cum *l. pupill. sup. de repud. hered.* quod confirmant inscriptiones similes, & subscriptiones. Quo argumento inscriptionis, & subscriptionis Thalelæus scribit ad *l. 4. sup. ad SC. Tertyl.* eam legem conjungendam esse cum *l. 1. sup. de sec. nupt.* fratres autem consanguinei, vel sorores consanguineæ ita vocantur ad hereditatem legitimam primore loco, ut & matrem defuncti excludant secundum jus, quod olim obtinuit, ut ostendi in tit. 56. mater præfertur reliquis agnatis omnibus, præter fratres, & sorores consanguineos, à quibus ipsa penitus excluditur. Sed hodie, ut ibidem ostendi, etiam cum eis admittitur in virilem portionem. Quæro an fratres consanguinei, vel sorores etiam excludant patrem defuncti, qua de re varia prodita sunt jura, quæ attingam paucis omnia, posita in primis distinctione hujusmodi. Filius, qui decessit, aut est in potestate patris, aut emancipatus. Si est in potestate patris, videtur pater omnia ejus bona occupare jure peculii, id est, ut peculium filii, non ut hereditatem filii: certe castrensia bona, aut quasi castrensia filiifamil. quorum vivo filio ne usumfructum quidem habuit, filio intestato defuncto, pater occupat jure peculii, non jure hereditario. Nemo autem in jure peculii patre potior est, *l. 1. & 2. D. de castr. pecul.* Et hoc hodie manere etiam arbitror in militaribus scilicet bonis, ut dixi, in militari peculio castrensi, aut quasi castrensi. Adventitia bona, quæ filius adquirit, hodie sibi adquiri quantum ad proprietatem attinet, & quantum ad usumfructum patri, in cujus potestate est. Atque ita post mortem filii is tantum ususfructus continuatur in patrem omnium bonorum adventitiorum filii. Proprietas autem pertinet ad fratres, & sorores quoscunque agnatos, vel cognatos, & ad matrem, si superstit pro virilibus portionibus, ut in *l. ult. sup. ad SC. Tertul.* quod jus novissimum, id est, Novel. Justiniani 118. de hereditatibus, quæ ab intestato veniunt, ita immutat, ut velit mortuo filiofamil. intestato bonorum adventitiorum filii usumfr. non retinere patrem, sed pro usufructu habere, & ferre pleno jure virilem portionem: pleno jure, id est, proprietatis, & ususfructus jure, in iis bonis, una cum matre, & fratribus, & sororibus, licet in ejus potestate sint: ita ut inter eos omnes ea bona dividantur in capita, *par testes*, id est, pro virilibus portionibus, ut pro numero singulorum viritim dividantur, & quisque virilem ferat pleno jure, etiam frater superstes, licet sit in potestate patris: aut filius, qui decessit, & de cujus bonis, & successione quæritur, fuit emancipatus à patre: & hoc casu pater manumissor jure civili, & pater non manumissor jure prætorio, petita bonor. possessione *unde decem personæ*, secundum jus vetus, in quo explicando non est opus horam terere, ut nobis tempus sufficiat explicare jus novum, quo utimur: is inquam, pater admittitur ad successionem filii emancipati, exclusa matre, ut in *l. 2. sup. tit. 56. & l. 10. D. de suis, & legit. hered.* an etiam exclusis fratribus, & sororibus: distinguo, aut fratres superstites sunt in ejusdem patris potestate, aut sui juris. Si sunt in potestate, proprietas bonorum fratris emancipati ad eos pertinet, usumfructum retinet pater bonorum fraternorum, atque adeo adventitiorum, quæ fratribus superstitibus adquiruntur jure proprietatis tantum, ut in *l. de emancipatis, hoc tit. l. ult. sup. tit. 56.* Sed si fratres superstites sint sui juris, patri tantum reservatur in bonis filii emancipati intestati defuncti ususfructus bessis, ex *d. l. ult.* at ex Novel. Justiniani jure novissimo, sive fratres superstites sint in potestate patris, sive sui juris, id sequemur, quod diximus ante, ut omnes veniant pleno jure in virilem portionem bonorum sine deductione ususfructus. Pergamus ad reliqua: fratres consanguinei, ut dixi, primo loco vocantur deficientibus suis heredibus ex l. 12. tab. fratres autem cognati, veluti emancipati, vel uterini ex l. 12. tab. non vocantur ad successionem cognati fratris, quia ea lex cognatos non novit, sed suos tantum, & consanguineos, & cæteros agnatos, & gentiles: Nam hic est ordo 12. tab. ut primum sui vocentur, tum consanguinei, deinde cæteri agnati, ac postremo loco gentiles, quamvis gentiles neque sint sui, neque agnati, neque cognati. Et nihil aliud erant gentiles, quam qui erant ex eadem gente, non qui ex eodem genere, qui erant ejusdem nominis, quorum familia habuit idem nomen, ut Tullius Rex fuit gentilis Ciceronis, non agnatus, aut cognatus, ut rectissime quos Plato vocat ὁμωνύμους, Cicero verterit gentiles in Timæo. *Combien y a-il de Lulliers dans Paris, qui ne sont pas de mesme maison.* Sed gentilitia illa jura, ut & Cajus, & Paulus notavit in fragmentis, in usu esse desierunt. Verum post agnatos hodie vocantur jure prætorio cognati, id est, qui per fœminas conjuncti sunt, qui non habent idem nomen, nec δείγματα eadem. Et post cognatos vocantur vir, & uxor etiam jure prætorio, non civili. Qua de causa in hoc tractatu, qui est de jure civili, nihil omnino agitur de cognatis, & post conjuges vocatur fiscus ex l. Julia caducaria. Ergo ut cœpi dicere, fratres cognati jure civili non vocantur, sed jure prætorio vocantur post agnatos: Nam & prætor ipse, quod notandum est, agnatos prætulit cognatis, ut in l. 5. 7. & 9. hoc tit. At novissime Justinia. confundit agnatos, & cognatos, voluitque eos simul admitti, si modo eodem gradu essent. Itaque hodie abrogata est l. 5. quæ præfert agnatos cognatis. Abrogata est l. 7. quæ præfert patruum, qui est agnatus, materteræ, quæ est agnata, licet ambo sint in 3. gradu. Abrogata est l. 9. quæ præfert sororem consanguineam avo materno, qui est cognatus, non agnatus, licet ambo sint in 2. gradu: Nam hodie quicunque sunt eodem gradu, sive sint agnati, sive cognati pariter admittuntur. Et notandum est quod ait l. 1. hujus tit. quæ indiget interpretatione, fratres sive jure civili vocentur, sive jure prætorio, non spectari cujus sexus sint: pari enim jure esse fratres, & sorores. Et observandum est eam legem esse scriptam ad Cassium, & Hermionem filios fratris, vel fratrum, qui consuluerant Imperatorem, ut rectissime notavit Accurs. non de jure suo, sed de jure defuncti, patris sui videlicet, an in hereditatem patrui intestati pariter cum patre suo amitæ suæ jure fuissent ad-

admissæ, maxime cum proponeretur amitas fuisse dotatas à patre. Et l. ait amitas cum patre suo jure fuisse admissas pro virilibus portionibus, licet fuissent dotatæ ab avo, quia fœminæ dotem suam non conferunt, *Ils ne la rapportent pas*, cum agitur de hereditate fratris, sed cum agitur de hereditate patris tantum. Species igitur *l. 1.* hæc est, fratrem intestatum decessisse relictis fratribus, & sororibus, quas dotaverat avus: & nihilominus l. ait, pariter fratres, & sorores in capita succedere, sive veniant ex jure civili, sive ex jure Prætorio. Et ita omnino ponenda est species ad *l. 1.* alioquin si quem ponas intestatum decessisse relictis fratribus, & sororibus, & filiis fratrum jam mortuorum, fratres, & sorores secundum jus vetus, quia gradu præcedunt filios fratrum, præferuntur filiis fratrum: & hoc ita est manifeste expressum in *l. 3.* hujus tit. frater excludit filium fratris jam mortui jure antiquo, quia non ut in linea directa locum habet jus repræsentationis, ut filii repræsentent patrem: ita etiam huic repræsentationi locus est in linea collaterali: In linea collaterali igitur filius non repræsentat vicem patris, filius non succedit in locum, gradum, portionem patris, puta filius fratris jam mortui non repræsentat ipsum fratrem: Et ideo frater superstes eum excludit. Hoc ita jure antiquo. At ex sup. dicta Novella Justiniani, filii fratrum jam mortuorum veniunt in hereditatem patrui, avunculi, amitæ, materteræ, *son oncle ou tante*, una cum patruis, avunculis, amitis, materteris, id est, una cum fratribus, & sororibus defuncti superstitibus, & veniunt cum eis non in capita, sed in stirpes, *par souches, comme nos coustumiers parlent, & non pas par testes*, ex d. Novel. 18. Quod si defunctus nullos reliquerit fratres, aut sorores, qui vivendo eum vicerint, sed reliquerit tantum filios fratrum, qui sunt proximiores, tum filii fratrum non succedunt in stirpes, puta, si ex uno fratre sint duo filii, ex alio tres, non fiunt duo semisses, sed fiunt quinque partes, id est, tot partes, quot sunt capita, quod olim obtinuisse certissimum est ex *l. 2. §. hereditas, D. de suis, & leg. hered.* & Cajo 3. *Inst.* & Paulo 4. *Sentent.* & vix tandem hoc jus passim receptum est, contra communem tamen opinionem Doctorum, & merito. Nam Novell. Justinian. vult tantum spectari stirpes concurrentibus patruis, aut avunculis cum filiis fratrum, unde idem statuit, ut quærantur stirpes si soli sint filii fratrum. Novæ autem constitutiones semper sunt accipiendæ restricte, ut quod eis non est nominatim definitum, non definiatur argumento ex eis ducto à pari, aut simili, sed secundum jus vetus: Nam & ita etiam licet ex Novel. Justinian. frater utroque parente conjunctus, & filius etiam ejus fratris, *qui est qualifiè en cette sorte*, præferatur fratri ex uno tantum parente conjuncto, vel filio ejus, tamen non eadem distinctione personarum utemur, si quæratur de hereditate filii fratris, vel sororis: Nam patruus, vel avunculus, qui patri, vel matri ejus fuit utroque latere, utroque parente conjunctus, non præfertur patruo ex altero tantum parente conjuncto, imo simul admittuntur, quia Novell. hanc divisionem non posuit in patruis, quod igitur omisit, pro omisso habendum est. Et ita etiam in hac specie rectissime disertis verbis respondit Bartol. in *l. 2. §. legitima, de suis, & legit. hered.* & postremo notandum etiam est, alia in re filios fratrum repræsentare patres suos, nimirum ut excludant patruos magnos, id est, patruos patris sui, vel avunculos, licet omnes sint in tertio gradu: patrui magni sunt quidem 4. gradu, sed erant tantum patrui ei, de cujus successi. agitur, patrui autem magni filiis fratris: quia scilicet filii fratrum jure repræsentationis, licet sint in 3. gradu, ut patrui magni, finguntur esse in 2. id est, in eo gradu, in quo fuit pater eorum; quod & ita nominatim definit Novel. Justinian. Et erat tamen nuper ea de re summa lis Lutetiæ, dum non omnes patroni bene memoria tenebant sententiam hujus Novellæ: & ne deinceps fallamur, constituamus 3. casibus tantum filios fratrum repræsentare vicem patrum suorum. Unus casus est, si concurrant in hereditate patrui, vel avunculi, id est, fratres defuncti: nam cum eis filii fratrum succedunt in stirpes. Secundo iidem etiam repræsentant patres suos, videlicet si sint nati ex fratre, qui defuncto fuit utroque parente conjunctus, ut scilicet, qui sunt filii ejusdem fratris jam mortui, excludunt fratres ejusdem ex altero tantum parente conjunctos, ex eadem Novell. Tertio iidem repræsentant patres suos, ut excludant patruos, vel avunculos patris sui. Exceptis his tribus casibus, quibus filii fratrum vicem repræsentant patrum suorum, in linea collaterali non est repræsentationi locus, sed proximior ulteriorem excludit, & inter eos, qui sunt gradu proximiores hereditas dividitur in capita, non in stirpes. Longe aliter in linea directa, in qua proximior ulteriorem non excludit, & semper hereditas dividitur pro stirpibus, non pro capitibus. Ex iis, quæ diximus, apparet Novella Justiniani abrogari *l. 3.* hujus tit. quæ sororem præfert filio fratris jam mortui, & similiter ejusdem Justinian. *l. pen. §. ult. hoc tit.* quæ generaliter fratres, & sorores præfert filiis fratrum, & sororum secundum grados prærogativam: nam ex ea Novel. filii fratrum, & sororum repræsentant vicem patrum suorum, ut pro stirpibus concurrant cum fratribus, & sororibus defuncti, vel defunctæ. Itemque ut excludant defuncti fratres ex eodem patre tantum, vel ex eadem matre tantum, si pater eorum fuit defuncto frater ex eodem patre, & ex eadem matre. Itemque ut excludant patruos, amitas, avunculos, materteras intestati defuncti, vel defunctæ: his tribus casibus exceptis in linea ex transverso non est repræsentationi locus, sed proximior ulteriorem excludit, & distributio hereditatis fit in capita, non in stirpes. Et notandum ex *d. l. 3.* quod ait, consanguinitatis jure etiam fœminas admitti ad legitimam hereditatem, id est, pari jure esse sorores, & fratres, quod obtinuit etiam in communi jure agnationis ex 12. tabul. perinde atque in jure liberorum. At ex l. Voconia, ultra consanguineas jure agnationis fœminæ non admittuntur ad hereditatem legitimam, id est, neque agnatis maribus, neque sibi invicem agnatæ jure legitimo succedunt, *§. cæterum, Instit. de legit. ag. success.* & Paul. *Sent. tit. de intest. success.* ideoque juris auctores cum tractant de jure legitimo successionum intestatorum, consanguineos separant ab agnatis reliquis, & agnatos ita definiunt: virilis sexus personas ex eodem parente virilis sexus ortas, *l. 2. §. 1. D. de suis, & leg. hered.* Cur dicunt virilis sexus personas? nam post consanguineos, muliebris sexus personæ licet agnatæ sint, non admittuntur ad legitimam hereditatem. Lex Voconia coercuit fœminarum hereditates: unde quod ait *l. 2. §. 1. unde legit.* in illo loco, *nec tantum masculi, &c.* bonorum possessionem unde legitimi dari non tantum masculis, sed etiam fœminis, hoc tantum verum est in consanguineis fœminis, vel in liberis fœminini sexus, non in omnibus fœminis agnatis secundum leg. Voconiam, quæ obtinuit usque ad tempora Justiniani. At Justinian. in *l. pen. hujus tit.* restituit jus antiquum, ut quemadmodum liberi, ita agnati admittantur ad legitimam hereditatem in infinitum, cujuscunque sint gradus, sine ulla discretione sexus, & sit jus æquabile, ut quemadmodum fœminis agnatis agnati succedunt: ita etiam maribus, vel fœminis agnatæ in infinitum succedant ab intestato, *nec paternum vitium*, inquit, in *l. pen. ex quo prodiit fœminea proles, ipsi proli noceat*: quo loco aperte demonstrat Justinian. se accedere sententiæ Stoicorum, qui ex sola vi patris existimabant prodire partum, quam & multi magni viri sequuntur, & Aristoteles ipse dum ait, vim fœminæ non esse vim vitalem, virus hominis solum esse vitale: contra Anaxagoras, & Empedocles, & Epicurus, ut Censorinus refert, ex quo Epicuro ita Lucret. *lib. 4. Semper enim partus duplici de semine constat*: ut autem Justinian. in *d. l. pen.* nulla habita discretione sexus vocat agnatos ad legitimam hereditatem, restituta l. 12. tab. abrogata l. Voconia: Ita etiam paulatim agnatos omnes vocavit ad legitimam hereditatem, nulla habita discretione agnationis, & cognationis, quam fecit tamen & l. 12. tabul. & prætor ipse. Ac primum quidem Justinian. fratres ex eodem

patre

patre tantum, qui sunt agnati, & fratres uterinoa, qui sunt cognati, non agnati simul admittit ad hereditatem legitimam defuncti intestati fratris sine liberis, *l. ult. hoc tit. l. ult. §. ult. sup. ad Senatusc. Tertull.* quod ita est accipiendum ex Novella Justinia. si defuncto nulli sint fratres ex utroque parente conjuncti, & utroque parente cognati, vel horum fratrum filii: Hi namque præcellunt, & illos excludunt ex Novella *de heredib. ab intestato veni*. Item ex constit. Anastasii ab ipso Justinia. approbata, & adaucta, fratres emancipati ex rescripto principis reservato jure legitimarum hereditatum, ne eo scilicet caderent per emancipationem, quod genus emancipationis Anastasins introduxit, vel etiam ut Justinian. adjecit in *l. de emancipatis, hoc tit.* fratres emancipati alio legitimo modo, puta, ex leg. 12. tabul. vel ex constitut. Justinian. nam triplex est emancipatio, legitima, Anastasiana, Justiniana: fratres, inquam, emancipati quoquo modo emancipati sint, & fratres in familia retenti primum simul admittuntur ad legitimam hereditatem patris, licet emancipati sint cognati, non agnati, quia emancipatione tollitur agnatio, tolluntur familiæ sacra. Sic tamen emancipati admittuntur ad legitimam hereditatem patris cum suis, ut suis bona propria conferant, *l. liberos, sup. de collat.* quæ est conjungenda cum leg. 11. hujus tit. & animadvertendum *leg. liberos* loqui de successione patris, in qua emancipati suis conferunt. At legem 11. hujus tituli loqui de successione fratria, in qua non est collationi locus: Itaque in leg. 11. hujus tit. hic versus, qui est appositus in extremo *l. collationibus tamen, &c.* merito abest totus ab emendatioribus libris quamplurimis, & in Basilicis ab interpretatione facta, κατὰ πόδας, ut discere licet ex 45. Basil. qui editus est jamdiu Latine à Gentiano Herveto. Eum quoque versum Accursius ipse non agnovit. Est igitur spurius, cum nec rea ipsa eum ferat, propterea quod lex servat inter omnes fratres, sive sint emancipati, sive sui, jura legitimarum hereditatum, puta, ut sibi invicem succedant. Qua de re cum agitur cessat collatio bonorum, quia non de hereditate patris agitur, sed fratris. Ergo ex hac *l.* 11. itemque *l. 4. sup. de legit. tut. & l. 5. sup. de curat. fur. dand.* quæ sunt ejusdem Anastasii, fratres emancipati, & fratres in familia, in potestate retenti, simul admittuntur ad legitimam hereditatem fratris, vel sororis, sive is defunctus sit in familia, sive post emancipationem. Et ex constitutione quidem Anastasii fratres emancipati in hereditatem fratris intestati veniunt cum fratribus in familia retentis cum deminutione trientis, ut Theophil. declarat in *§. 1. Instit. de success. cog.* Ex constitutione autem Justinia. veniunt sine ulla deminutione, id est, ex *l. ult. hujus tit.* & excludunt omnino agnatos, licet fratres emancipati non sint agnati. Excludunt etiam patrem defuncti fratris: Ita tamen ut si filius in familia retentus vita decesserit, pater in bonis ejus adventitiis retineat usumfructum totum, quem habuit eo vivo, *ut l. ult. §. ult. sup. ad Senatusc. Tertull.* Sin autem filius emancipatus vita decesserit, in bonis, quæ ab eo pervenerint ad fratres in familia retentos, vel etiam ad fratres emancipatos, æque pater habet usumfructum totum, ex *l. de emancipatis, hoc tit.* Non obstat *d. lex ult. §. pen. sup. ad Tertul.* quia, ut rejiciam solutiones Accursii, illa l. ult. non loquitur de fratribus emancipatis, sed de fratribus uterinis, qui pariter admittuntur cum fratribus consanguineis, quo casu si is, qui decesserit emancipatus, ea lex patri tantum dat usumfructum bessis, non usumfructum assis. Ergo si quis *l. de emancipatis, hoc tit.* objiciat d. l. ult. dicas non de iisdem fratribus in utraque agi. In hac agi de emancipatis, in illa de uterinis. At longe aliter hæc omnia definiuntur Nov. Justinia. nempe ut sine ulla retentione ususfructus, vel deductione, pater, & fratres, & sorores, sive agnati, sive cognati, qui modo utroque parente conjuncti sint, defuncto succedant pro virilibus portionibus pleno jure. Ac præterea notandum est ex hac *l. de emancipatis*, bona emancipati fratris jure legitimo deferri omnibus fratribus indistincte, exceptis bonis profectis à matre, quæ quidem lex vult pertinere ad eos tantum fratres, qui sunt ex eadem matre, non etiam ad eos fratres, qui sunt ex alia matre, eodem vero patre. Et inde ducitur quod vulgo jactatur, *materna maternis cedere, paterna paternis*: quod cum hæc l. *de emancipatis* constituisset tantum in fratribus, quod notandum, mores tamen nostri trahunt ad omnes cognatos. Quod autem Anastasius dedit fratribus emancipatis, idem etiam Justinia. dedit in *l. ult. hujus tit.* filiis fratris emancipati, licet agnati non sint, ut simul admittantur cum filiis fratrum retentorum in familia hoc quoque casu, nulla habita discretione agnationis, & cognationis: & similiter idem Justinia. in *l. pen. §. ult. hoc tit.* pari jure esse vult filios fratrum, & filios sororum, quamvis ii cognati sint, illi agnati. Atque ita veluti per gradus, & paulatim eo ventum est, ut Just. penitus tolleret differentiam agnationis, & cognationis in Novells 117. Jura paulatim crescunt, & ampliantur, *l. fid. §. si rem, in fine, de leg. 3.* & jus vetus, quod invaluit, quod viget, quod hæret animis hominum, melius tollitur per partes, quam semel eo abrogato, quoniam populus non facile dediscit, aut deutitur quæ insueverit semel. Atque ita melius est jus vetus dediscere pedetentim. Recte Livius quodam loco, *nihil mutari ex antiquo sine confusione multarum rerum, & perturbatione populi*. Igitur melius est antiqua jura pedetentim aboleri, sive paulatim, sensim sine sensu. Non est omittendum, quod est in *l. 12. hujus tit.* Et sciendum est, ut intelligatur illa lex, impar esse matrimonium ex leg. Julia, & Papia, si major quinquagenaria nupserit minori sexagenario: & cum dico impar esse matrimonium, significo non esse justum. Apul. sexto Metam. *impares nuptiæ*, inquit, *legitimæ non possunt videri*. Et ita concubinatus, quod dicitur inæquale conjugium, impar conjugium, *l. 3. sup. de natural. liber.* etiam non est justum conjugium, licet non sit illicita conjunctio, & sic in *l. 1. C. Theod. de colleg.* impari matrimonio opponitur justum. Ergo ex l. Jul. & Papia: impar est matrimonium, & injustum igitur, atque etiam illicitum ex illis legibus, si major quinquagenatia nupserit minori sexagenario: Item ex iisdem legibus impar est matrimonium, si major sexagenatio duxerit minorem quinquagenaria: & Lactantius lib. 1. Instit. *legem Papiam sexagenariis fibulam imposuisse*. Verum hoc caput l. Pap. ne major sexagenatio ducat minorem quinquagenaria sustulit D. Claudius Imp. ut Sveton. scribit in Claudio cap. 23. quia constabat sexagenarios generare posse. Et hoc est quod scribit Ulpian. *lib. reg. tit. 16.* ex Senatusconsulto Claud. id est, cujus auctor fuit Claudius, si major sexagenario duxerit minorem quinquagenaria, perinde esse, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem, id est, impar non esse matrimonium: illud autem caput l. Papiæ, ne major quinquagenaria nubat minori sexagenario Justinia. sustulit in *l. pen. sup. de nupt.* nam est quidem plerumque sterilis major quinquagenaria, ut in *l. si sterilis, D. de action. emp.* quod non sit ἀνοικεῖον τὴν ἡλικίαν πρὸς σπέρματος ὑποδοχήν, ut ait Zonaras in Romano Argyropilo. Et Plinius quoque 7. & Aristot. 5. de hist. animal. tamen quia aliquando evenire potest, ut major quinquagenaria partum concipiat, atque edat, licet id raro eveniat, tamen Justinia. censuit non improbandum esse matrimonium inter majorem quinquagenaria, & minorem sexagenario, quia sit aliquantula spes liberorum. Alioquin si nulla sit spes, nefarium est matrimonium, quod non contrahitur liberorum procreandorum gratia. Et ideo, ut ostenditur in *l. 12. hujus tit.* Si major quinquagenatia forte partum ediderit, is partus erit suus heres patri, & habebit jura legitimarum nuptiarum, legitimæ hereditatis, jura consanguinitatis, jura agnationis, quasi legitimus partus, licet, inquit *l. 12.* raro hoc eveniat: ubi non male græci notant, hanc legem constitutam de iis, quæ raro eveniunt, cum tamen regulariter dicatur, legem non constitui de iis, quæ raro, sed quæ ut plurimum eveniunt, *l. 3. 4. 5. & 6. D. de legib.*

AD



AD TITULUM LIX.

COMMUNIA DE SUCCESSIONIBUS.

VENIO ad interpretationem tit. 59. *Communia de successionibus*. Ac primum quæro quid significent hæc verba, *communia de successionibus*. An ut glossa Rubricaria notavit, proponi sub hoc tit. communia, quæ sunt successionibus ex testamento, & successionibus ab intestato? minime: Neque enim in ea ulla lex est, quæ pertineat ad successiones testamentarias. An igitur, quia initio hujus libri dixit de successionibus intestatorum, quæ jure prætorio deferuntur, id est, de bonorum possessionibus, quæ dabantur olim per septem gradus, hodie dantur per quatuor tantum, quorum primus est liberorum, secundus agnatorum, 3. cognatorum, 4. viri, & uxoris. Postea vero dixit de hereditatibus intestatorum, quæ jure civili deferuntur agnatis solis, ac primum suis, deinde consanguineis, tum reliquis agnatis. Nunc proponit communia utriusque success. civilis, & prætoriæ ab intestato: Communia utriusque juris civilis, & prætorii. Et hoc certe verissimum est: nam & nominatim *l. 2. h. t.* nihil *referre*, ait, *jure civili, an jure prætorio pater meus ab intestato successerit propiori sobrino meo, quandoquidem sive hoc, sive illo jure successerit, si patri meo heres extiterim, & per eum propiori sobrino meo videor heres extitisse: ac proinde exercere possum omnes eas actiones, quæ propiori sobrino meo competierunt. Denique agere possum tutelæ in eum, qui gessit tutelam propioris sobrini mei*, ut *l. pen. sup. arb. tut.* Et hæc est sententia *l. 2. hujus tit.* Propior autem sobrinus, vel sobrino dupliciter dicitur. Is, qui patris mei consobrinus est, ut *l. JC. §. 5. D. de grad. aff.* Et aliquando etiam is, qui consobrini mei filius est, ut apud Sext. Pompe. & in *l. 2. sup. unde legit.* Item quod ait *l. 7. hujus tit. affinitatis jure nulla successio promittitur*, sic legendum, ut in Basil. *non permittitur, nulla successio.* id est, neque civilis, neque prætoria sive honoraria, ut nominatim *l. 3. hujus tit.* vitrico ait privigni successionem nec civili jure deberi, nec prætorio. Ac similiter novercæ privigni successionem nullo jure deberi, quia affinitatis jure nulla intestati successio est. Ita etiam accipienda est *l. 4. hoc tit.* dum ait, servos successores habere non posse, ut scilicet successores nullo jure habere possint, quia & apud prætorem servus pro nullo habetur, *l. 1. D. de jure delib. l. nullo, D. ad l. Cornel. de fals.* & cum hac *l. 4.* est conjungenda *l. liber, sup. de pet. hered.* utriusque idem est Imperator, & idem Cos. Et ex hac in illa dies corrigendus, & ex illa in hac locus addendus: integra autem sententia hæc est. Si is, cujus hereditas petitur, dubitetur liber fuerit, an servus, quæstionem de statu esse præjudicialem: Et de eo prius disputandum esse liber fuerit, an servus, quam petatur hereditas, quia servus heredem habere non potest, ut ait *lex servus, hoc tit.* Et eodem modo accipienda est *l. 10.* dum ait, educatores nec civili, nec honorario jure succedere posse alumnis suis, quæ etiam manifesto est communis utriusque juris, educatorem, inquam, alumno suo nullo jure ab intestato succedere, hoc solo nomine, quod sit educator, & veluti pater: ut veteres Virgilius, & Plautus nutritores, & nutrices vocant patres, & matres, & in plerisque partibus juris, alumni filiorum loco sunt, ut tutores eis dati confirmentur, *l. Nesennius, D. de excus. tut.* ut alumni non cadant in generalem obligationem bonorum omnium, *l. 1. inf. quæ res pig. oblig.* ut imperfecto testamento relicta alumnis conserventur, ac si essent relicta filiis, *l. in testamento, D. de fid. libert.* ut non separentur ab educatore, *l. 3. §. proinde, D. de lib. hom. exhib.* ut etiam educatoris nomen assumant, *l. Lucius, §. munus, de leg. 2.* ut dubitetur an alumnam uxorem ducere liceat, *l. si quis, sup. de nupt.* ut dubitetur an in eis sit locus SC. Syllan. *l. 1. §. in eo, D. de SC. Syllan.* Et nunc ut dubitetur an eis

A educator ab intestato succedat, hoc tamen negatur, nisi alio jure nitatur, quam nudo nomine educatoris. Communis est etiam utriusque juris, & successionis *l. 8. h. t.* quæ ita definit, ut est in Regul. juris, quandiu ex testamento adquiri potest hereditas, licet scriptus in eo non haberet assis capacitatem, neminem ab intestato succedere. Quæ sententia proculdubio pertinet etiam ad utramque successionem intestatorum civilem, & honorariam. Communis etiam est utrique successioni, & juri *l. 9. hujus tit.* ut quod liber homo misceat se servis alienis, non ideo fiat servus domini ancillæ, nec ideo bonorum ejus successio vindicetur à domino ancillæ, cui ille liber homo commiscet se, ut in *l. 3. inf. de lib. caus.* & hoc ita est, etiamsi liber homo me denuntiante, & vetante misceat se ancillæ meæ. Et respicit hæc lex ad SC. Claudianum, quo
B si libera mulier contra denuntiationem meam misceat se servo meo, serva fit mea, & bona omnia ejus cum capite in me transferuntur genere quodam successionis, *§. ult. Instit. de success. sub.* quod tamen sustulit Justin. ut hac in re nulla esset differentia inter marem, & fœminam .i. ut quemadmodum liber homo propter hanc commistionem non fit servus, ita nec libera mulier propter eam fiat serva. Et cum hac *l. 9.* est conjungenda *l. ult. sup. de rei vindic.* cui locus ex hac *l. 9.* addendus est, & corrigendus dies, ut sit ubique 7. Cal. Jan. utraque autem lege conjuncta, intelligimus dominum ancillæ non habere justam causam retinendi bona liberi hominis, qui contra denuntiationem suam consuetudinem habet cum ancilla sua: sed tamen quia bona ejus tenet ille liber homo, si ea vindicet, nihil agit, nisi probet se eorum bonorum esse dominum:
C Nam in dubio, vel in incerto potior est conditio possessoris. Etiam *l. 5. h. t.* pertinet ad utramque successionem, ut significant illa verba *tam agnationis, quam cognationis jure* .i. tam civili, quam Prætorio. Sed sententia *l. 5.* indiget interpretatione, vel explanatione verius. Sententia plenior hæc est. Amita mea, unde nos dicimus, *tante*: nam veteres Galli dixere, *ante*, quasi *amita*. inde depromptum est, *tante*, amita, inquam, mea, quæ suscepit filios ex Titio, habet filios ex alia uxore, qui amitæ meæ sunt privigni, amita mea illis est noverca: Amita, inquam, mea illa defuncta est intestata relictis filiis susceptis ex Titio, qui mihi sunt amitini, *ce sont des cousins, qui s' appellent ainsi*, ego illis sum consobrinus. Hi vero amitæ meæ heredes extiterunt ex SC. Orfitiano, non etiam privigni amitæ meæ, quia adfinitatis jure nulla est suc-
D cessio. Porro amitini mei etiam sunt mortui intestati sine liberis, relictis fratribus natis ex priore uxore patris sui, qui erant eis consanguinei fratres, puta nati ex eodem patre, diversa vero matre, & ideo hi succedent amitinis quasi proximiores, quia sunt in 2. gradu, & me excludent, qui sum in 4. gradu: Nam in linea collaterali excepto gradu filiorum fratris, vel sororis, proximior gradu excludit inferiorem, seu prolixiorem, remotiorem, ulteriorem. At nunc finge, ut absolvamus sententiam l. 5. Amita mea, quæ suscepit filios ex Titio, qui mihi sunt amitini, ego illis consobrinus, mortuo Titio nupsit Cajo habenti filios ex alia uxore, qui amitæ meæ sunt privigni, & ex Cajo 2. marito nullos suscepit filios: Deinde ei mortuæ intestatæ successerant amitini mei. Nunc vero amitinis meis mortuis intestatis ego eis pro-
E ximior sum heres, quia privigni amitæ meæ, quos Cajus procreavit ex priore uxore amitinis meis neque sunt agnati, neque cognati, id est, nullo jure eis sunt fratres, quia neque sunt ex eodem patre, neque ex eadem matre, sed ex diverso patre, & matre. Verum, ut alias ostendi in hac l. 5. sic est legendum. *Nam si amitinis tuis alio etiam patre natis non consanguinei eorum matris privigni sunt.* Quod autem ait *l. 6. hujus tit.* Avunculum, qui est 3. gradu præferri consobrino, qui est quarto, hoc sane proprie pertinet ad jus prætorium, quia est de cognatis. Sed cum sit posita sub hoc tit. idem omnino statuere licet in patruo, ut præferatur consobrino. Eodemque modo quod ait *l. 1. h. tit.* pertinet quidem proprie ad jus prætorium, sed tamen quod in ejus specie statuitur, commune

est

est juri civili : nam sententia *l.t.* hæc est: Sororem emancipatam in bonis fratris emancipeti pariter succedere cum fratre retento in familia, ut in *l.1. sup.tit. prox.* videlicet per bon. poss. unde cognati: Nam ex Constit. Anastasii etiam fratri emancipato frater retentus in familia, & soror emancipata, ut legitimi heredes ex æquo succedunt adita hereditate, vel petita bon.poss. *unde legitimi.* Ergo & l.6. & l.t. quod statuunt de jure prætorio, idem obtinet etiam in jure civili. Denique, ut concludamus, omnes *ll.hujus tit.* sunt communes utrique successioni ab intestato, quæ vel proficiscitur ex jure civili, vel ex jure prætorio : una tantum est *l. ult.* quæ nihil videtur pertinere ad communionem istam, cujus sententia hæc est: filiusfamil. bona materna, & lucra nuptialia, & generaliter hodie bona adventitia non adquirit patri, nisi quantum attinet ad usumfructum. Quis igitur mortuo filiofamil. in eis bonis succedit? nempe liberi ejus, si quos habeat excluso avo, & reservato tantum ei usufructu: deficientibus liberis, ei succedunt, fratres utroque parente conjuncti, & iis deficientibus, fratres altero tantum parente conjuncti reservato usufructu patri : & rursus deficientibus iis omnibus, proprietas horum bonorum redit ad usumfr. id est, ad patrem. Et hanc *l. ult.* probant Novellæ Justinia. quatenus præfert fratres utroque parente conjunctos, quos Græci vocant *ἀμφιθαλεῖς*, fratribus ex altero tantum parente conjunctis, ut Novella 84. At abrogatur hæc *l. ult.* quatenus fratres præfert patri: Nam Novella 118. vult fratres pariter succedere cum patre pro virilibus portionibus sine deductione usuf. hoc est, quod pertinet ad *l. ult.* ex cujus explanatione videmus, nihil in ea proponi, quod sit commune utriusque juris civilis, & prætorii, utriusque successionis. Sed quia tit. duo, qui sequuntur sunt de iisdem bonis maternis, vel de lucris nuptialibus, vel aliis, quæ filiusfamil. patri non adquirit, ideo posita hac *l.ult.* finem hujus tit. ipso quodam veluti nodo connexuit, cum tit. seq. ut accidit *tit.de inst.& subst.sup.* qui est de substitutionibus precariis conditionalibus, non de directis, excepta *l. ult.* ut ab ea convenienter subiiciatur tit. *de impub. & aliis substit.* qui est de substit. directis. Denique sæpe leges ult. unius tit. sunt nodi sequentis tituli, ad quem jam accedemus.



AD TITULUM LX.

DE BONIS MATERNIS, ET MATERNI GENERIS.

QUÆ hactenus dicta sunt de intestatorum hereditate ad patresf. tantum intestatos pertinent, non ad filiosf. nam lex 12.tab. de patrefamilias loquitur, non de filiof. ut M.Tul. retulit his verbis : *Si paterfamil. intestato moritur, familia, pecuniave ejus agnatorum gentiliumque esto.* Et ideo bona, quæ relinquit filiusf. vel dicuntur peculia, vel bona, ut in *h.tit. & tit.seq.* potiusquam hereditates, quia filiusfam. plerumque hereditas non est. Potest autem filiusfam. habere bona quædam propria, vel tanquam propria : Nec enim omnia adquirit patri jure potestatis patriæ. Ea vero bona, aut sunt castrensia, sive militaria, aut pagana. Et castrensia, aut castrensia sunt, aut quasi castrensia : & pagana rursus, aut sunt profectitia, aut adventitia. Castrensia sunt quæ filiusfam. adquirit occasione armatæ militiæ : Quasi castrensia, quod adquirit occasione civilis, forensis, urbanæ, literatæ militiæ. Hujus peculii mentio fit in digestis non uno tantum loco, ut quidam non erubuit scribere, sed quamplurimis, ut *l. 1. §.nec castrense, D. de coll. bon. l.1. §. in filii, D. ad SC. Treb. l.3. §. dari, D. de bon poss. l. filiusf. in fine, D. de donat.* Profectitia autem bona sunt, quæ filiofam. dedit pater, in cujus potestate est, quæ profecta sunt ex re patris, quod proprie patrimonium dicitur, id est, bona paterna, ut bona materna matrimonium apud Senecam, Suet. & Valer. Et bona fraterne fratrimonium, in libro notarum Senecæ. Adventitia autem

A sunt, quæ alius quilibet ei dedit, vel reliquit, ut bona materna, aut materni generis, de quibus est hic tit. bona materna sunt, quæ mater ei dedit, vel reliquit. Bona materni generis, quæ avia, aut proavus maternus, avia, aut proavia materna: sic ut ait *l.2. hujus tit.* ea in eum contulerunt vel testamento, vel fideicom. vel legato, vel donatione, vel quo alio titulo, vel intestati successione : ubi testamentum significat hereditatem testamento relictam, ut in *l. illud, D. de adq. hered.* Repudiare testamentum, id est, repudiare hereditatem testamento delatam. Et Isocrates in Trapezitico: *ὁ πατὴρ τοῦ καταλιπόντος τὴν διαθήκην ἐμοὶ*, id est, *pater ejus, qui mihi testamentum reliquit*, id est, qui me heredem fecit, qui mihi hereditatem dedit. Et D. Ambrosius in eum locum Psalmi : *In veritate quæsivi testimonia tua*, *Novum testamentum*, inquit,
B *singuli adeunt*, id est, *singuli adeunt hereditatem novo testamento delatam, & omnes possident, tamen nec minuitur heredi quidquid à coheredibus vindicatur. Alia est conditio hereditatis humanæ: Nam si divisa fuerit hereditas inter coheredes, minuuntur emolumenta*, inquit, *& heredis est damnum adscriptio coheredis. Indivisum est autem regnum Christi, indivisa hereditas, quo ad singulos pertinet ex asse, non ex parte.* Hæc ille pereleganter. Et in id, quod hæc *l. 2.* ait de donatione collata in nepotem, aut pronepotem, qui est in potestate sui patris, recte Thalelæus græcus interpres exigit, ut ea donatio sit confirmata morte donatoris : Nam ut inter virum, & uxorem donatio ab initio non valet, sed confirmatur morte, & silentio donatoris, si in eadem voluntate perseveravit usque ad supremum vitæ exitum, ita etiam si quid mater, uxor mea,
C vel si quid socer meus, id est, avus maternus filii mei donet filio meo, qui est in mea potestate, ab initio donatio non valet, sed morte confirmatur, si donator pœnitentia ductus non fuerit. Nam ea donatio pœnitentia penitus infirmatur : hæc omnia ostenduntur in *l.3. §. verbum, D. de donat. int.vir. & uxor.* ut autem de singulis generibus bonorum, quæ proposuimus, dicamus, quo jure, quaque conditione sint : Primum castrensia bona, vel quasi castrensia bona, id est, castrense, vel quasi castrense peculium proprium est filiifamil. pleno jure, ut nec ususfru. pertineat ad patrem, *l. cum oportet, §.1. tit.seq.* Et mortuo patre, id retinet præcipuum, sive excipuum, nec confert fratribus, *l.t. §. nec castrense, D. de collat. l. Titius, D. ad Trebl.23. §. servum, D. de fid.libert.* Ac præterea in eis bonis, castrensibus scilicet, vel quasi castrensibus filiusfam.
D testamentarium heredem in eis bonis habere potest, quoniam jus habet testamenti faciendi de his bonis ex beneficio constitutionum, ex privilegio militiæ, quod Constit. ultro concesserunt militibus armatis, vel literatis. Non studiorum militia, & commilitium est, ut loquitur Apulejus Florid. lib. Denique quandiu viveret filiusfamil. voluerunt constitutiones principum, cum in bonis castrensibus, vel quasi castrensibus fungi jure, & vice patrisfamil. *l. 2. D. ad SC. Maced. l. 15. §. si servum, de castren. pec. l.6. §. ult. D. de inj. rupt. test.* Sed si de his bonis filiusfamil. testamentum non fecerit, mortuus superstite patre, legitimum heredem non habet, atque ita facit exitum filiifamil. vivit ut paterfamil. in eorum bonorum causis, moritur ut filiusfamil. si testatus non sit, quia bona quasi castrensia, aut castrensia pater ejus, qui
E eum vivendo vicit, qui ei supervixit, retinet non ut hereditatem filii, sed ut peculium filii sui, quod potest occupare suo jure tanquam rem suam, non tanquam rem filii. Et hoc ostendit *l.1. & 2. & 9. & l.pen. §. pater, D.de castren. pec. & l.per.inf. de castr. pec. mil. lib.12. & l.1. §. si qui bona, D. de coll. bon. l. ult. D. ad SC. Tertull. l. filiusfamil. D. ad l. Falc.* Denique in castrensibus bonis, vel quasi castrensibus filiusfamil. testamentarium heredem habere potest, legitimum habere non potest ab intestato, si ei supervixerit pater. Et ita etiam virgo vestalis olim testamentarium heredem habere potuit, quia statim ut capta erat, sic loquebantur, exibat de potestate patris, & jus testamenti faciendi adipiscebatur, ut & Hermias retulit in historia Ecclesiastica 1. cap. 4. Et tamen ut La-

beo

beo scribit in commentariis ad l. 12. *tabul.* virgini vestali intestatæ nemo legitimus heres esse potuit, sed bona redigebantur in publicum. Et hæc de castrensibus, vel quasi castrens. bonis filiifamil. Profectitia proculdubio pertinent ad patrem pleno jure, non per usumfructum tantum, & in eis filiusfamil. neque testamentarium, neque legitimum heredem habere potest, quod ante Constit. obtinuit etiam in omnibus bonis adventitiis, ut per filiumfamil. pleno jure adquirerentur patri etiam bona materna, ut inquam, bona materna adquirerentur patri pleno jure, ut rectissime in *l. 1. h. t.* notavit Thalelæus. Atque etiam Accurs. eorumque sententia evidenter comprobatur *l. 6. in prin. & l. filiusfamil. de adq. hered. l. 1. §. qui operas, D. ad SC. Tert. l. 3. §. verbum, D. de donat. int. vir. & uxor. l. 1. inf. de lib. exhib.* Et Dominus Alciatus, qui contra scripsit, etiam ante Constantinum, ante edictum Constantini, quod proponitur in *l. 1. hujus tit.* dominium bonorum maternorum non pertinuisse ad patrem, id puto eum dicis causa, non quod revera ita sentiret scripsisse. Et nihil est, quod hujus novæ, & paradoxæ sententiæ (nam hoc scripsit in libris paradoxorum) nihil, inquam, quod hujus novæ sententiæ introducendæ gratia adferat, nihil est, quod careat calumnia manifesta. Nam primum, quod ait ex *l. cum oportet, in princ. tit. seq.* dominium bonorum maternorum non adquiri patri ex veteris juris observatione, hoc non est jure vetustiore edicto Constantini. Est igitur ex veteris juris observatione, id est, ex edicto Constantini, non ex eo jure, quod valuit ante Constantinum: nullum etiam est argumentum, quod ducit ex *l. filiusfam. ff. de inoff. test.* quæ l. ait patrem agentem nomine filii de inofficioso testamento matris, commodum victoriæ parare filio. Non hoc significat, bona materna adquiri filio, quia in querela inofficiosi testamenti matris, non agitur principaliter de bonis maternis, sed est quæstio officiorum, materia officiorum, ut Quintilia. ait, id est, agitur potissimum de meritis filii, an sit merito exheredatus à matre, & commodum victoriæ patris, qui nomine filii egit querela inoff. testamen. proprie pertinet ad filium, quia judicatur non esse malemeritus de matre, & justas causas matrem non habuisse irascendi filio, atque ita aboletur nota exheredationis, quam filio inusserat quasi ingrato, quasi immerito. Commodum ergo victoriæ non est adquisitio bonorum maternorum, quæ mox per filium ante Constantinum adquirebantur patri pleno jure, sed bona existimatio filii, ut existimetur esse probus, gratus, & bene meritus erga matrem, & indignus etiam nota exheredationis. Nullum est etiam argumentum, quod ducit ex *l. pen. D. ad SC. Tert.* quæ dicit ex oratione Antonini Imper. hereditatem matris intestatæ pertinere ad filium, licet sit in potestate patris. Ergo, inquit, non adquiritur patri hereditas matris delata filio, quæ illatio vitiosissima est: Nam fateor quidem pertinere hereditatem matris ad filium ex oratione Antonini, sed mox per filium adquiri patri. Nec animadvertit idem esse orationem Anton. ad SC. Orfitia. quoniam SC. sequi solebat orationem principis, qua Senatui princeps suadebat ut quid decerneret. Denique SC. Orsit. quo hereditas matris filio defertur ab intestato, fuit factum auctore Antonino, ut est in Instit. id est, secundum orationem Antonini in Senatu recitatam, ut etiam filiof. obveniret legitima hereditas matris, & mox ab eo transiret ad patrem jure patriæ potestatis. Ac postremo nullum est etiam, quod ducit ex *l. 1. sup. qui admit.* Primum, quoniam ea lex non loquitur de bonis maternis: deinde, quia etiamsi intelligatur de bonis maternis, ea l. potius probat dominium bonorum maternorum adquiri patri, videlicet si filiusf. bonorum possess. *unde legitimi* admiserit intra constituta tempora, & intra eadem, quod fecit filius, ratum habuerit pater: Nam ita commodum bonorum possessionis adquiritur patri: at post tempora constituta petitio bonorum possessionis nec filio, nec patri proficit. Et hæc est sententia *l. 1.* Igitur cum Alciatus sit destitutus suis argumentis, licet ut est apud Aristot. argumentari ad hominem, quod fit hoc modo. Tu tuam sententiam his testimoniis confirmare vis, hæc ego testimonia refutavi. Restat igitur esse falsam tuam sententiam. Igitur concludamus, primum esse Constantinum, qui in *l. 1. hujus tit.* definivit, ut bonorum maternorum delatorum filiofam. proprietas pertineret ad filium, & ususfr. tantum ad patrem, ut fruendi duntaxat facultatem haberet pater. Tribonia. maluit scribere fruendi facultatem, quam uti verbo prisco, quod erat in C. Theod. *l. 1. eod. tit. ut fruendi pontificium habeat pater*, id est, *potestatem*, ut in *l. 3. C. Theod. de fide Cathol. hæreticis non permitti facultatem, pontificiumque obtinendarum Ecclesiarum*. Et Symmachus in epistolis. *Optimum factu credidi, ut æternitati tuæ causa istius pontificium reservarem*. Et Solinus cap. 21. *Devotionis, quam peregre prosequebantur pontificium, mox intra suos fines receperunt*. Et in precibus Ecclesiæ nostræ recte: *Deus, qui beato Petro ligandi, & solvendi dedisti pontificium*. Constitutio autem Constantini trahitur etiam ad bona materni generis in *l. 2. h. t.* ut eorum quoque proprietas non adquiratur patri, sed ususfru. tantum, & nihil mutat si pater filio novercam superduxerit: Nam ideo non amittit usumfr. in bonis filii maternis, aut materni generis, *l. ult. hoc tit. l. de emancipatis, sup. de leg. hered.* & novella 22. abrogata hac *l. 3. C. Theod. de bon. mater.* Addit autem Constantinus in hac l. 1. patrem debere uti frui bonis maternis filii sui boni viri arbitratu, conservatis rebus omnibus illæsis, qua in re debet præstare diligentiam, & custodiam omnem, neque tamen exigit lex, ut pater filiof. præstet satisdationem fructuariam, non exigit ut filiof. caveat dato fideju. se boni viri arbitratu usurum, fruiturum, quoniam inverecundum est à sacro nomine patris exigere fidejuss. nec fide ejus esse contentum, quod etiam confirmat *l. ult. §. sin autem ex, t. seq.* item eadem l. 1. ait patrem præter usumfructum, quem habet in bonis maternis filii, etiam hoc habere, ut possit exercere omnes actiones. In examine, inquit, Basilica, vertunt, *ἐν δικαστηρίῳ*, id est, in judicio, descendentes ex causa eorum bonorum, quia ipse filiusfamil. non habet legitimam personam in judicio, *l. filiusfamil. D. de oblig. & act.* quia rem in judicium deducere non potest, qui est in potestate alterius non sua, *l. ult. §. 1. in fine, tit. seq.* quod adeo verum est, ut & pater eas actiones per procuratorem exercere possit. Qui alieno nomine agit, id est, procurator regulariter alium procuratorem dare non potest ante litem contestatam: at pater ante litem contestatam in hac specie procuratorem dat ad instituendas actiones, quæ descendunt ex causa eorum bonorum, nimirum quia suo nomine agit, & suis etiam sumptibus, ut lex ait, & suo nomine eum agere lex indicat, dum ait, *eum perinde agere, atque si solidum, perfectumque dominium earum rerum ei quæsitum fuisset*: agere igitur suo nomine. At postremo adjicit, patrem tamen non habere jus alienandi, vel distrahendi, vel pignerandi bona materna filii, ut in *l. 2.* atque ita hoc casu evenit, quod tamen *lex ait prætor, D. de jure delib.* ait esse absurdum, & incongruum, ut cui interdicitur alienatio rerum, ei liceat exercere actiones, ut ante dictum est, propterea quod persona filiifamil. non est legitima in judicio sine voluntate patris. Ita fit ut pater exerceat actiones, & tamen jus alienandi, vel pignerandi non habeat: Nam si quid alienaverit, postea filio rem vindicanti nulla obstabit præscriptio longi temporis: præscriptio 30. annorum, quæ à Cassiodoro dicitur *patrona humani generis*, obstabit, ut in *Nov.* 22. quæ tamen numeranda erit à pubertate filii, & ab eo tempore, quo sui juris factus erit, ut in *l. 4. §. ult. tit. seq. l. 1. §. ult. inf. de ann. except.* Et ultimo etiam addendum est ex *l. 2. hujus tit.* mortuo patre filiumfamil. bona materna, & materni generis retinere præcipua, ut bona castrensia, nec conferre fratribus, ut in *l. 4. tit. seq. & l. ult. sup. de coll.* & notandum tamen in hac *l. 2.* vulgo corrupte ita legi, *Præcipua computentur, nec ab illis, qui ex parte sunt coheredes vindicentur*. Omnes libri scripti, & Codex Theod. habent, *ex patre ἀπὸ τοῦ πατρὸς* Basil. Igitur re-

restituatur hæc lectio, & ita legatur: *ab illis, qui ex patre sunt coheredes*, id est, fratribus: nam extraneo heredi non fit collatio, sed fratri, id est, coheredi, consortique ejusdem patris. Quod jus fuit olim patriæ potestatis, ut bona adventitia, quæ obvenirent filiofamil. per eum confestim pleno jure adquirerentur patri, ab eo primum excepit Constant. in *l. 1. hujus tit.* bona materna, quæ noluit patri adquiri, nisi per usumfr. tantum, & iis adiecit, ut eodem jure essent, eademque conditione, Arcadius, & Honorius bona materni generis in *l. 2.* sine distinctione, superduxerit filio novercam pater, an non, ut scilicet indistincte eorum bonorum ei ususfructus debeatur, *l. 4. & ult. hujus tit.* At nunc quæro, quid sit dicendum, si posteaquam bona materna, aut materni generis ad filiumfamil. pervenerunt, is filius à patre emancipatus sit: Nam emancipatione filii ususfructus, quem in eis bonis jure potestatis habuit pater, proculdubio extinguitur finita potestate, & finitur emolumentum potestatis omne. Denique ususfructus finitur, quem in eis bonis pater habuit potestatis jure. Et hoc casu placebat pro præmio emancipationis, quod sua potestate filium liberaverit, cumque fecerit patremfamil. patrem posse retinere eorum bonorum trientem pleno jure, ut *l. 1. & 2. & l. penult. C. Theod. eod. tit.* Et est de eo præmio emancipationis aliquid etiam in *l. 3. hujus tit.* & in *l. 2. in fine, tit. seq.* hodie autem ille triens, illudve præmium emancipationis sublatum est Constitut. Justiniani, id est, *l. 6. §. cum autem, tit. seq. §. hoc quoque, Instit. per quas pers. nob. adq.* Et pro præmio emancipationis hoc tantum datur patri emancipatorum, ut in eis bonis habeat semissem ususfructus, nihil præterea, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod est beneficium bonorum quærendorum, ut ait *l. 1. D. si à parente quis manu.* At rursus quæro, quid sit dicendum, si bona materna, aut materni generis obveniant filio jam emancipato: Nam per filium emancipatum nihil patri adquiri potest, sed tamen etiam ad remunerandam emancipationem leges in bonis quæsitis post emancipationem à matre, vel à materno genere concedunt patri virilem portionem ususfructus, sive unus, sive plures fuerint filii emancipati: virilem igitur partem habet ususfructus, non quasi adquisitam, cum per liberum hominem nobis non possit adquiri, sed quasi lege concessam. Et hæc est sententia *l. 3. hoc tit.* quæ ostendit idem procedere in omnibus liberis cujuscumque gradus, vel sexus sint, nedum in filiis, & filiabus. Et hæc sufficiant de bonis maternis, & materni generis.



AD TITULUM LXI.

DE BONIS, QUÆ LIBERIS, &c.

BONIS maternis, & materni generis in hoc tit. adjunguntur *l. 1. 3. & 4.* bona quæ filiusfamil. vel filiafamil. adquirunt ex causa matrimonii, puta ex causa dotis, quam maritus lucratur, vel ex causa donationis propter nuptias, quam uxor lucratur soluto matrimonio, vel ex hereditate, aut legato, aut fideicommiss. mariti, vel uxoris, ut hæc etiam bona eodem jure sint, & eadem conditione, qua in superiore tit. dictum est, esse bona materna, & materni generis. Ab iis bonis, quæ ex matrimonio filiifamilias adquirunt, recte *l. 2. h. tit.* separat dotem, quam pater de suo dedit filiæ nomine, & donationem propter nuptias, quæ velut dos est viri, quam pater dedit filii nomine: Nam hæc soluto matrimonio si vivat pater, ad patrem redit pleno jure, vel ex conventione, vel auctoritate legum, ut ait *l. ult. sup. commun. utriusq. judicii*: quia ea bona sunt profectitia, non adventitia: & ideo merito separantur ab adventitiis in *l. 2.* Mortuo autem patre intestato, ad quem redierat dos, vel donatio propter nupt. profectitia plenissimo jure, & mortuo eo filiis superstitibus, ut cætera bona patris, ita ea dos, & donatio propter nupt. in commune redigitur. Ex testamento autem, si collatio bonorum fuerit prohibita à patre, quod hodie omnino exigitur ex Novella 18. alioquin non minus ex testamento collatio bonorum fit inter fratres, quam ab intestato jure novissimo, non jure antiquo, quo collationi locus erat inter liberos ab intestato tantum, non ex testamento, *l. 1. sup. de collat. & d. l. ult. sup. communia utriusque jud. l. si filius, D. si quis omiss. caus. testam.* Dico ergo ex testamento si collatio bonorum fuerit prohibita à patre nominatim, adscriptis extraneis heredibus, filios, & filias dotes suas præcipuas habere, quæ redierant ad patrem. Testamento autem facto inter liberos nullo adjecto extraneo, non retinere dotes suas præcipuas, nisi eatenus, quatenus ex bonis suis pater aliis filiis dedit ex eadem causa, vel militiæ adipiscendæ causa, id est, officii Palatini. Et hæc est sententia *d. l. ult.* Porro bonis, quæ filiifamil. adquirunt ex matrimonio *l. 5. hujus tit.* adjungit etiam ea bona, quæ adquirunt filiifamil. ex sponsalibus, puta, munera sponsalitia, quæ & sponsalia dicuntur, ut etiam in eis bonis pater tantum habeat usumfr. non dominium proprietatis, plenius accepta *l. 1. hujus tit.* & mariti, uxorisque nomine, quod est in ea *l. 1.* porrecto ad sponsum, & sponsam, ut *l. 3.* refert, qui locus est singularis, Julianum IC. in interpretanda *l. Jul. de fundo dotal.* ut opinor, qua tractavit de eo capite l. Juliæ, quod erat in l. scriptum de marito, Ne maritus prædium dotale alienaret, vel obligaret, eum porrexisse etiam ad sponsum, ut & Cajus ex Juliano, ut opinor, facit in *l. 4. D. de fund. dot.* Et ad extremum Justin. generaliter constituit, ut nullorum bonorum adventitiorum dominium adquiratur patri per filium, aut filiamf. sed ut usufr. tantum eorum contentus esset, *l. 6. hoc tit.* quo jure utimur. Et observa quibus gradibus res lente processerit. Primum Constantinus noluit bonorum maternorum dominium adquiri patri, sed usumfructum tantum quamdiu viveret in *l. 1. tit. sup.* deinde iis etiam adjecit Arcadius bona materni generis in *l. 2. eod. tit.* Tum iis adjecit Theod. lucra nuptialia in *l. 1. hoc tit.* post iis adjecit Leo lucra sponsalitia in *l. 5.* atque ita paulatim eo ventum est, ut eodem jure censerentur esse omnia bona adventitia in *l. 6.* quo certe modo jus vetus, cui populus insuevit, & quo vix fieri potest, ut desinat uti repente, dissuatur melius, quam discindatur, ut alio exemplo memini me demonstrasse in *tit. de leg. hered. sup.* In castrensibus autem, vel quasi castrensi. bonis pater nihil omnino juris habet, nec proprietatem, nec usumfr. ulla ex parte. Ac ne præmium quidem ullum emancipationis, de quo ante dictum est ex castrensibus bonis, vel quasi castrensibus ferre potest, *l. 6. §. cum autem, hoc tit.* Et iis bonis *l. penult.* adnumerat liberalitates principum collatas in filiosfamil. ut sint filiis, quasi in castrensi peculio. Idem etiam sequimur in bonis adventitiis, quæ scilicet à matre, vel avia, vel alio parente filiofamil. data, vel relicta sunt, ea lege ne ususfr. adquiratur patri, sed ut is filius sit & proprietarius, & fructuarius, id est, plenus dominus in Novella 117. quæ, inquam, ita sub ea lege data, vel relicta sunt filiofam. à matre, vel aliis parentibus post legitimam portionem, *μετὰ τὸ νόμιμον μέρος*, vel, *μετὰ τὸ νόμιμον ποσοτημόριον*, quoniam legitimæ portioni debitæ filiis, vel liberis à matre, vel alio parente nulla lex imponi potest. Sed cæteris tantum bonis extra portionem legitimam, & inter cæteras res hæc nimirum, ut ususfructus non pertineat ad patrem. Addo, idem etiam esse in bonis adventitiis, quæ lex culpa viri, aut mulieris divortio facto addicit liberis: Nam in eis bonis nec usumfr. habiturus est pater ex Novella 134. & convenit quidem hæc exceptio si culpa uxoris divortium factum sit: Sed si divortium factum sit culpa viri, bona, quæ viro auferuntur, & dantur liberis, cum dicuntur ad eos pertinere pleno jure; hæc exceptio non pertinet ad bona adventitia, de quibus tractamus, sed ad bona profectitia. Non est omittendum etiam in bonis adventitiis usumfr. habere patrem, secundum quod generaliter con-

stituit

A ſtituit Juſtiniao. ſi velit: nam ſi nolit, filiusfam. erit plenus dominus bonorum adventitiorum. Et idem etiam erit ſi recuſante patre filiusfamil. delata bona adventitia adeat, delatam hereditatem adventitiam adeat: nam & hoc caſu in eis bonis, quibus quærendis non eſt adſenſus pater, nihil juris habiturus eſt, *l.ult.h.tit.* Idemque evenit, ut eadem lex oſtendit in fine, ſi ſervus ſit relictus filiofam. ut eum manumittat confeſtim poſt mortem teſtatoris, & aditam hereditatem: Nam quis poteſt momento illo temporis in eo ſervo uſusfr. competere patri? Etiam ab ea generali definitione Juſtinia. eſt excipiendus unus caſus, qui proponitur in *Novella* 118. Sed priusquam ille caſus explicetur, explicanda eſt gravis quæſtio, cujus definitionem diſtuleram in diem craſtinum. Quæſtio hæc eſt, mortuo filiofam. ad quem pertineant bona adventitia, & an in eis heredem habere poſ- B ſit: & conſtat teſtamentarium heredem in eis habere non poſſe, quia filiusfam. non habet jus teſtamenti faciendi, niſi de caſtrenſibus, aut quaſi caſtrenſibus bonis ex privilegio militiæ, vel quaſi militiæ, non etiam de adventitiis, quæ nec alienare poteſt, nec pignerare ſine voluntate patris, *l.2. inf. de caſtr. pecul. mil. lib.* 12. Teſtamentum autem facere de eis, nec ex voluntate patris poteſt, *l.6. D. qui teſt. fac. poſſ.* quia teſtamenti factio juris publici eſt, non arbitrii privati hominis, id eſt, jus publicum dat teſtamenti factionem, non pater, aut quiſquam alius privatus homo. Denique ne permiſſu quidem patris de adventitiis filiusfam. teſtamentum facere poteſt quamdiu vivit pater, qui eorum bonorum uſumfruct. habet, *l.ult. §. filiis, h.tit.* imo & ſi quorundam bonorum adventitiorum uſusfr. non pertineat ad patrem, C ut quibuſdam caſibus heri oſtendi contingere, ſed pleno jure ea bona pertineant ad filiumfamil. vivo patre de eis teſtamentum facere non poteſt, *l. Imperator, D. ad SC. Treb. l. pen. ſup. qui teſt. fac. poſſ.* quia l.12. tab. quæ jus teſtamenti faciendi dedit, de patrefamil. loquitur, non de filiof. his verbis. *Paterfam. uti legaſſit*, id eſt, *uti teſtatus, ita jus eſto*. Et eadem ratione, quia etiam in cauſa inteſtati eadem lex de patrefamil. loquitur, non de filiofam. ut docui initio tit. ſup. & legitimum heredem ab inteſtato filiusfam. non habet, ſed omnia ejus bona pater, qui ſupervixit occupat jure peculii, id eſt, ut rem ſuam à ſe filio conceſſam in peculium, non jure hereditatis, etiam caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia bona ſi filiusf. inteſtatus mortuus fuerit. Sed huic juri nonnihil derogarunt noviſſimæ conſtitutiones: nam ex noviſſimis D conſtitutionibus filiusfamil. in bonis adventitiis habet heredes legitimos liberos ſuos, ſi quos reliquerit. Igitur ſi filiusf. liberos reliquerit, bona ejus ad eos tranſeunt jure hereditario potius, quam ad patrem jure peculii, etiamſi in ejus poteſtate ſint, id eſt, in poteſtate avi paterni, *l.3. h.tit.* non quidem bona profectitia, quæ omnino redeunt ad patrem mortuo filiofam. id eſt, ad eum, à quo ſunt profecta, ſed bona adventitia, reſervato uſuf. avo paterno, exceptis caſibus heri expoſitis, quibus bonorum adventitiorum ne uſusfr. quidem parenti adquiritur. Et ut quidam opinantur, filiusfamil. etiam in caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus bonis, de quibus teſtatus non eſt, habet legitimos heredes liberos ſuos ex Novel. 118. potius, quam patrem ſucceſſorem jure peculii. Poſt liberos autem filiifamil. vocantur in bona ad- E ventitia fratres ejus ex utroque parente conjuncti una cum matre, ſi ſuperſit, reſervato toto uſufr. patri. Et poſt hos vocantur fratres ex uno parente conjuncti æque reſervato uſufr. patri, ut in *l.4. & l.6. §. ſub hac, & §. pen. hoc tit. l.ult. ſup. communia de ſucceſſ. l.ult. §.ult. ſup. ad SC. Tertul. l. de emancipatis, ſup. de leg. hered.* & reſervatur utique ſemper uſusfr. parenti, in cujus poteſtate defunctus fuit, ſive is parens domum ſecundis nuptiis auxerit, ſive non, ut *d.l. de emancip. & l.ult. ſup. tit. prox.* abrogata *l.3. & ult. C. Theod. eod. tit.* Poſt hos autem omnes, id eſt, poſt liberos, & poſt fratres vocatur pater defuncti filiifam. in ea bona, non etiam avus paternus, licet defunctus in ejus poteſtate fuerit, ſolo uſufr. reſervato avo paterno, ut *l.3. hoc tit.* Et poſtremo poſt patrem vocatur avus, in cujus poteſtate eſt. Et hic quidem ordo obtinuit ante Novellam Juſtiniani 118. quæ hunc ordinem confudit, & perturbavit: namque ex ea ſi filiusfam. defunctus ſit nullis relictis liberis, pater, & mater, & fratres ejus, ſi hi omnes ſuperſint, ſimul jure hereditario vocantur in bona ejus adventitia pro virilibus portionibus pleno jure, nullo reſervato uſufr. parenti. Atque ita evenit, ut ſi fratres ſuperſtites ſint in poteſtate patris, virilis portionis eorum uſusfr. non pertineat ad patrem. Qui eſt alius caſus, quem in hanc recitationem heri reſervaveram, quo bonorum adventitiorum, puta, fraternorum uſusfr. non pertinet ad patrem, ſed plenum dominium pertinet ad filiumfamil. Et ita apparet ex iis, quæ diximus fieri, ut in bonis adventitiis filiusfamil. habeat legitimum heredem, qui in eis teſtamentarium heredem habere non poteſt, ut è contrario didicimus, in caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus eum habere poſſe teſtamentarium heredem, non etiam legitimum. Nunc ſequitur ut expónamus partem illam hujus Rubricæ, *Et de eorum adminiſtratione*, id eſt, de adminiſtratione bonorum, quæ acquiruntur liberis in poteſtate conſtitutis, cui ſcilicet ea competat, & in quibus conſiſtat. Et certum quidem eſt adminiſtrationem bonorum adventitiorum pertinere ad parentem, in cujus ſunt poteſtate liberi, licet proprietas ſit liberorum. Adminiſtrationis partes hæ ſunt, exercere actiones, id eſt, dictare, & pati conſentiente filiofamil. niſi abſit, vel infans ſit, ut *in l.ult. §. ubi autem in unum, h.tit.* exemplo tutorum, *l.1. §. ſufficit, D. de adm. tut.* Item impendere laborem, & ſumptum in lites, quæ ex cauſa eorum bonorum moventur ex fructibus, quorum ipſe pater dominus eſt, ut in *l. 1. ſup. tit. prox.* & *d. §. ubi autem in unum*. Item mancipia, quæ in eis bonis ſunt, alere, & veſtire, debitores exigere, creditores ſolvere, & nomine filii vendere res mobiles, & immobiles ſi opus ſit, legatorum à filio relictorum, aut fideicommiſſorum ſolvendorum gratia, vel æris alieni ſolvendi gratia, maxime uſurarii, quoniam nihil eſt, quod citius exedat bona, quam curſus uſurarum. Nomine, inquam, filii vendere, ut ait *l.ult. §. ſin autem æs alienum, & §. ſin autem non habeat, & §. ſed pater quidem, h. t.* quia ſuo nomine pater nihil alienare, vendere, aut obligare poteſt: & recte ſuo nomine, *l.6. §. ne autem, h.tit.* nam filii nomine alienare, & obligare poteſt ex juſta cauſa, puta urgentibus creditoribus, aut legatariis. Item pars adminiſtrationis eſt vendere res oneroſas hereditati adventitiæ filiofamil. delatæ, quas expedit vendere potius, quam retinere, quæ detrimento potius ſunt, quam uſui, & pretium redactum ex earum rerum venditione inſumere in res, & cauſas hereditarias, in rem filii, non in rem ſuam, *l.ult. §. ne autem licentia parentibus, h. tit.* Et generaliter prima pars adminiſtrationis eſt tueri omnia diligenter, in *l.1. ſup. tit. prox.* Nam ut in procuratore, in tutore, curatore, geſtore, id eſt, procuratore voluntario, ita in omni adminiſtratore, etiamſi is ſit pater ejus, ad quem negotia pertinent, exigitur aſperitas, diligentia, & gravitas ſumma: & inde Martialis eleganter. *Sane certus, & aſper homo, procuratorem, qui vultu præferat ipſo.* Quod de procuratore ille, idem de quolibet adminiſtratore dici poteſt, ut ab eo exigatur cuſtodia, cura, diligentia ſumma. Sed non tamen in omnibus eodem jure ſunt omnes adminiſtratores, ut ecce pro officio adminiſtrationis tutoris, & curatoris bona tacito jure pignerata ſunt iis, quorum res eſt, *l. pro officio, ſup. de adminiſt. tut. l.ult. ſup. de leg. tut. l.un. ſup. rem al. gerent. l.un. §. & ut plenius, ſup. de rei uxor. act.* At nomine adminiſtrationis bonorum adventitiorum, quam habet pater in bonis ejus, filius non habet tacitam hypothecam, tacitum pignus. Item ab aliis adminiſtratoribus finita adminiſtratione rationes exiguntur: à patre non exiguntur, id eſt, non exigit filius à patre jure, judicioque, ut ei reddat rationem adminiſtrationis ſuæ: hoc enim eſſet inverecundum. Item alii adminiſtratores incipientes adminiſtrationem ſatiſdant *rem ſalvam fore*: pater non ſatiſdat, re-

verentia patris, & sanctitas pro satisdatione est, *l. 6. §. non* A *autem*, *l. ult. §. sin autem non habeat, hoc tit.* neque pugnat *§. ult. l. 6.* qui tamen pugnare videtur, & tacitæ hypothecæ subjicere bona patris pro officio administrationis, nisi dicamus statim, quod est verissimum, illam *l. 6. §. ult.* non loqui de omnibus bonis adventitiis, quorum proprietas pertinet ad filiumfamil. ususfruct. ad patrem, sed specialiter tantum de bonis, quæ pater lucratus est ex matre filiifamil. quæ quidem bona, si pater secundis nuptiis occupaverit domum, debet servare filiis priorum nuptiarum: & similiter loquitur ille *§. ult.* de bonis, quæ à matre, vel materno genere pervenerunt ad filium, quæ etiam pater fructuarius si secundis nuptiis occupaverit domum, omnino debet conservare filio suo famil. Et eo nomine bona patris filio sunt tacito jure pignerata, ut in *l. si quis prioris, §. ult. sup. de secund. nupt.* Igitur si quis ob- B jiciat illum *§. ult. §. non autem ejusdem l. 6.* Respond. breviter, cum *§. ult.* loqui specialiter tantum de bonis profectis à matre, vel stirpe materna, & de patre, qui secundis nuptiis occupavit domum. Ratio secundarum nuptiarum ejus patris bona subjicit tacitæ hypothecæ nomine administrationis: non omnium bonorum adventitiorum, sed maternorum tantum, aut materni generis: etiam cum eo, quod diximus patrem reddendis rationibus non esse obnoxium, non pugnat *l. ult. §. sin autem æs alienum*, *hoc tit.* dum ait patrem, qui maturius non exolvit æs alienum usurarium, debere usuras, quæ post cesserunt, præstare ex fructibus, vel de suo. Nam hoc non est exigere rationem administrationis à patre, sed hoc est lege finire hanc administrationis partem, sive functionem, sicut in *§. non autem licentia parentibus*, *ejusdem leg. ult.* quod ait C patrem pretium redactum ex venditione rerum inutilium, quæ oneri erant potius, quam fructui, debere insumere in res, & causas hereditarias, hoc etiam est explicare partem officii administrationis, quæ patri incumbit, non dare facultatem filio agendi cum patre de rationibus reddundis. Postremo non est omittendum ex *l. ult. hujus tit.* quod quandoque eveniat, ut delatam hereditatem filiofamil. adventitiam, vel etiam castrensem, ut si à commilitone heres instituatur, vel filius recuset adire, vel pater: nec bene inter eos ea de re conveniat: & tum ita statuit *d. l. ult.* ut recusante filiofamil. delatam heredit. adventitiam, vel etiam castrensem, ut ait in *§. similique modo*, ipse pater possit adire suo nomine, seque implicare negotiis hereditariis, nihil juris in ea hereditate habente filio, nihil etiam sentiente ex ea oneris, vel D incommodi, sed omni commodo, & incommodo transfuso in patrem, qui suo nomine adivit recusante filiofamil. quo genere fit, ut qui non est heres scriptus adeat hereditatem veluti scriptus, quod ipse, & is, qui scriptus est pro uno homine habeatur: nam vinculum potestatis efficit ut pater, & filios unos homo esse censeatur. Et quod dicitur de hereditate, idem obtinet in quolibet alio lucro adventitio, sive veniat ex contractu, sive ex ultimo judicio. Quod si pater recuset adire hereditatem delatam filio, aut filio si recuset consentire adeunti, filius suo nomine adire potest injussu patris, in cujus potestate est, quod est contra regulam juris, ne filiusfamil. adeat injussu patris. Sed is casus facile desciscit ab ea regula, quia nec si recusante patre filius adeat suo nomine, ea aditio patrem æri alieno obligat, sed omne commodum, E & incommodum hereditatis respicit ad filium, non ad patrem, qui etiam in ea hereditate, quam recusavit ne usumfr. quidem habiturus est. Et si forte filius sit minor 25. annis, id est, nondum capax administrationis rerum suarum, dabitur ei, vel potius hereditati curator, quoniam filiofamil. vix datur curator, sed bonis ejus datur: Et si velit agere filius suo nomine, vel excipere actiones, quia etiam filiifamil. persona in judicio non est legitima sine voluntate patris, pater officio judicis, licet non sponte patris ea bona adierit, cogetur ei litiganti consensum accommodare. Et hæc ita, si filiusfamil. infans non sit: Nam si sit infans, pater poterit nomine ejus adire hereditatem, quæ ei delata est, ut in *l. si infanti*, *sup. de jure delib.* adibit

A nomine filii: sed quod mirum est, nihilominus obligatur æri alieno hereditario, & omnibus molestiis hereditariis, *l. ult. §. ubi autem*, quod valde novum est, ut qui adit alieno nomine, obligetur hereditati, quia scilicet non tam alieno nomine adivit, quam suo, sed postea filiusfamil. poterit mutare factum patris, & improbare petita restitutione in integrum adversus aditionem patris, vel etiam si dum erat infans, pater repudiaverit eam hereditatem, poterit filius restitui in integrum adversus repudiationem patris. Sed valde notandum est, ut etiam observemus quantum leges deferant sacro nomini patris, filio semel tantum dari restitutionem in integrum adversus factum patris, adversus gestum patris, ut si fuerit restitutus adversus aditionem patris non poterit postea restitui, ut ipse adeat, quia semel improbavit aditionem patris, & è con-
B trario.



AD TITULUM LXII.

DE HERED. DECURIONUM, &c.

REDIT ad hereditates patrumfamilias intestatorum, ut doceat deficientibus legitimis, aut honorariis successoribus, in hereditatem patrisfamil. intestati non continuo venire fiscum, quasi in bona vacantia ex *l. Julia cad.* sed fisco præferri quandoque ex constitutionibus personas certas, vel corpora certa. Ac primum moriente intestato decurione, id est, senato-
C re municipali, sine liberis, aut parentibus, sine agnatis, aut cognatis, sine uxore, Curia sua, vel quod idem est, is ordo civitatis suæ, in quo defunctus erat ei succedit excluso fisco, *l. 4. hoc tit. l. un. C. Theod. de bonis decur.* Item naviculario mortuo nullo relicto herede, corpus naviculariorum, ex quo ipse erat, ei succedit remoto fisco, ut in *l. 1. hujus tit.* quæ scripta est ad præfectum annonæ, merito, quoniam sub ejus cura, & dispositione erat corpus naviculariorum. In urbe hi sunt, qui annonæ urbis serviunt invehendæ, quorum est certum corpus, certaque conditio, quæ obstringit etiam eorum successores, & bona, & pro isto munere, quod Reipub. impendunt, multa privilegia corpus naviculariorum habet, quæ proponuntur in *tit. de naviculariis, inf. lib. 11.* & inter cætera, ut uno ex eis mortuo nullo herede relicto, hereditas ejus
D non veniat ad fiscum, sed ad corpus naviculariorum, quod idem etiam constituit Valentinian. *in Novella de naviculariis amnicis*: item ex *l. 2. hoc tit.* Si quis eorum, qui in legione, aut in vexillatione Comitatensi, vel in cuneo, ut ait l. militans vita decessit, sine ullis heredibus, ei fisco excluso succedit legio, aut vexillatio, aut cuneus, in quo militabat: quod etiam est proditum in DD. uno loco singulari in *l. si quis filia*, *§. ejus, qui*, *in fine*, *de inj. rupt.* ut bona militis defuncti nullo herede relicto legioni vindicentur. Et inde librarii caducorum in castris, *l. ult. D. de jure immunit.* qui scilicet conficiunt rationes, & servant eorum, quæ morte militum in legionem cadunt, aut in vexillationem. Videtur tamen obstare huic sententiæ *l. 2. D. de veteran. & milit. success.* quæ post quintum gradum cognatorum in bona militis
E vocat fiscum, non legionem. Sed quod nos dicimus legionem succedere, obtinet tantum in milite sua morte functo, de quo non est sumptum supplicium: illa *l. 2.* est accipienda de milite capite damnato, quod suadet vicinitas *l. 1.* quæ nominatim est scripta de milite capite damnato, atque etiam inscriptio *l. 2.* nam *lib. 16.* Respons. ex quo ducta est illa *l. 2.* Papinian. scripsit tantum de reis capitalium criminum. Ergo licet illa *l. 2.* nominatim non faciat mentionem damnationis militis capite damnati, tamen duplici illo argumento, & vero reipsa moveor, ut adfirmem esse accipiendam de milite capite damnato: unde ita constituo: Militi capite damnato, ab intestato in bonis castrensibus succedunt cognati, usque ad quintum duntaxat gradum, & post eos

fiscus,

fiscus, *d.l.2.* Militi patrifamil. autem non damnato ab intestato in omnibus bonis succedunt cognati usque ad 6. vel 7. gradum, & post eos legio, aut vexillatio, aut cuneus, sive numerus, in quo militavit fisco remoto. Et ita recte etiam Græci interpretes distinguunt illo loco 45. Basil. Ne autem ignoremus quid distet legio à vexillatione: vexillatio est equitum: Militant enim sub vexillis, id est, flammeolis: ut Vegetius ostendit initio *lib.2.* Legio autem, & Cuneus est peditum, sed tamen habuit etiam legio equites, qui legionarii dicebantur, quod essent connexi aliis legionum. Denique alii fuerunt equites vexillarii, alii legionarii: Et hæc differentia etiam servatur in *l. veteranus, inf. quando provocare non est nec. l. ult. de iis, qui non impl. stip. lib.* 10. *l.* 22. *C. Theod. de erogat. milit. ann.* Et hoc loco, & aliis quibusdam comitatenses legiones, aut vexillationes dicuntur, quæ sequuntur sacrum comitatum, qui sic definitur, *ubi est princeps, ibi est sacer comitatus, ubi princeps agit*, ut in *l. milites, §. missionum, D. de re mil. conj. l.2. §. ignominia, ff. de iis, qui not. inf.* una lex dicit, militem ignominia missum, non Romæ, neque in sacro comitatu morari posse: Altera dicit, eum neque Romæ, neque alibi ubi imperator est, morari posse: Conjunctio utriusque docet, sacrum comitatum ibi esse ubi princeps est, ut & recte in *l.* 20. *C. Theod. de decurion.* quod l. ait decurionem esse destinandum ad Comitatum, id Anianus interpretatur, transmittendum eum esse ubi rerum dominus est, id est, princeps. Et hoc item invenio Herodianum *lib.* 1. scribere de Roma, *Ibi esse Romam ubi est Imperator*, *ἐκεῖ ἡ Ρώμη, ὅπου ποτ' ἂν βασιλεὺς ᾖ*. Addatur etiam ex *l.* 3. *hujus tit.* Cohortali mortuo nullo herede relicto, cohortales ejusdem provinciæ succedere excluso fisco. Et cohortales breviter sunt apparitores, sive officiales præsidis provinciæ, qui erant perpetui in provinciis, ut ait *l. præsidis, D. de reb. cred.* Et erant gregarii milites, atque adeo viliores: qua de causa à græcis in hac l. vocantur *εὐτελεῖς*, id est, viliores, gregarii, vulgares: nam ita Græci exprimunt sententiam hujus l. 3. *ἐὰν εὐτελὴς τελευτήσῃ ἀδιάθετος, καὶ μὴ ἔχων συγγενεῖς, ἐξ ἀδιαθέτου οἱ λοιποὶ εὐτελεῖς κληρονομοῦσιν*. Quæ sententia extat etiam 5. Epitom. Harmenop. & male interpretantur alii, *si vilis, si tenuis, si abjectus homo moriatur intestatus, viles ei succedunt*. Est inepta sententia: sic debuit verti ab interprete Harmenop. & Basilicorum: *Si cohortalis moriatur intestatus nullis relictis cognatis, ab intestato ei cohortales succedunt*, ejusdem scilicet provinciæ. Et adnotat in hanc l.3. Patricius græcus interpres, Cohortales, sive Cohortalinos, quod idem est in *l.3. inf. de cohortal. lib.*12. esse beneficiarios, quib. mandantur onera mansionum equorum publicorum, definit cohortales à parte una tantum muneris eorum: Nam fateor cohortalibus mandari curam, & exhibitionem cursus publici, curam veredorum, sive equorum publicorum, ut indicat *l.4. inf. de curs. publ.* & *l.* 7. *Cod. Theod. de cohort.* quæ etiam, quod confirm. sententiam Patricii, cohortales appellat beneficiarios, quod promoveantur beneficio præsidis: & ait beneficiarii, sive officiales rationales si neglexerint beneficium cursus equorum publicorum, exhibitionem cursus, *s'ils n'ont des chevaux de poste prests*, vel si neglexerint primipili curam, annonæ militaris curam: pars una hæc est officii cohortalium: sed injunguntur etiam eis pleraque alia munera provincialia ex præcepto præsidum, quibus parent. Ac postremo in *l. ult. hoc tit.* ostenditur fabricensi mortuo intestato sine legitimo, aut honorario successore, corpus fabricensium succedere excluso fisco. Fabricenses sunt, qui in publicis fabricis faciunt arma bellica, *ce sont armeuriers*, qui arma publica vendunt, quæ reponuntur in publicis armamentariis, parent denique fisco, serviunt fisci utilitati, sive Reipub. & his solis licebat arma fabricare, ut constat ex *tit. de fabric. inf. lib.* xt. *& ex Novella de armis*. Et recte in gloss. Cedreni, Fabricisii, inquit, id est, Fabricenses, *οἱ τῶν ὅπλων δημιουργοί*. Fabricenses autem cum sunt creandi, vel sufficiendi in locum demortuorum, corpus ipsum fabricensium suo periculo eos nominat. Est enim ea nominatio pro fidejussione, adeo ut si quid gesserit fabricensis, quem cæteri nominarunt in fraudem fisci, illi ex sua nominatione fisco obligentur, ut similiter fit in specie *l.8. inf. de suscept. lib.* 10. Et in *tit. de peric. nominat. lib.* 11. Et hi nominatores creatores appellantur: Nominare, & creare idem est, ut in *l.2. §. si eo tempore, D. de administ. rer. ad civit. pert.* In Pand. Flo. recte Creator, ante quos perperam legebatur procurator. Et ita etiam in *l. si quos* 57. *inf. de decur.* & *l.2. inf. quo quisque ord. conveni. lib.*10. Et ita etiam ad *d.l. si quos*, ego primus ostendi in hac *l. ult.* pro *creditores*, legendum esse *creatores*, id est nominatores, ut in Basil. hoc loco *ὡς ἂν χειροτονηταί*, velut creatores, veluti ordinatores. Et sic etiam in *l.1. inf. quemadmodum civilia munera ind. lib.* 10. pro *curiæ*, reposui *creaturæ*, id est, *nominationis, sive creationis*, & *conditionis, sive conditturæ*. Et his quidem, quæ proponuntur in hoc tit. nos etiam addere oportet præterea clericum, vel Monachum, vel devotam virginem, qui, quæve moritur nullo herede relicto: Nam ex constitutionibus ei succedit Ecclesia, vel Monasterium, cui dedicatus, vel dedicata erat excluso fisco, *l. si quis presbyter, sup. de Epis. & cler.* Addatur etiam, apparitor præfecti prætorio, qui uno verbo dicitur Præfectianus in libris nostris, qui si moriatur nullo herede relicto testamentario, aut legitimo, aut honorario, in ejus successione fisco præfertur arca PP. quæ erat publica arca, id est, destinata usibus publicis. Et hoc ostendit *l.* 3. *inf. de apparit. præf. præt. lib.*12. Item si quid princeps ultro donaverit duobus, aut pluribus, si eandem rem princeps donaverit duobus, aut pluribus, uno ex eis mortuo nullo herede relicto, consortes liberalitatis principis fisco præferuntur, *l. unica, inf. si liberalitatis Imp. socius sine her. decess. lib.* 10. his exceptis, deficientibus testamentariis legitimis, aut honorariis successoribus, post omnes, ut didicimus *in tit. de caducis*, fiscus vocatur ex *l. Julia cad.* Et hic est finis libri sexti Codicis.

JACOBI CUJACII J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

In septimum Librum Codicis Domin. Justiniani.

AD TITULUM I.

DE VINDICTA LIBERTATE, ET APUD CONCILIUM MANUMISSIONE. Anno 1577.

UT cohæreat hic liber cum superiore, & tractatus, qui initio ejus instituitur de libertatibus, facile intelligemus, si repetamus lectione, memoriave ea, quæ ante nobis tradita sunt. Cœpit codex iste à jure sacro, ac deinde de jure publico nobis proposuit partes juris civilis, variaque officia magistratus, & quo ordine apud eos ageretur, & quorum interventu, & patrocinio. Tum à titulo vigesimo octavo libri tertii de inofficioso testamento, de actionibus tractatum inchoavit, qui quidem omne jus complectitur, & propositis actionibus multis tam in rem, quam in personam, quæ vel ex contractu nascuntur, vel ex quasi contractu, puta ex administrat. tutelæ, vel curationis, vel ex aditione hereditatis testam. aut legitimæ. Modo parat initio hujus libri septimi tractare de præjudicialibus actionibus, in quibus quæstio vertitur de statu hominum, puta, servus quis sit, an liber: ingenuus, an libertinus: Idcirco de manumissionibus dicere instituit, quibus ex servis homines liberi fiunt, & cives Romani, & liberi libertini, non liberi ingenui: hi nascuntur, illi fiunt: & quia manumissio, vel fit inter vivos, ut loquitur *l.*27. *§.1. D. de adm. leg.* vel causa mortis: ab ea incipit in titulo primo, quæ fit inter vivos, secundo

dictu-

dicturus de ea, quæ fit causa mortis, id est, testamento, aut directis, aut precariis verbis. Ea vero, quæ fit inter vivos fit vindicta, apud prætorem, vel consulem, vel proconsulem, aut præsidem ut in *l. 2. D. de offic. procons.* vel etiam in concilio principis, ut significat *l. ult. hoc tit. & l. 2. sup. de liber. & eorum liber.* Et vetus inscriptio, sive titulus hujusmodi: *Priscus manumissus ad concilium procuratorio nomine, apud Domitianum Imperatorem.* Et addit *l. ult. hoc tit.* vindicta manumissionem posse apud magistratus municipales fieri: ut puta duumviros, qui sumuntur ex ordine curiæ civitatis: sed addit *Quibus hujusmodi jus est*: non igitur apud omnes magistratus municipales: sed apud eos tantum magistratus, quibus hujusmodi jus est, id est, qui habent legis actionem: nam manumissio est legis actio, sive legitimus actus, quo servo donatur legitima libertas, id est, civitas Romana: Et ita recte Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 25. apud magistratus municipales si habeant legis actionem, emancipari, ac manumitti potest*: Nam manumissio est legis actio, id est, legitimus, & solemnis actus, qui peragitur solemnibus verbis, solemnique ritu quodam: & idcirco etiam manumissio non iteratur, ut ait *l. 2. hoc tit.* sicut nec ullus actus legitimus. Aditio hereditatis non iteratur, *l. si solus 89. §. ult. D. de adquir. heredit.* Optio etiam servi, quæ & inter actus legitimos numeratur in *l. actus, D. de reg. jur.* non potest iterari, vel retractari, *l. 5. D. de legatis 1.* Eademque ratione manumissio non potest fieri per procuratorem, *l. 3. hoc tit.* quia (ut est in regula juris) nemo alieno nomine lege agere potest. Legis actiones explentur, & expediuntur per nosmetipsos, non per alios: non per procuratores, non per maritos: puta uxor non manumittit per maritum, *d. l. 3.* & omnino nullus actus legitimus fit per procuratorem. Aditio hereditatis non fit per procuratorem, *l. per procuratorem, D. de adquir. hered.* Adoptio etiam, quæ est actus legitimus, non fit per procuratorem, *l. post mortem, ff. de adopt.* Acceptilatio, quæ etiam in *d. l. actus* legis actionibus adnumeratur, non fit per procuratorem, *l. 13. §. tutor, ff. de acceptilat.* Et ne nos fallat *lex 3. ff. de acceptilat.* dum ait: per procuratorem acceptilationem fieri non posse sine mandato: ex quibus verbis hauriunt hanc sententiam falsissimam, per procuratorem habentem mandatum acceptilationem fieri posse: cum alia sit mens legis tertiæ: puta per procuratorem non posse fieri acceptilationem, nisi præcedente mandato, prius ei permissum sit novare obligationem, eamque in se transferre: puta hoc modo: *quod illi debes, promittisne mihi dari, aut fieri?* Novata obligatione recte per eum fiet acceptilatio, quia suo nomine fiet, non alieno, *ut d. l. 13. §. tutor, & l. 4. inf. de novat.* Atque ita remedio novationis per procurationem fit acceptilatio. Et sic etiam aditio hereditatis recte fiet per procuratorem remedio procuratori cessæ in jure hereditatis. Et ita quoque remedio mancipationis, vel traditionis recte fiet manumissio per procuratorem. Et ita sunt explicandæ leges, quas adversus *legem 3. hoc tit.* adducit Accursius, *l. cum proponas, sup. de dolo, l. si vero negotium, sol. matr. l. quod autem, §. ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* Constat etiam causam manumissionis posse probari per procuratorem, propter quam nos volumus servum manumittere: vel quod fuit educator noster, vel pædagogus, vel alia ex justa causa, *l. etiam, §. absens, ff. de manum. vind.* Itemque per filiumfam. pater recte manumittit servos suos, id est, filius servos patris, vel servos peculiares recte manumittit jussu patris: & res ita plerumque geritur, cum pater est surdus, aut mutus, ut manumissionis vindicta solemnia nesciat expedire, *l. 10. ff. de manum. vind.* Hoc vero modo ipse pater videtur manumittere, dum filius manumittit jussu patris, ut est nominatim scriptum in *l. si quis hac lege, §. 1. ff. qui, & à quibus, l. matrimonii, ff. de ri. nupt.* Potestas patris, vel domini unius personæ, uniusve hominis intellectum constituit in patre, & filiofamilias, in domino, & servo, ut eleganter ait *l. si Pamphilo, ff. de opt. leg.* Et contra manumissio dividit personas, id est, ex una facit duas: ut etiam eleganter ait Theophilus noster in *§. an servo, Instit. de leg.* Et tamen ea ratione dominus non posset manumittere vindicta per servum suum alios servos suos: quia servi persona apud prætorem nulla est, *l. 1. ff. de jure delib.* servi persona legitima non est in jure, vel in judicio: nec si sistat se servus voluntate domini. At filiifamilias persona legitima est adhibita voluntate patris, *l. 6. §. necessitate, sup. de bonis, quæ liber. adqu.* Et ita, quæ per filiumf. jussu patris fit manumissio, per ipsum patrem facta intelligitur: sicut donatio, quæ fit à filiofam. voluntate patris, aut jussu, à patre facta intelligitur, *l. 9. §. pen. D. de donat.* Ad hoc notandum, prætorem, apud quem fit manumissio vindicta, necesse non habere cogere concilium suum ob eam rem: imo sine concilio apud eum manumitti posse: modo is, qui manumittit sit major viginti annorum, & is, qui manumittitur major 30. annorum ex lege Ælia Sentia, ut Ulpianus docet *lib. reg. tit. 1.* & est etiam relatum in Institutionibus nostris: nam minor 20. annis ex lege Ælia Sentia non potest vindicta manumittere, nisi causa probata apud concilium prætoris: Itemque is, qui minor est 30. annorum non potest manumitti vindicta, nisi causa probata apud concilium prætoris, aut præsidis: Imo & minor 20. annis in testam. suo, aut minor 30. annorum in testamento domini sui frustra manumittitur, ut perveniat ad justam libertatem, id est, civitatem Romanam: ideoque in libris nostris invenies libertatibus, & manumissionibus testamentariis sæpe adscribi hanc conditionem: *Liber esto, cum eris annorum triginta, in l. ex parte, §. Sticho, ff. fam. ercisc. l. Aristo, de manum. vind. l. si quis, §. ult. de statuliber.* Cur apponitur illa conditio, *Cum erit annorum* 30. quia non poterat pervenire ad civitatem Romanam ante eam ætatem, ut ostendi supra: & in concilium quidem præsidis (quod titulus exigit ut exponamus propter illa verba, *Et apud concilium*) apud quem in provinciis fit manumissio, ut Ulpianus docet supradicto loco, & Theophilus noster in *§. eadem, Inst. quib. ex caus. man. non licet*, adhibentur 20. recuperatores cives Romani, viginti judices. In concilium autem prætoris, in urbe adhibentur quinque Senatores, & quinque equites Romani: in medio eorum sedet prætor: sexto igitur loco, habens ab utroque latere quinque. Et inde explicandus est hic locus M. Tullii pro Cluentio: *Quid est Q. Naso, cur tu in hoc sexto loco sedeas?* puta ut prætor ad concilium. Medii loci fuit semper honos præcipuus, etiam in conviviis, ut est apud Virgilium, *Aurea composuit sponda, mediamque locavit.* Et Pomponius Mela *lib. 2. Binisque poculis perpotatis interlocantur, is honor præcipuus est.* Et in incessu quoque medius locus honoratior fuit: ut apud Josephum legimus Herodem in senatu creatum regem Judeæ, exisse è Senatu incedentem medium inter Antonium, & Pompejum. Et Spartianus refert Hadrianum Imperatorem cum vidisset servum suum ambulantem inter duos Senatores, misisse, qui ei servo colaphum duceret. Et ita etiam Capitolinus in Vero. *Ælius* (inquit) *cum resedisset inter Verum, & Marcum.* Et hoc evidenter (ne in eo morer) nobis expedivit Ovidius in Fastis: *Et medius juvenum, non indignantibus ipsis Ibat, & interior si comes unus erat: au bas de la main, non pas au haut.* Verum pergamus. Si causa fuerit probata apud concilium, & ita minor 20. annorum manumiserit servum suum vindicta, aut major manumiserit minorem 30. annorum, ea manumissio rata est, nec revocari ullo modo potest, etiamsi postea appareat fuisse falsam demonstrationem, ut ait *l. 1. hoc tit.* id est, falsam causam, quæ extorsit manumissionem. Libertas, quæ semel competiit, ægre revocatur, quod maxime notandum est ex l. 1. quæ est rescriptum D. Pii, quod in eam rem etiam citatur *l. 9. D. eod.* Exposui leges hujus tituli. Sed die proximo his, quæ diximus de manumissione vindicta addemus nonnulla. Lex ultima ait, manumissionem vindicta fieri apud concilium principis, fieri etiam apud consules: quod solum videntur

novis-

novissima ætate consules retinuisse .i. jurisdictionem voluntariam, quæ consistit in auctoritate, aut consilio præbendo manumittere, vel emancipare vulentibus, vel adoptare: hæc pars jurisdictionis appellatur voluntaria, quia jus dicitur statuiturque inter volentes. Jurisdictio autem, quæ dicitur contentiosa exercetur inter invitos: puta invito adversario perducto in jus, vel in judicium. Et hæc differentia jurisdictionis voluntariæ, & contentiosæ ponitur in *l.2. D. de offic. proconf.* In titulo autem de officio consulis, hoc tantum pertinere ostenditur ad officium consulis, cujus tum scilicet valde deminuta erat potestas, omne imperium occupante principe, ut consilium præbeat manumittere volenti: quando consilio est opus, & alias ut auctor sit manum. volenti. Nec inter vivos .n. manum. fit sine magistratu, *d. l. un. D. de offic. consul. & l. laudabilem, §. pen. sup. de advoc. divers. judic.* Cassiodorus initio *lib.6. de consule, in augmentum*, inquit, *gloriæ publicæ* (consul) *solvebat famulos jugo servili, qui libertatem tantæ dederat civitati*. Nam (ut scitis) Consules reges expulerunt Brutus, & Valerius, civitati reddita libertate pristina, ac deinceps hoc retinuerunt, ut per eos servi liberi fierent volentibus, postulantibusque dominis: Et ita etiam Ammianus Marcellinus *lib.22. Dein*, inquit, *Mamertino manumittendis ex more inductis per admissionem proximum ipse lege agi dixerat, ut solebat*: id est, jusserat lictorem suum lege agere: qui locus demonstrat manumissionem, ut dicebam nudius quartus, esse legis actionem, esse actum legitimum, ideoque nec iterari posse, nec peragi per procuratorem: idemque demonstrat *l. ult. inf. de iis, qui à non domin. manumiss.* quæ etiam valde pertinet ad *l. ult. hoc tit.* quia unam constituit differentiam inter eam manumiss. quæ fit apud consulem, vel alium magist. & eam, quæ fit apud principem: primum quidem, sive quis apud magist. sive apud principem manum. servum alienum, ipso jure nulla est manumissio. Nec idem de manumissione dicimus, quod de alienatione. Alienatio rei alienæ valet, & parit obligationem inter ipsos contrahentes, sine præjudicio veri domini, *l. res aliena, ff. de contrab. empt.* Manumissio servi alieni ipso jure non valet: & is quidem, qui servum alienum manumisit apud magistratum tanquam servum suum, nulli pœnæ subjicitur: qui tamen manumisit servum alienum tanquam suum apud principem, damnatur in quintuplum: puta, ut præter servum, quem frustra manumisit, vero domino servi præstet duos servos ejusdem precii, sexus, ætatis, artis, & tres servos fisco: quia grave est fallere conscientiam principis, *se mocquer de son Prince*: gravius certe, quam fallere conscientiam magistratus. Unica plectitur pœna quintupli, si lege actum sit apud principem, ut ait: alterum impunitum manet. Et his, quæ dixi nudius quartus de prætore, qui in consilio, quod præbet manumittere volentibus sedet sexto loco, & de medii loci dignitate, addam quod hodie fit in consistorio Imperatoris, conventuque, & concilio publico, ut ei à dextra adsideant Togati: à læva viri militares. Addam invenire me etiam apud Flavium Vopiscum in Aureliano, Valerium Augustum consedisse apud Byzantium præbentem consilium, adsidentibus à parte dextra præside Orientis, Præfecto Prætorio, & Consule ordinario, qui erant togati, qui est habitus civilis, non militaris: à læva autem parte, adsidentibus duce Scythici limitis habitu militari, & Duce Orientalis limitis: & duce Rhetici limitis: & duce Illyriciani, & Thracii limitis: à dextra tres, à sinistra quatuor: ut fit etiam hodie in consistorio Imperatoris: Eunapius in Ædesio de philosopho quodam, quem Imperator Constantinus in concilio ob excellentiam ingenii ejus habuit sibi adsidentem à parte dextera, sic ait: *ὁ βασιλεὺς δημοσίᾳ σύνεδρον εἶχεν εἰς τὸν δεξιὸν καθίζων τόπον. eum etiam* (inquit) *publice adsessorem habuit adsidentem à parte dextera*. Et hunc ordinem nosse, locorumque dignitatem sane & Jurisconsulti proprium: ut in Chronicis Marcellini Comitis, Jacobus medicus quidam ait, se didicisse à veteribus Jurisconsultis, licere juxta thorum Imperialem in regia sella considere medico invisenti ægrotum Imperatorem, quod is locus sit honorarior, nec temere usurpandus à quoquam. Et ita Xenophon *ἀναβάσεως 7. εἰ*, inquit, *obtigis honoris causa, ut in proximiori sella principis adsideres*. Spartianus in Hadriano, *Severianum mori coegit, quasi affectatorem Imperii, quod in sedili regio juxta lectum posito sedisset*. Et idem in Severo: *Sedit & in sella Imperatoria temere à ministro posita, ignarus quod non liceret*. Verum ad alia pergamus. Quod ad *Vindictæ* nomen attinet, de quo nondum diximus, à Vindice Vitelliorum servo id ducunt: qui ob indicium conjurationis in Rempublicam fuit libertate, & civitate donatus: Vindex scilicet primus etsi libertinus, factus est etiam civis Romanus: & ab eo, qui manumitti dicuntur vindicta, etiam omnes fiunt cives Romani. Et hac de re est *l.2. §. initium, D. de orig. jur.* Et inde illud etiam Claudiani *in 4. de consulatu Honorii. Deductum Vindice morem lex celebrat*, id est, lege agitur in servis vindicta manumittendis: & ab eo etiam Vindice quidam tractum putant vindiciæ, aut vindiciarum nomen: ut Livius ait *lib.2.* scribens de eodem Vindice. Quidam & *vindiciæ* nomen (sic legi in veteribus, non *vindictæ*) ab illo tractum putant. Vindicias, aut vindiciam dicimus addictionem, & apprehensionem possessionis, *la recreance*. Vindictam autem dicimus virgulam, sive festucam, ut alii loquuntur, alii *ῥάβδον*, quam dominus apud prætorem, vel lictor pro domino, imponit capiti servi manumittendi: & ob id hæc libertas inter vivos imponi dicitur: testamentaria autem relinqui, *l. unica, §. pen. inf. de comm. serv. manum.* Et inde in *l. apud eum, D. de manumiss. ex lege Augusti*, id est, ut interpretor ex lege, quæ de imperio Augusti lata est, qua plurimis legibus solutus est, ex Augusto privilegio, ut loquitur *lex un. inf. de caduc. tollend.* in fine, principem servos manumittere, & cives Romanos facere nuda voluntate; & si eis vindictam non imponat, quod erat ex solemnibus: etiamsi non feriat caput servi virgula illa, qua etiam servi feriri dicebantur: ut in declamatione *Quintiliani 342. vindicta ferires* (inquit) *& mancipium circumverteres*: & *Circumvertere* vocat, quod circumducere, *l. ult. D. de emancipat. liber.* & alii *στρέφειν*, aut *περιστρέφειν*, ut Arrianus *2. in Epictetum*, *ἔστρεψε τὸν αὐτοῦ δοῦλον ἐπὶ στρατηγοῦ*, id est, *circumduxit servum suum apud magistratum*. Et Appianus *in fine quarti*, *περιστρέφων τὸν δοῦλον ὡς Ῥωμαίοις ἔθος ἐλευθεροῦν*, id est, *circumducens servum, ut mos est Romanis peragere manumissionem*. Alii dicunt *circumagere*, ut Seneca 1. *Epistolarum*. *Qui se Philosophiæ subjecit, & tradidit, statim circumagitur*, id est, liber fit statim. Mitto alios locos notissimos. Ea vertigo, sive circumductio significabat servo abire licere quo vellet: quod & quandoque exprimi solebat, ut apud Plautum *in Menæchmis*, *Mea hercle causa liber esto, & abito quo voles*: quamobrem recte dicitur in *l. pen. sup. de operis libertor.* libertinum ubi velit morandi facultatem habere. Et ita libertinus apud eundem Arrianum, *πορεύομαι ὅπου θέλω, ἔρχομαι ὅπου θέλω, καὶ ὅθεν θέλω*. Et inde non imperite à Grammaticis *ἐλεύθερον* (sic vocant Græci liberum hominem) dici quasi *ἐλευθόντα ὅπου ἐρᾷ*, *qui va là où il luy plaist*. Porro quod significat lictorem adhiberi in manumissione apud prætorem, aut Consulem, hodie ex more novissimo non est in usu: nam *lex ego, D. eod.* significat recte peragi manumissionem vindicta etiam absente lictore, & *l. non est, eod.* eam non fieri pro tribunali, nisi scilicet cum causæ cognitione opus est; causæ probatione, sed posse fieri de plano, ut in transitu: aut etiam fit per lictorem tacente domino, hodie omissis verbis solemnibus, ut ait *lex manumissio, D. eod.* verbis, inquam, solemnibus, quibus & lictor utebatur, ut Boetius scripsit in Topica Ciceronis, & quibus dominus ipse utebatur, ut apud Festum, *hunc hominem liberum esse volo*. Hodie etiam tacente domino peragi manumissio potest, præsentia domini tantum desideratur. Item sublatæ sunt illæ circumductiones, ut indicat *d. l. ult. inf. de emancipat. lib.* Non

solet

solet etiam ex *d. l. ult.* aut necesse non est, quod olim erat in usu, dominum, aut lictorem vice domini manumisso illidere alapam (quod erat proprie manumittere) ore perciso, atque batuito: quod Latini appellarunt proprio vocabulo Pitanem, *un soufflet*, & ipse Cicero, ut veteres glossæ testantur veteres dixisse, *Salapittam*, pro alapam, quo verbo usus est Arnob. *Salpictum sonitu*, quo se Comœdi invicem verberabant. Hodie *l. ult.* illæ alaparum, sive ῥαπισμάτων contumeliæ sublatæ sunt: quod etiam ostendit *Nov.* 81. Item non est in usu hodie vectigal, quod pro servo manumisso fisco dependendum erat; nam servi manumissi vindicta erat pendenda fisco vicesima ex lege Manlia, & Senatusconsulto. *Livius l. 7. Legem*, inquit, *tulit de vicesima eorum, qui manumitterentur*. Et sequitur postea: *Patres quod ea lege haud parvum vectigal inopi ærario additum esset, auctores fuerunt*. Id etiam significat Arrianus supradicto loco: ἐστρεψε δοῦλον, καὶ εἰκοστὴν ὑπὲρ αὐτοῦ δοῦναι ὀφείλει: quod ego memini me jampridem monuisse in 5. *Observation. cap.* 13. Ex his intelligimus cur in *l. actus*, *de reg. jur.* inter actus legitimos, id est, perquam solemnes, qui & legis actiones dicuntur, non ponit manumissiones: quia ut apparet ex superioribus manumissio hodie expeditur sine ulla solemnitate. Denique manumissio vindicta non est legis actio. Alii, quam JC. his de rebus, quæ nostræ artis sunt propriæ, scribere non timent. Navim agere, ignari navis non est. Inter quos Sigonius, quem tamen honoris, & laudis causa nominamus. Sed quis non peccet in arte non sua? Is non JC. dum ad jure libros scribit, & in eis etiam multa peccat, dum ea, quæ pertinent ad manumissionem vindicta attingit. Primum, quod statuat generaliter in eis manumissionibus causæ cognitionem exigi, quod nudius quartus didicimus non esse verum, nisi is, qui manumittit sit minor, quam 20. annorum, vel is, qui manumittitur minor, quam 30. annorum natu. Alioquin manumissio fit sine consilio, sine causæ probatione, cognitioneve, alioqui non possent fieri de plano: Nam quæcunque causæ cognitionem desiderant, non possunt expediri, nisi pro tribun. *l. ubicumque* 105. *de reg. jur.* Deinde etiam peccat in eo, quod scribit inter solemnia verba manumissionis vindicta fuisse hæc verba prætoris: *Secundum tuam causam, sicuti dixi, ecce tibi vindicta*: quæ formula non resipit ullo modo antiquum morem concipiendarum formularum: imo vero nullum sensum exprimit: & singulariæ literæ Valerii Probi, unde hunc errorem hausit, ita restituendæ, & interpretandæ sunt. *Secundum servitutis causam ejus servi dico tibi vindicias*, id est, do tibi jus abducendi ejus servi quasi tui: quæ erat formula sententiæ prætoris in lite vindiciarum, id est, in lite de possessione, non in solemnibus manumissionis vindicta. Deinde etiam plane falsum est, quod de manumissione, quæ fiebat olim censu, puta servo nomen suum deferente in censum voluntate domini, ac si esset civis Romanus: quoniam soli cives Romani censebantur: cum, inquam, de hoc genere manumissionis ita scribit Ulpianum JC. scripsisse: Servi, qui in peculio too. haberent, aut quibus eas facultates dominus impertiret, si eos dominus à Censoribus in censum civium adscribi jussisset, libertatem consequebantur, civitatem assequebantur: Hoc vero si quæsieris ubi Ulpianus scripserit, frustra fueris diligens τῆς αὐθαδείας. Postremo etiam abutitur falso nomine Martiani Jurisconsulti, etiam notato in *l. 2. D. de offic. proconf.* Ac si ita scripsisset Martianus: *Apud legatum proconsulis manumittere non possumus, quia apud eum non est legis actio*. Non utitur hac ratione Martianus, cujus ætate jam manumissio desierat esse legis actio, sed utitur hac ratione, *quia non habent jurisdictionem talem*, id est, jurisdictionem voluntariam. Et hæc sufficiant ad hunc titulum. Die crastina explicabimus titulum sequentem.

AD TITULUM II.

DE TESTAMENTARIA MANUMISSIONE.

SERVI testamento manumittuntur, aut jure directo, aut fideicommissi: Et ut manumissi jure directo liberi fiant, & cives Romani, lex XII. Tabularum facit, ut nominatim scribit Ulpianus *lib. regul. tit.* 1. quæ quidem lex confirmat non tantum testamentarias hereditates, aut tutelas, aut legata, sed & libertates directas, *l. verbis*, *l. lege obvenire*, *de verb. significat.* fideicommissarias libertates lex XII. non novit, sed eas prætor tuetur, is, qui proprie de fideicommissis quibuscunque cognoscit, qui ab ea re prætor fideicommissarius dicitur. Hic autem titulus est de directa manumissione, sive libertate, quæ testamento relinquitur, quæ etiam codicillis relinqui non potest, nisi testamento confirmatis, quia confirmati habentur pro parte testamenti. Et hæc est alia differentia inter libertatem directam, & fideicommissariam: nam fideicommissaria, & ab intestato relinqui potest, & codicillis testamento non confirmatis, & quolibet scripto, vel etiam sine scripto, *l. ult. hoc tit. l. libertates*, *D. eod.* Hinc oritur quæstio *l. 1. hoc tit.* quia minor 20. annis, licet de re sua, pecuniave sua testamentum facere possit, non potest tamen ex lege Ælia Sentia in testamento servo suo dare libertatem, non alia ratione, quam quod libertas sit res inæstimabilis, impretiabilis, res sine pretio pretiosa, quæ non sit temere relinquenda à quolibet, nec cuilibet, nec nisi firmiore, gravioreque judicio, quam quo est is, qui pervenit ad pubertatem: à qua ætate incipit habere testamenti factionem, sed non jus manumittendi servi ante impletum annum 20. ex lege Ælia Sentia. Si igitur minor 20. annis testamentum fecerit, & in eo codicillos confirmaverit, quos postea faceret, hoc modo: *Si quos codicillos fecero ratos esse volo*: Ac deinde major factus codicillos fecerit, & in iis servo, aut servis libertatem dederit: an libertas valeat? quod non videbatur: quia ex regula juris, quæ in codicillis scribuntur perinde habentur, ac si in testamento scripta essent, *l. 2. D. de ju. codicill.* Atqui tempore testamenti minor fuit 20. annorum. Ergo non valet libertas, quam postea dedit major factus in codicillis, quod videatur eam dedisse cum erat minor, id est, testamenti faciendi tempore. Sed favore libertatis hic casus ab ea regula excipitur: ut (quemadmodum ait *l. 1.*) consideretur potius potestas judicii, quo scilicet fuit præditus major 20. annis eo tempore, quo in codicillis libertatem dedit: ut consideretur, inquam, stabilitas judicii (ut loquitur hac in re Justinianus *in fine tituli qui, & à quibus manum. in Instit.*) potius, quam potestas juris, id est, fictio juris & regula juris, quæ fingit scripta in codicillis post testam. factis, qui testamento confirmati erant, videri scripta tempore faciendi testamenti. Atque ita in causa libertatis valet potius potestas, firmitasque judicii, quæ viget in majore 20. annis, dum in codicillis dat libertatem, quam potestas, sive fictio juris: & ita ille locus *l.* 1. est explicandus. Nec omittendum, in quibusdam codicibus initio legis addi duo, vel tria verba, quæ non sunt contemnenda, maxime, quia rem perspicuiorem reddunt: nam sic legitur, *si codicillos, qui minor testamentum fecerat, major XX. &c.* Sic etiam in simili casu in *l. 4. ff. de ju. codicill.* si is, qui testamenti tempore non erat solvendo, codicillorum vero tempore erat solvendo, fuerit auctus facultatibus, libertas codicillis data, quo tempore erat solvendo, & par solvendo æri alieno, valet: licet ex lege Ælia Sentia non valeret si testam. data intelligeretur, cujus tempore inops fuit, & egenus: Sed plus valet veritas, quam fictio juris, cum quæritur de obtinenda libertate. Et quidem hoc caput legis Æliæ Sentiæ etiam hodie manet, de quo est *l. 5. hoc tit.* At illud caput ejusdem legis ne minor 20. annis testamento

ser-

servum suum manumittat, aut ne valeat libertas testamento data à minore 20. annis, hodie sublatum est à Justiniano *Novell.* 119. *cap.* 2. Et olim in ea parte etiam erat differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem: Nam directa libertas, quam testamento dedisset minor 20. annis, ipso jure nulla erat: fideicom. sustinebatur, si modo habuisset justam causam manumittendi servi, quam si eum manumisisset inter vivos, facile approbasset concilio: & ita accipienda *l.* 5. *tit.* 4. *inf.* & *l.* 4. *sup. de testam. mil. l.* 4. *§. item si minor*, *D. de fideicom. libertat.* Atque ita habuimus jam tres differentias inter directam, & fideicommiss. libertatem, quæ testam. relinquitur, vel codicillis. Addamus alias: Directa libertas non potest dari nisi iis, qui proprii testatoris fuerunt tempore faciendi testamenti, & tempore mortis: inutiliter datur servis heredis, aut servis alienis, *l.* 9. *hoc tit.* At constat fideicom. libertatem etiam servo alieno dari posse, ut scilicet heres rogatus eum manumittere, eum redimat, si possit à domino justo pretio, & redemptum manumittat, *l. deberi*, *tit.*4. *inf.* Item ut ostendit *l.* 10. *hoc tit.* directo manumissus statim ab adita hereditate liber sit, si modo sit pure manumissus, & si in testamento alterius cujusdam domini, in cujus olim potestate fuit, non fuit prohibitus manumitti, ut in *l.*7. *hoc tit. l. servus ea lege*, *D. de manumiss.* vel etiam si ejus libertati nulla lex obstet, ut lex Ælia Sentia, vel lex Fabia de plagio, nulla constitutio, nullum Senatusconsultum; ut in *l. si non lex*, *D. de hered. instit.* Et hoc est, quod ait *l.* 10. si nulla juris impediat constitutio: & similiter Ulpianus *in regulis*, *tit.* 1. nullo jure impediente: *Cives Romani* (inquit) *sunt liberi*, *qui legitime vindicta*, *aut censu*, *aut testamento nullo jure impediente manumissi sunt*. Hi si pure manumissi sint, statim ab adita hereditate eripiuntur in libertatem ipso jure: non tamen ante aditam hereditatem: etiamsi forte ante aditam hereditatem sumpserint pileum libertatis: Et ita est accipiendum, quod ait *l.*10. non sola pilei impositione eos fieri liberos: quod fit plerumque ante aditionem hereditatis: ut pileati prosequantur funus defuncti domini, qui ejus testamento directam libertatem acceperunt: sed expectari debere etiam aditionem hereditatis: antequam tamen (ut dixi) funeris ordinandi gratia simul atque defuncti, sumebant pileum attonso capite strictim, vel per pectinem: ut invenio apud Plutarchum libro *de fortuna Alexandri*: Nicomedem regem se appellasse libertum populi Romani attonso capite, sumptoque pileo, τὴν κεφαλὴν ξυρησάμενος καὶ πίλεον ἐπιθέμενος τῶν Ῥωμαίων εἶναι ἐλεύθερον. Et didici ex interpretibus Græcis *ad l. unic. §. sed & qui dominus*, *inf. de Lat. libert. toll.* ubi agitur etiam de pileatis servis, fuisse pileum ex lana alba, cum eum vocent ἔριον λευκόν, & Leo, & Constantinus Imperatores in novellis κάνιον, *veut dire une chose blanche*, οἰκέτης ἐν τῇ κεφαλῇ φορῶν κάνιον, *servus ferens album in capite*, scilicet pileum, *sequitur funus defuncti*. Et ita Livius lib. 27. *pileati aut in lana alba velatis capitibus Volones epulati sunt*, &c. fuisse etiam teretem, *en escuelle*, didici ex Lactantio *de opificio Dei*, *In figuram* (inquit) *pilei teres factus*. At ut ante dixi, directo manumissus non à sumptione pilei fit statim liber, sed ab adita demum hereditate; & ut ait eadem lex, libertus Orcinus, quo verbo passim utuntur nostri auctores, id est, nullius viventis libertus, ut ait *l.* 4. *de bonis damnatorum*: sed libertus defuncti, libertus Orci, Acherontis, Plutonis, Charonis, ut à Theophilo vocatur libertus Charonianus, & libertus familiæ defuncti, nullius certæ personæ libertus, *l. si socius*, *ff. de manum. testam. l.* 3. *§. si plane*, *D. de legitim. tutor.* Quomodo etiam heredes omnes possunt appellari Orcini heredes, quia defuncti sunt heredes: Viventis enim nulla est hereditas, *l.* 1. *ff. de hered. vendit.* Et ita Apulejus in *Apologia*, *Non diu est* (inquit) *cum se crebræ mortes propinquorum immeritis hereditatibus fulserunt*. *Unde & tibi potius*, *quam ob istam teteriorem faciem Charon nomen est*. Is autem, qui manumittitur per speciem fideicom. non est Orcinus libertus, sed viventis: puta ejus qui rogatu defuncti eum manumisit, *l. hi*, *quibus*, *tit.* 4. *inf.* Et quia de pure manumisso diximus, etiam adnotandum, pure manumissum videri, & libertum esse Orcinum eum, qui manumissus est in testamento, dispensatorem scilicet, vel actorem rerum domini, quem dominus posuerat super rationes suas sub conditione rationum reddendarum: quod mirum videri non debet: Nam & *l. aliquando*, *de condit. & demonstrat.* docet, legatum conditionale aliquando purum videri. Ita manumissus sub conditione rationum reddendarum, pure videtur manumissus, si modo reliquator visus non fuerit, si fuerit pariator, ut loquimur, id est, ejus rationes fuerint pares, non impares, paria accepta impensis, ut ostendit *l.*4. *hoc tit.* & *l. Julius*, *D. de condit. & demonstrat.* Is, qui est manumissus sub conditione, vel in diem, ut nec intelligatur pure manumissus, non fit statim liber, sed statuliber, de quo in *l.*13. cujus conditio, id est, statulibertas, quæ est media inter servitutem, & libertatem (ut ea lex ostendit, & plurimæ in titulo de statuliberis) nec alienatione, nec usucapione mutari potest: & is, ita demum vocatur statuliber, si sit directo manumissus, non si sit manumissus per fideicom. nam statuliber interim non intelligitur esse heredis: manumissus per fideicommissum, sub conditione, vel in diem interim est heredis pleno jure, *l.*11. *D. de legat.* 2. *l. etiam*, *§. ult. D. famil. ercisc.* Denique statuliberorum nomen tribuitur tantum directo manumissis sub conditione, vel in diem, non etiam similiter manumissis per fideicommissum: quia statuliberorum nomen est ex 12. tabulis, quæ non noverunt fideicommissa. Et hæc est alia differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem. Et adnotatur etiam alia ad *l.* 5. Libertas data in fraudem creditoris, vel patroni ipso jure nulla est, id est, ex lege Ælia Sentia: sed in definitione fraudis distinguimus directam libertatem à fideicommissaria: nam si sit directa libertas, fraudem æstimamus non ex eventu solo, sed ex consilio testatoris, qui directo manumisit, id est, desideramus etiam, ut testator habuerit animum fraudandorum creditorum: at si sit fideicommissaria libertas, eventus sufficit, id est, fraus in re ipsa, ut scilicet ob manumissum servum per fideicommissum non sint in residuo habituri creditores æs suum: Et ratio differentiæ est notissima: quia libertates fideicommissariæ non debent præstari, nisi deducto ære alieno: quod si deducatur integrum servis non computatis, qui sunt manumissi per fideicommissum, tum præstabitur eis fideicommissaria libertas: sin minus, replebunt æs alienum, nec liberabuntur per fideicommissum. Et hoc ostenditur in *l.*1. & *l. ult. inf. qui manum. non poss.* & *l.* 1. *§.* 1. *D. si quis in fraud. patr.* & *l.* 4. *§. si quis igitur*, *D. de fideicom. libert.* Adhuc restant alia quædam in hunc titulum, quæ tamen absolvemus die crastina. His, quæ heri diximus addamus: Ut valeat libertas testamento data verbis directis multa requiri, ac primum quidem, ut testamentum sit jure perfectum, alioquin neque jure directo, neque jure fideicommissi libertas valet: nisi testamento sit inserta clausula codicillaris, *l.*1 *t.h.t.* hoc obtinet etiam in fideicommissaria libertate, & in quolibet fideicommisso, *l. ex legato*, *sup. de fideicomm.* & in legatis omnibus, *l.*2. *sup. si adversus solut.* quæ, ut paritas inscriptionis, & subscriptionis suadet, cum hac *l.*11. ita conjungenda est, ut nec testamento, quod jure non subsistit data libertas valeat, nec legatum: & si forte ex testamento injusto, & imperfecto solvatur legatum, ut possit repeti condictione indebiti, & si ab herede minore 25. annis per ignorantiam solutum sit, beneficio restitutionis in integrum: quia minori 25. annis jus ignorare permittitur, *l. pen. in prin. D. de jur. & facti ignor. l.* 5. *de lege Corn. de fals. l.*6. *sup. de iis, quibus ut indig.* Non autem est satis si testamentum, in quo data est libertas, sit jure perfectum: sed oportet etiam, ut postea irritum non fiat, aut vivo, aut mortuo testatore: ut puta, si post mortem testatoris memoria ejus damnata sit, si nomen ejus posteris in-

interdictum sit: Nam hoc genere testameotum ejus ir- A ritum fit, *l. 2. hoc tit. l. 6. §. sed ne eorum, D. de inj. rupt. testam.* veluti ex causa perduellionis, ex qua in historiis legimus innumeros post mortem fuisse damnatos. Et quod alibi non legitur, Bartolus noster, in *l. 1. D. de requir. reis*, refert Dantis memoriam, sive ille fuerit Poeta, sive philosophus, uterque fuit Florentinus, Dantis illius Alligerii (*il s'appelloit ainsi*) memoriam fuisse damnatam à pontifice, quod scripsisset, Imperium non pendere ex auctoritate Romanæ Ecclesiæ *in libro de monarchia*, quem se vidisse Bartolus scribit: & ita non dudum est formis expressus ab Opporino cum aliis libellis Alciati, & Radulphi, & Jordanis ejusdem argumenti. Quod dixi de irrito testamento, ut in eo data libertas nullo jure valeat, idem etiam est si destitutum sit testamentum, id est, si ex eo adita hereditas, vel adquisita alio modo B non sit, *l. 2. hoc tit. l. 1. tit. 4. inf.* At quæ libertas semel competit adita hereditate, vel suo herede existente, statim ipso jure à morte testatoris, quæ libertas etiam competiit, statim non revocatur: etsi postea heres per restitutionem in integrum abstinuerit hereditate, *l. 3. hoc tit. l. sciendum, D. eod. l. 4. §. quid ergo, D. de fideicommiss. libertat.* Idemque est, etiamsi ei, qui petiit sibi bona addici libertatum conservandarum causa, qua de re inferius dicemus, & sic hereditatem adivit, postea bona abstrahantur ab eo, qui meliorem, & ampliorem conditionem offerat creditoribus, & manumissis, *l. ult. §. ult. inf. hoc tit.* Ubi legendum est, *abstrahantur*, non *distrahantur*. Idemque est etiamsi heredi, qui semel adivit testamento, postea heres legitimus evincat hereditatem perlusorio judicio, id est, dum heres scriptus cum eo C colludit, & se vinci patitur, injustumque testamentum pronunciari in fraudem manumissorum: nam hæc fraus non est fraudi manumissis, sive libertatibus, quæ semel ab adita hereditate competiere, quia lusorium illud judicium est: quod *l. 12. hoc tit.* ait esse ex constitutione Antonini Pii, ut mirer cur glossa id referat ad edictum si quis omissa causa testamenti, quæ ad hanc speciem nullo modo accommodari potest, nec recordetur *legis à sententia, & l. si perlusorio, ff. de appellat.* in quibus fit mentio ejusdem constitutionis D. Pii: nihil igitur est, quod difficilius revocetur, quam libertas, quod apparet etiam ex multis aliis partibus juris, ut *l. si ex causa, §. ult. ff. de minorib. l. ult. sup. si advers. libert. l. 4. sup. de inoffic. testam. l. 1. tit. 1.* hujus libri, qua de causa & olim libertas data testamento, ab ipso testatore adimi non potuit, ut D indicat *l. 10. §. ult. ff. de manum. testam. & l. si servus, ff. de fideicommiss. libertat.* & hodie etiam vindicta datam libertatem constat, à domino adimi non posse, nisi ex causa ingratitudinis, qua ex causa & donatio quælibet revocatur. Ad hæc notandum est, quod si ideo non adeatur hereditas, neque ex testamento, neque ab intestato, quod nimis laboret ære alieno, libertatum relictarum conservandarum gratia, simul atque famæ defuncti, quæ laboraret, si bona ejus nomine distraherentur à creditoribus, quod erat turpe, & ignominiosum, licet servo testamento manumisso satisdationem offerre creditoribus hereditariis pecuniæ debitæ, vel partis, prout inter eum, & creditores convenerit, & polliceri manumissis libertates: atque ita eum hereditatem excluso fisco obtinere simul, atque libertatem sibi adscriptam ex consti- E tutione D. Marci: de qua in *l. 6. & ult. hoc tit.* Idem etiam licet offerre cuilibet extraneo homini libero, & sic eam hereditatem adire, quæ vacat. Imo idem quoque licet servo non manumisso in testamento, qui si admittatur, si audiatur, & ei addicantur bona, quæ vacant, erit heres, aut tanquam heres, & liber, qui cæteris conservat hoc modo amplectendo bona, relictas libertates: nec .n. potest esse heres domini sui sine libertate: igitur fit liber, qui conservat libertatem cæteris, licet ipse non sit scriptus liber. Et hi omnes admittuntur ex Sententia Ulpiani, etiamsi res non sit integra .i. etiamsi bona distracta sint à creditoribus. Sed admittuntur intra annum tantum post venditionem bonorum ex Ulpiani sententia,

A ut dixi: & contra constitutionem Severi, ut ait *l. ult. hoc tit.* & in eo, quod refert ex Ulpiano, & Severo, est singularis, *il ne se trouve point autre part*, Divus Severus non nisi re integra .i. ante venditionem bonorum admisit eam petitionem, & oblationem, & addictionem bonorum vacantium. Nec deerant argumenta pro Severo *ex l. quod si minor, §. Scævola, ff. de minor. l. ult. sup. de repud. hered.* At ex hac lege ultima, intra annum post venditionem bonorum ut licet beneficio constitutionis D. Marci. Ideoque ut l. ult. ait, interim intra annum emptores bonorum nihil novi patiantur, quæ verba nullo modo intellexit gloss. .i. intra annum potest venditio rescindi: Nondum igitur sunt possessores firmo, & perpetuo jure: quamobrem nihil ab eis interim exigitur: & hoc est, quod ait, interim eos nihil novi pati. Hoc est perspicuum. Et B hic unus locus tantum erat obscurus *l. ult. h. t.* In his vero, quæ ex ea lege resultant, nova, & inopinata hæc sunt, quarum potes intelligere ex supradictis, ut ex testam. hereditatem adire possit qui testamento heres scriptus non est, ut ei competat velut ex testamento libertas, cui testamento non est data libertas: ut ii servi manumissi testamento, quibus non placet sibi conservari libertatem, remedio constitutionis D. Marci, inviti liberi non fiant, & cives Romani, in *l. ult. §. sin vero quidam*: alias enim civitas Romana datur invito, ne quis dedecoret dignitatem tantæ civitatis, dum oblatam eam spernit, quam alii magno redimunt, & impetrant ægre, ut Hermias scribit *Ecclesiasticæ hist. lib. 1. cap. 9.* *πολλοῖς ἱδρῶσι κτώμενον εἶναι τὴν πολιτείαν Ῥωμαίων. magno sudore parari justam libertatem*, quam, inquit, vocant *πολιτείαν* Romanorum, id C est, civitatem Romanorum: & eleganter Leo Imperator in *Novella* 102. aliud beneficium esse si quis cogatur accipere beneficium, id est, duplex beneficium *φιλανθρωπίαν καὶ εὐεργεσίαν*: atque ita invito libertas datur, & civitas: non tamen in causa *l. ult.* Et quidam sunt adeo prono, & infelici ingenio, ut liberi esse nolint. Servus apud Plautum in *Querulo*. *Nobis*, inquit, *quotidie sunt nuptiæ, natales, debaccationes, ancillarum feriæ, propter hoc quidam nec manumitti volunt*. Et ut hæc hora finem afferat huic quæstioni de testamentaria manumissione.



AD TITULUM III.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

NOTANDUM & titulum tertium de lege Fusia Caninia sublata pertinere ad libertates testamento datas jure directo, quibus lex Fusia Caninia certum modum imposuit: puta ne quis in suo testamento universam suam familiam manumitteret, qui tamen vindicta universam manumittere potest. Et ratio differentiæ est evidens, quia quo liberaliores sunt, qui moriuntur, quam vivunt, eo magis cohibendi sunt, & coercendi, ne rem suam omnem perdant, & heredibus parum, aut nihil relinquant, præter nudum nomen. Et eadem ratione cur Senatusconsultum Vellejanum succurrit mulieri se obliganti pro alio, non alii donanti: quia, ut ait *l. 4. ff. ad Senatusconf. Vellej.* facilius mulier se obligat, quam donat: E igitur cohibenda fuit intercessio mulieris, non certe donatio. Cur etiam lex Julia probibuit hypothecam prædii dotalis, non etiam venditionem, ut est in *§. 1. Inst. quib. alienare licet, vel non*, quoniam unusquisque facilius hypothecæ opponit res suas, quam vendit, & abalienat. Cur etiam in *l. ult. inf. de præd. curial.* decurio prædia sua prohibetur vendere, non etiam donare? nimirum quia facilius quis res suas vendit, quam donat: unum indiget fræno, non alterum. Cur etiam ex *Nov. 134.* si mulier se obligaverit pro marito, ipso jure non teneatur, si pro alio, ipso jure tenetur? nimirum, quia mulier facilius se obligat pro marito, quam pro extraneo. Cur, ut est in more Parisiensium, potest Parisiensis inter vivos omnia sua bona alienare, & testamento relinquere non nisi certam partem?

quo-

quoniam facilius relinquimus morientes, quam alienamus viventes. Ex his intelligimus satis, qua ratione hanc differentiam lex Fusia Caninia imposuerit inter manumissionem inter vivos, & testamentariam. Et notandum, quod hic titulus tertius præponatur titulo quarto de fideicommissariis libertatibus: & proxime jungatur titulo secundo, qui est de directis libertatibus, ex eo apparere, quod alii non observant, legem Fusiam Caniniam non pertinuisse ad fideicommissarias libertates testam. relictas: quia scilicet eæ non auferunt heredibus totum servum: quoniam quidem eis conservantur commoda juris patronatus, quæ sunt amplissima: directis igitur libertatibus tantum lex Caninia certum numerum præscripsit, quem intellexit proculdubio *l.pen. C.Theod. de Judæis*, illo loco, *libertatibus obtinentibus si intra legitimum numerum fuerint*, id est, intra numerum legis Caniniæ: Et quis ille numerus fuerit, quive modus, luculenter exposuit Ulpianus *in regulis*, & Gajus *in Instit.* & Paulus *in Sententiis*: ut qui habet duos, tres, quatuor, vel quinque, duos tantum testamento verbis directis manumittere possit: & qui sex, aut septem, tres duntaxat, & cætera, quæ illi enarrant prolixe. Verum ad extremum lex Caninia cavet, etiamsi quis habeat ingentem numerum servorum, ut ne testamento supra centum manumittat, & inde Vopiscus in Tacito: *Servos manumisit, intra centum tamen, ne Caniniam transire videretur*. Et de eadem lege fit mentio in *Querulo* Plauti his verbis, *Ad legem Porciam, Caniniam, Furiam, Fusiam consulibus Torquato, & Taurea*: quod si quis servos suos manumiserit supra numerum legis Caniniæ, ii, qui priores nominati erunt, & manumissi, pervenient ad libertatem usque ad legitimum numerum: reliqui manebunt servi: quod etiam servatur in lege Ælia Sentia, quæ vult, ut is, qui non est solvendo, possit unum tantum servum heredem necessarium facere, & liberum, ut bona veneant ejus nomine potius, quam defuncti: etsi plures manumiserit in fraudem creditorum, ut is tantum, qui prior nominatus fuerit, liber, & heres sit, in *l. qui solvendo 2. & l. si non lex, §.1. ff.de hered. instit.* Sed tamen in lege Fusia Caninia, vel in lege Ælia Sentia, si plures servi liberi esse jubeantur ultra legitimum numerum in orbe tereti, *en un cercle*, ita ut non appareat quis sit primus, quis imus, ut si in orbe tereti, ita scribas, *Stichus, Pamphilus, Davus, Eros, & in area orbis, liberi sunto*. Quid fiet? Nam ut recte dixit Plato in Timæo, in Sphæra non est invenire τόπον ἀνώτατον: id est, *non est in sphæra locus superior, nec inferior*. Et hoc casu propter incertum ex utraque lege placet nulli servo competere libertatem: & ita Gajus scribit in Institutionibus, & probat *l.qui solvendo, & l.sequens, ff. de hered. instit.* Verum in constitutione hujus tituli hoc caput legis Caniniæ sustulit Justinianus, quod tamen habuit summam rationem, ut scilicet nulla esset differentia inter manumissionem vindicta, & manumissionem testamento: ut utroque genere possit quis universam suam familiam liberare; sed non sustulit totam legem Caniniam: nam hoc adhuc ea lege manet, ut servis relinquatur libertas nominatim, *§. libertas, Instit. de legat.* qua de causa, quid sit nominatim, explicabitur *in l.nominatim, ff.de manumiss.testam.*

AD TITULUM IV.

DE FIDEICOMMISSARIIS LIBERTATIBUS.

DICEBAM nudius quartus, legem Fusiam Caniniam non pertinere ad fideicommissarias libertates testamento relictas .i. non eis libertatibus certum numerum eam legem præscribere, sed directis tantum. At hoc profecto verum non est. Moveor eo, quod *lex si legatarius, §.1. ff. de fideicom. libertat.* ponit testatorem, qui tres tantum servos habebat, duos manumisisse per fideicom. qui certe fuit modus legis Caniniæ, ut qui tres haberet, duos tantum testam. manumittere posset: denique servavit testator modum legis Caniniæ, etiam in relinquendis fideicom. libertatibus. Moveor quoque *l.si quis eum, ff. de condit. & demonstrat.* quæ est inscripta ad legem Fusiam Caniniam, & loquitur de fideicom. libertate. Verius igitur est, legem Caniniam coarctare non tantum directas, sed & fideicommissarias libertates. Ideoque dicamus titulum de lege Fusia Caninia fuisse positum in confinio tituli superioris, qui est de directis libertatib. & tituli sequentis, qui est de fideicom. quoniam ea lex communis erat utrique titulo. Et nunc veniamus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus. Non tantum directæ libertates in testamento, vel codicillis relinqui possunt, sed & fideicommissariæ, id est, quæ verbis precariis relinquuntur: dum tamen, ut ait *l.libertates, ff.eod.* ea verba sint vulgaria, id est, usitata, & quibus voluntas testatoris exprimatur, qualia sunt, *Peto, Rogo, Volo, Mando, Fideicommitto, §. ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Verbum autem *Commendo*, *Commendo tibi illum servum*, non satis exprimit voluntatem defuncti, non satis exprimit fideicommissum, denique non est verbum precarium, quod necessitatem non imponit, sed arbitrium permittit ei, cui servum commendat: Et preces testatorum sunt permistæ necessitati: ut de precibus tyrannorum inquit Plato, & Publius Syrus, *Cogit rogando, qui rogat potentior*, & Accursius in *l.1. ff. quod jussu. Rogatio domini*, inquit, *est præceptum*: At qui commendat, nihil adprecatur, ergo necessitatem non imponit: nec fideicommissum facit, *l.12. hoc tit.* Et quod ait *l.12. §.1. ff.eod tit.* his verbis, *Illos servos tibi commendo, ne cui alii serviant*, fideicommissariam libertatem relictam videri: etiam detracto illo verbo *Commendo*, idem esse si hoc solum dixisset, *ne cui alii serviant, l.9. l.10. l.rogo, l.generaliter, §.si petitum, ff. eod.tit.* Nihil ergo potest, nihil efficit, nihil adjicit in eam rem *Commendo* verbum. Porro directæ libertates statim ab adita hereditate, vel si necessarius heres sit, statim à morte testatoris ipso jure competunt velut ex testamento, sine ullo facto, aut voluntate heredis, non tamen sine herede, qui adierit, vel extiterit: nam ab heredibus relinquuntur: & ut dicimus, *legare ab herede illo, vel illo*, ita *manumittere*. Quintilianus *declamat.* 388. *Hunc* (inquit) *à filio manumissi*. Et post mortem quoque heredis olim inutiliter relinquebantur, ut Ulpianus scribit *libro regularum tit. 1.* fideicommissariæ autem libertates præstantur ab herede, vel legatario, vel fideicommissario, qui rogatus est manumittere servum defuncti, vel servum proprium, vel servum alienum: nec sine illius manumissione, sine illius facto, & voluntate is servus ad libertatem pervenire potest, *l.11. hoc tit.* nisi latitet is, qui rogatus est servum manumittere, id est, nisi fraudandæ, frustrandæ, detrectandæ libertatis gratia, non justa ex causa absit, vel nisi evocatus à magistratu fideicommissariæ libertatis nomine potestatem sui non faciat: quo casu, ut ait *d.l.11.* contra latitantem interposito decreto, id est, si causa cognita prætor, aut præses pronunciaverit libertatem servo deberi, statim fit liber, & libertus Orcinus, licet non fuerit directo manumissus: videlicet si servus testatoris fuerit; quod est ex SC.Rubriano, quod factum est Rubrio consule. Non est igitur libertus ejus, qui rogatus est, ne is habeat commoda juris patronatus, qui non manumisit, quive precibus defuncti non obtemperavit. At si is servus, quem heres rogatus est manumittere, servus heredis fuerit, heres non amittit libertum, id est, fit libertus heredis, etsi latitaverit heres, vel abfuerit non justa ex causa, quod est ex SC. Junciano. Et ita suum quodque SC. reddere oportet ad *l. 5. ff. eod. tit.* Absente autem justa ex causa eo, qui fideicommissariam libertatem præstare debet, non in fraudem libertatis, ex decreto quidem eo absente servus fit liber, sed absens non perdit jus patronatus, non perdit libertum, quod est ex SC. Dasumiano, de quo in *ff. eod.tit.* Igitur cum quæritur de libertate servi absente domino, qui rogatus est eum manumittere, non distinguimus utrum absit justa, an

an non justa ex causa, quia omnimodo libertas servo servatur. At cum quæritur cujus fiat libertus, si dominus absuerit, tum distinguitur: & si absuerit non justa ex causa, dicimus eum fieri libertum Orcinum: si justa ex causa, eum fieri libertum domini. Et male Græci in *l.29. ff. eod. tit.* pro *libertas*, legunt *libertus*: quam lectionem etiam infirmat *l. 10. §. 1. ff. eod. tit.* Quod autem diximus de latitante, vel absente non justa ex causa herede, qui fideicommissariam libertatem debet, id etiam obtinet ex constitutione Justiniani in eo herede, qui neque latitat, neque abest, si moram fideicommissariæ libertati faciat, ut scilicet ex sententia prætoris, vel præsidis servus eripiatur in libertatem, & fiat libertus Orcinus, non libertus heredis, qui non exequitur voluntatem defuncti, qui moras trahit in præstanda fideicommissaria libertate, *l. 15. h. tit.* Moram autem facit heres, qui petitam suo tempore libertatem non præstat, *l. 4. hoc tit.* Opus est petitione, interpellatione, ut mora fiat in personam heredis: videlicet, si libertas fideicommissaria sit relicta majori 25. annis: nam si minori 25. annis, semper mora ei fit in rem, id est, sine petitione, sine interpellatione ex solo tempore tardæ præstationis, *l. cum vero, §. apparet, ff. eod. l. 3. sup. in quibus causis in integ. restit. non est necess.* Majori autem non fit mora ex die tardæ præstationis, ex die, quo libertas peti potuit, sed ex die, quo petita est interpellato herede, *d. §. apparet*, quod notandum: quia quod vulgo dicitur, diem interpellare pro homine, non est verum, nisi in pœnalibus causis, ut docui in *l. trajectitiæ, de obligat. & action.* scilicet quando dies adjicitur, ut quid detur, vel fiat: ita ut qui ad eum diem non fecerit, aut dederit, incidat in pœnam certam, quia in causis pœnalibus severius agitur cum eo, cum quo nobis res est, pœnæ adjectio plane demonstrat, quod agitur, ut summo jure agatur, denique ut dies solus interpellet satis: imo etiam ut post diem non possit purgare moras oblata pecunia, vel re debita, & se liberare pœna, quam commisit: *Ita lex trajectitiæ, & l. maximam, inf. de contrab. stipul. l. 2. sup. de jure emphyteutico*; extra causas pœnales dies non interpellat pro homine: ut demonstrat *lex cum filiusfam. §. ult. ff. de verborum obligat.* quæ ex contrario sensu demonstrat post diem esse necessariam interpellationem, ut reus constituatur in mora. Hic vero nobis explicanda est *l.4. hoc tit.* quam ante adduxi: & explicanda ex jure veteri, quod nostri ignorarunt, atque adeo præclarissimum sensum hujus legis. Sciendum est quosdam esse manumissos, qui dicuntur ex voluntate domini in libertate morari, quod quid sit mox intelligemus: & non esse liberos, sed ex voluntate domini in libertate morari, ut sunt manumissi inter amicos, *§. multis, Inst. de libertinis*: Tales manumissiones frequenter occurrunt in Comœdiis. Et manumissi per Epistolam, *l. qui absenti, de adquir. possess.* & manumissi per mensam, ut Theophilus noster loquitur in titulo de libertinis, & ut Cajus loquitur in Institut. Convivii adhibitione, puta si dominus servum convivio excipiat: sicut dicebant homines Deos fieri, si adhiberentur conviviis Deorum, illo loco, *Tu das epulis accumbere divum*. Et illo: *Nec Deus hunc mensa, Dea nec dignata cubili est*. Qui ita manumittuntur, veteri jure non fiunt liberi, sed serviendi tantum metu dimittuntur, quamdiu domino libuerit: nam mutata voluntate domini, per vim in servitutem reduci possunt, & cogi ut serviant, quod tamen prætor non permittebat, ut Ulpianus scribit in fragmentis quibusdam regularum: & interim quidquid adquirebant, domino, à quo ita erant manumissi, tanquam servi adquirebant: solo enim onere serviendi liberati erant: Sed postea lex Junia eis dedit propriam libertatem, qui manumissi essent inter amicos, per epistolam, aut per mensam, videlicet ut fierent non cives Romani, sicut qui manumittuntur vindicta, aut censu, aut testamento, sed fierent Latini, qui & ab ea Junia dicti sunt liberti Latini Juniani: dum autem hoc voluit lex Junia ut illi fierent Latini, hoc voluit, ut eodem jure essent, quo olim erant Latini Colonarii, deducti in coloniam, ut *inf. titulo 6.* qui tamen Latini Colonarii, quod pauci, aut nulli explicant, tempore latæ legis Juniæ mutarunt istam conditionem, quia tum omnes erant cives Romani, mutata Latinitate in civitatem Romanam ex lege Junia, ut Cicero ait pro Balbo: lege Junia Latinis datam civitatem. Et hoc est, quod eleganter ait Ulpianus illo loco: Lex Junia manumissos inter amicos exæquavit Latinis Colonariis, qui tunc erant cives Romani, & nomen suum in civitatem dederant. Non hoc vult Ulpianus, exæquatos esse Latinos Junianos Colonariis, ut tunc erant cives Romani, sed ut fuerant olim non cives Romani, sed Latini Colonarii: Ergo sublata conditione Latinorum Colonorum, emersit illi similis conditio Latinorum Junianorum, qui ut eodem essent jure, quo olim erant Latini Colonarii: puta ut certis modis possent pervenire ad civitatem Romanam, ut etiam Livius lib. 41. scribit, Latinos Colonos pervenisse ad civitatem Romanam beneficio stirpis liberorum, aut lege, aut migratione, aut censu, aut magistratu, ut est addendum ex Asconio Pædiano *in orationem in Pisonem*. Et ita Ulpianus in *tit. de Latinis* docet, Latinos Junianos certis modis fieri cives Romanos. Hoc cognito facilis erit species *l. 4. hoc tit.* Finge: heres rogatus est ancillam manumittere, & qui ita rogatus est, quod summe notandum, semper intelligitur rogatus præstare justam, & legitimam libertatem, id est civitatem Romanam, non Latinam libertatem, *l. generaliter, §. hostium, ff. eod.* Porro heres moram fecit in præstanda fideicom. libertate .i. petitam non præstitit, sed ancillam morari sivit in libertate: Puta manum. inter amicos, aut per convivium, aut per epistolam: post moram ancillæ factam edidit partum. Lex ait ex constitutionibus, quæ factæ sunt ad Senatusconsultum Rubrianum, partum nasci ingenuum post moram factam ancillæ manumittendæ ex fideicommisso: Atq; ita evenit ut ex ancilla ingenuus nascatur, ut ait *l. 1. §. quæri, ff. de suis, & legit. hered.* quia ipsa etiamsi passa sit moram, nondum est libera: qui voluntate domini in libertate moratur non est liber. Nec obstat *lex cum quasi, §. ult. ff. eod.* quæ ait ad justam libertatem pervenisse servum, qui voluntate heredis in libertate moratur. Justa, & legitima libertas, id est civitas Romana, *toujours*: Sed ne fallamur, lex non dicit simpliciter, qui in libertate moratur voluntate heredis, sed qui præstandæ fideicommissariæ libertatis causa voluntate heredis in libertate moratur, id est, cui præstitit fideicommissariam libertatem effectu ipso, dum animo præstandæ ejus, eum sivit in libertate morari; hic utique fit liber, & civis: alioquin voluntas nuda sinentis servum morari in libertate non facit eum liberum: sed neque post moram factam præstandæ libertatis legitimæ servus fit liber secudum jus vetus: nam ex constitutione Justiniani, id est, ex *l. 15. hoc tit.* Post moram factam ancillæ ex sententia præsidis, vel prætoris ipso jure ancilla fit libera: ut non mirum sit hodie, si ingenuum pariat, & si ei partus intestatæ succedat, & vicissim illa partui intestato, ut in *l. ult. sup. de S.C. Orfit.* quæ conjungenda est omnino cum *d. l. 15.* utriusque eadem est inscriptio, & subscriptio: & plurimum illustrat *d. l. ult. hanc l. 15.* Et hoc post moram factam, id est, ex die petitæ libertatis fideicommissariæ: nam ex die, quo peti potuit libertas, nec tamen petita est (qui dies non inducit moram) qui nascitur partus, servus nascitur: sed postea matri manumissæ traditur, ut ab ea manumittatur, id est, ut ipsa sit patrona potius, quam heres, qui suo tempore non reddidit libertatem fideicommiss. *l. si prægnantem, & l. cum vero, §. apparet, ff. eod.* Et ita est explicanda *l.4.h.tit.* Reliqua explicabimus die crastino. His, quæ heri diximus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus, hodie addam quæ in eo invenio esse communia inter directas, ac fideicommissarias libertates. Ac primum, ut destituto testamento, id est, non adita hereditate, nec eæ, nec illæ competant, nisi testamento adjecta sit clausula codicillaris, quæ huic oneri subjiciat

etiam

etiam legitimum heredem, *l.1. h. tit.* quæ obtinet etiam rupto, aut injusto, aut irrito testamento: Verum ut additur in fi. *l.1.* si heres scriptus pecunia accepta à legitimo herede destitueeit, repudiaveritque testamentum, hoc casu cogetur servo præstare libertatem, quod in eo constitutiones induxerunt exemplo ejus, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem: & servatur etiam in directis libertatibus: & male Accursius in fi. *l.1.* prius conveniri possessorem hereditatis, id est, legitimum heredem: cum aperte lex dicat, heredem scriptum, qui pecuniam accepit à legitimo repudiandi testamenti gratia, servo libertatem præstare compelli. Igitur prius convenitur heres scriptus, ac deinde si solvendo non sit, heres legitimus, qui possidet hereditatem, *l.10. ff. si quis omiss. cau. testam.* quia ex causa debita fideicommissariæ libertatis servus in judicio potest consistere adversus dominum; dominum in judicium vocare potest, & petere fideicommissariam libertatem ab eo, *l.vix, ff. de judic. l. de libertate, ff. de fideicommiss. libertat. l. mulier, §. non tamen, ff. ad Trebell. l. Titius, ff. de action. emp.* Et quod ait *l. 2. & l. 4. ff. si quis omiss. causa testam.* prius excuti possessorem, id est, legitimum heredem, quod fefellit Accursium, tunc duntaxat locum habet, cum heres scriptus à legitimo nullam pecuniam accepit repudiandi testamenti gratia: non cum accepta pecunia à legitimo herede repudiavit testamentum: Nam hoc casu, quo heres legitimus non habet lucrativam possessionem, prius convenitur de libertate fideicommissaria, vel etiam directa, ne servum retineat in servitute, heres scriptus, quam legitimus. Et hoc tantum adnotandum est ad *l. 1.* Est etiam hoc commune tam directis, quam fideicommissariis libertatibus, ut competant, satis esse ex pluribus heredibus si vel unus hereditatem adierit, *l. si legato, §. ult. l. testam. ff. de manumissis testamento, l. 8. hoc tit.* Licet ab eis, qui repudiaverunt hereditatem, nominatim libertates relictæ sint: nam portiones repudiantium, ei, qui adiit adcrescunt cum suis oneribus, *l. Titio, §. ult. de legat. 2.* Est autem species *l. 8.* dilatanda, & explicanda hoc modo ex *l. Lucius, ff. eod.* Uxor, *& filius mihi heredes sunto: Stichum liberum esse volo, si ita placeat uxori meæ.* Uxor repudiavit hereditatem: Portio ejus adcrevit filio coheredi, quem Sticho libertatem præstare oportebit: quod utique certissimum, si uxor non contradicat: nam taciturnitas uxoris consensum imitatur, quid si contradicat? Hoc vero non faciat me auctore, cum post repudiationem nihil ejus intersit Stichum non manumitti: sed si hoc faciat tamen, id est, si dicat sibi displiceee libertatem Stichi, sane non audietur: neque enim est indulgendum malitiæ ejus, nihil latuez, nisi ut officiat, ex *l. in fundo. ff. de rei vindicat.* est etiam commune utrisque libertatibus, quod proponitur in *l.2. hoc tit.* ut si ex codicillis libertas competierit, vel præstita sit, qui postea falsi pronuntiati sint, non ideo eevocetur libertas, quæ contigit semel: sed ex constitutione Hadriani, ut manumissus heredi præstet 20. aureos quasi pro pretio sui capitis, *l. cum ex falsis, ff. de manum. testam. l. pen. ff. de jure patronat.* ut, inquam, præstet 20. aureos: nam hoc erat commune pretium servi unius, *l. si fundum sub conditione, §. si libertus, ff. de leg. 1. l. Papinianus, §. ult. & l. seq. ff. de inoffic. testam. l. 4. sup. de servis fugit.* Et ideo vectigal vicesimæ, quod ex lege Manlia inferebatur ærario pro servo manumisso, olim fuit unus aureus tantum. Et ponenda ita est species ad hanc *l. 2.* Servum Titio legavi, & ab eodem servo reliqui fideicommissariam libertatem: eam legatarius præstitit, quam defunctus reliquerat codicillis, ante motam quæstionem falsorum codicillorum, & ita servo contigit justa libertas, quæ etiam ei conservabitur, liceat postea codicilli falsi pronuncientur, adnumeratis heredi 20. aureis. Nec quicquam obstat *l. ult. sup. de petit. hered.* quam objicit Accursius, quia libertas, quæ semel contigit, conservatur. At in specie *d. l. ult.* testamento falso pronuntiato, in quo erant relictæ libertates, illæ non intelliguntur contigisse servis, quod nemo eas dederit in ea specie, aut præstiterit: neque enim finguntur obtigisse ipso jure. Quod etiam est in *l. 10. hoc tit.* porrigi debet & ad directam libertatem ex *l. si ita scriptum, ff. de manum. testamento.* Species hæc est: Testator ita dixit, *filius heres esto: Stichus, cum filius meus pervenerit ad 25. annum, liber esto:* vel per fideicommissum hoc modo: *Stichum, cum filius meus pervenerit ad 25. annum liberum esse volo:* hoc est verbum precarium: Filius decessit impubes heres ejus præstituta die, qua si filius viveret, pertingeret 25. annum, Sticho libertatem præstabit, *l. 10. hoc tit.* quia non intelligitur data sub conditione, si filius ad eam ætatem pervenerit, sed in diem certum, in diem justæ ætatis: quæ interpretatio jure singulari recepta est favore libertatis, ut ait *l. 23. §. pen. ff. eod.* namque aliud est in fideicommisso pecuniario: quandoquidem si quis ita legaveeit, *Titio cum pervenerit ad annum 25. fundum illum dari volo:* Titio mortuo ante eam ætatem, fideicommissum ejus heredi non debetur, nec præstituta die, quia intelligitur fuisse conditionale, *l. si Titio, ff. quando dies leg. ced.* Neque *l. 10. hoc tit.* quicquam obstat *l. 8. sup. de testam. manum.* quæ dicit conditionalem libertatem esse ita relictam: *Stichus liber esto tempore nuptiarum filii mei:* & ideo mortuo filio ante nuptias contractas, Sticho non deberi libertatem, quia defecit conditio. Cur etiam in specie *d. l. 10.* non dicimus libertatem esse conditionalem? Differentia est in perspicuo: quoniam *d. l. 8.* non expressit certam ætatem, cum filius pervenerit ad illam ætatem, ut non possit videri libertas data in diem certum: sed expressit tantum casum nuptiarum, qui conditionalem manumissionem fecit. Porro in hac specie *l. 10.* ut jam dixi, apparet differentiam esse inter fideicommissariam libertatem, & fideicommissum pecuniarium. Et addi potest alia differentia ex *l. Paulus respondit, ff. de fideicomm. libert.* Si per fideicommissum relinquam rem alienam, valet fideicommissum, si sciero esse alienam, si sciens hoc fecero: sed si ignoravero, id est, si eam reliquero ut meam, non valet fideicommissum: quia forte si scissem eam rem, eumve servum esse alienum, non legassem: denique servi alieni fideicommissum non valet, quem quis alii reliquit ut suum, nesciens esse servum alienum: At fideicommissaria libertas etiam ab ignorante data servo alieno tanquam suo, cum dominum ejus se esse opinaretur, omnino valet, quod favor, id est, studium amplianda libertatis extorsit, quod est in *l. 9. hoc tit.* quam ego memini me exponere in *titulo 26. lib. 6. de necessar. heredibus.* Etiam favoe libertatis id extorsit, quod est *l. 14. hoc tit.* Et est etiam commune utrique libertati, ut possit eelinqui ei, qui in utero ancillæ est: hoc scilicet modo: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto.* De eo dubitabant veteres, an postumo alieno data libeetas valeret, quia postumo alieno legari non potuit, quod sit incerta persona: at hodie legari potest, & libertas relinqui ut cum sole libertatem aspiciat, ut ait *l. 14.* & ita servo quoque ejus, qui in utero est id est, futuro servo ejus recte relinquitur fideicommissaria libertas, *l. generaliter, §. servo ejus, ff. eod. tit.* Et ut definit *d. l. 14.* illa quoque oratione: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto:* si plurees geniti sint omnes manumittendi sunt: nam in ambiguis pro libertate respondere melius est: & favor libertatis alias plerasque benigniores sententias extorsit contra regulas juris, *l. pœnales, §. ult. ad l. Falc. l. generaliter, §. si quis servo, ff. de fideicomm. libertat. §. ult. Inst. de donation.* Et placet valde, quod ait *l. 3. §. 1. ff. de alienat. judic. mut. caus.* prætorem favere libertatibus: Nam (ut didicimus ex reliquiis eegularum Ulpiani) inter cætera prætor manumissum inter amicos (quod heri dicebam) non permittebat servire, aut reduci in servitutem à domino, qui illa manumissione non desierat esse dominus: & similiter manumissum à peregrino, licet jure non valeret manumissio, nec faceret Latinum, nec civem; tamen prætor non permittebat servire. Et ita elegantet illa lex ait,

ait, prætorem favere libertatibus, cum eis lex non favet. Et istius favoris si vis, suppetunt exempla multa: notabis hos locos, in quibus excutiendis te potes exercere, *l. duobus, de liber. causa, l.1. 16. 26. ff. de manumiss. testam. l.4. ff. de manumiss. vind. l. talem, in pr. de heredib. instit. l. quidam, §. ult. ff. ad Senatusconf. Trebell. l. cum ita datur, ff. de condition. & demonstrat.* & quod Paulus 2. *regul. tit.24.* In quibus locis omnibus fit mentio favoris, quem leges impertiuntur libertati, & *l. ult. sup. de his, quibus ut indig.* Puto pertinere etiam ad favorem libertatis, quod est in *l. pen. hoc tit.* ut si testator ex pluribus servis, uni, quem eligeret heres, reliquerit fideicommissariam libertatem, herede non eligente, aut moriente; nullo electo, omnes servos esse manomittendos: cum favore libertatis, tum etiam ut plectatur heredis instantia: ubi Instantia, id est, *ἐπιμονὴ, μέλλησις, la demeure*, cunctatio, mora: alias instantia est *ἔνστασις*. Ac postremo notandum legem ultimam definire id, de quo Paulus in *l. itaque, ff. eod.* scripserat, adeundum esse principem, ut libertati prospiceretur, quod æquum esset ei prospici in ea specie, necdum prospectum esset. Species hæc est. Rogavi legatarium, ut servum, quem ei legavi, manumitterer, & heres latitat, nec servum præstat legatario, cessat Senatusconsultum Rubrianum: quia is, qui rogatus non est, latitat, non is, qui rogatus est: puta legatarius, qui paratus servum manumittere, si eum haberet: quid fiet? Et placet Justiniano in *l. ult.* ut post duos menses, quam latitavir heres, servus ille perinde fiat liber, ac si à legatario manumissus fuisset, ut tamen legatarius habeat salvum jus patronatus, qui in nulla culpa versatur. Idemque est si dum heres detrectat etiam in judicio servum præstare legatario, judex jusserit heredem legatario præstare æstimationem servi, quod tamen stulte jusserit: nam debet omnimodo compellere heredem ad præstandum legatum, si ejus restituendi facultatem habeat: nisi adferat justam causam retinendi servum: puta quod sit pater suus naturalis, aut mater, aut frater: rogat judicem ne is sibi eripiatur, & ut legatario satisfiat æstimatione litis, ut *l. si domus, §. qui confitetur, & §. seq. de legat.1.* alias præcise cogitur præstare servum legatum, cujus copiam habet: Et ita etiam vero verius est, venditorem omnimodo compelli tradere rem venditam, quam possidet, si eam malit emptor, quam id, quod interest, ut in *§. perficiuntur, Inst. de donat.* quæ fuit opinio Martini, quam etiam Accurs. æquiorem esse ait, *l.1. de action. emp.* & probat omnino eam Paulus *lib. 1. Sent. tit.13. Si* (inquit) *id quod venditum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.* Et ita quoque in specie *l. ult.* judex debuit omnimodo cogere heredem ad præstandum servum legatum: si hoc non fecerit, quomodo prospicietur libertati, puta si damnaverit heredem in æstimationem servi tantum? Et placet hoc casu perinde haberi servum, atque si ante eam condemnationem à legatario manumissus fuisset: Et ut ait *l. ult.* etiam legatario sumptuum nomine in eam litem factorum, heres præstat quadruplum: illa autem sententia est vitiosa, & nulla. Et hic est finis hujus tituli.



AD TITULUM V.

DE DEDITITIA LIBERTATE TOLLENDA:

De fideicommissaria libertate etiam egimus in *l.43. ff. eod. tit.* fideicommissariam libertatem testamento relictam, vel codicillis non deberi ei, quem dominus postea vinxit pœnæ causa in ergastulo: Cur ita? nimirum quia ex lege Ælia Sentia ad civitatem Romanam pervenire nullo modo potest is, qui à domino vinctus est pœnæ causa, vel qui compunctus est notis, qui dicebatur, *Stigmatias, & Subverbustus*, apud Plautum, & Tertullianum. Ejusdem conditionis est is, qui propter noxam tortus, nocensque inventus est, vel qui datus est ad ferrum, vel ad bestias, vel conjectus in publicam custodiam: Sed quocumque modo fuerit manumissus, neque fit civis Romanus, neque Latinus, sed habetur Dedititiorum numero, auctore Ulpiano *lib. regul. tit.1. & Theophil. in tit. de libertinis*: quod est (ut dixi) ex lege Ælia Sentia: ideoque Ulpianus scribens ad legem Æliam Sentiam in *l. verum, ff. de verb. significat.* definit, quis vinctus dicatur: quæ lex nisi secundum inscriptionem coangustetur ad legem Æliam Sentiam, & caput de Dedititiis, omnino pugnabit cum ea *l. succurritur, ff. ex quib. caus. major.* Fuit autem lex Ælia Sentia lata Augusti temporibus, & auctore eodem Augusto, si non etiam latore, sicut lex Fusia Caninia, cum & Suetonius in Augusto scribat, Augustum manumittendi modum, numerumque terminasse, quod fecit per legem Caniniam, & cavisse etiam, quod pertinet ad legem Æliam Sentiam, ne vinctus unquam, tortusve quis ullo libertatis genere civitatem Romanam adipisceretur: & illi, qui in ea sunt causa ex lege Ælia Sentia dicuntur esse Dedititiorum numero, quod eodem numero sint, eodem jure, conditione eadem, qua sunt peregrini, qui se, & sua victi à Romanis dediderunt in ditionem, & potestatem populi Romani, qui parum absunt à servis, & infami nomine Dedititii dicebantur. Erat enim ignominiosum nomen, quia & se dedere ignominiosum est abjectis armis. Certe Dedititii deteriore conditione erant, quam Latini: nam Latini Colonarii, & Latini Juniani, habebant commercium, id est, inter eos poterat fieri mancipatio servorum non minus, quam inter cives Romanos, non etiam inter Dedititios, vel cum Dedititiis, ut idem Ulpianus scribit *in Regulis tit.19.* Item cum Dedititiis non erat testamenti factio: cum Latinis erat testamenti factio, si modo intra diem cretionis, sive aditionis delatæ hereditatis, jus Quiritium, id est, civitatem Romanam adipiscerentur, ut idem Ulpianus docet: & poterant Latini variis modis adipisci civitatem Romanam, ut idem docet *tit. de Latinis*, quam Dedititii numquam, & nullo modo adipisci poterant. Ac primum quidem Latini fiunt cives Romani, & jus Quiritium consequuntur beneficio principis, patrono tamen consentiente, sicut proditum est, libertum non restitui natalibus, nisi consentiente patrono, aut patroni filio, *l. pen. & ult. ff. de natal. restit.* liberto non dari jus annuli aurei, id est, non redigi libertum in equestrem ordinem, nisi consentiente patrono, *l. 3. ff. de jure aureor. annulor.* quia beneficium principis semper dare oportet sine injuria alterius, *l. 4. inf. de emancipat. l. impuberi, ff. de administrat. tutor. l. 1. Cod. Gregoriano, de testamentis*. Et ita beneficio principali Latinus non fit civis, nisi consentiente patrono, aut patroni filio. Plinius in Epist. ad Trajanum: *Rogo des Jus Quiritium liberto Antoniæ, quod ego volente patrono peto*: & alio loco: *Rogo illis indulgeas jus Quiritium, quod ego volentibus patronis peto*. Sed quid si forte Latinus invito, aut ignorante patrono à principe impetravit civitatem Romanam? & edicto D. Trajani cautum est, ut proponitur in *§. ult. Instit. de success. liber.* ut is vivat quidem ut civis Romanus, at moriatur ut Latinus. Item Latinus fit civis Romanus beneficio liberorum, vel filii unius, aut filiæ anniculi, vel anniculæ factæ: puta, si uxorem duxerit Latinam, quæ nuptiæ non sunt justæ, justæ fiunt tantum inter cives Romanos: is potest causa probata apud prætorem, cum eam uxorem duxerit, vel apud præsidem, civitatem Romanam adipisci cum filio, & uxore, ut idem Ulpianus docet *tit.3. & tit.7.* Item Latinus fit civis Romanus iteratione: ut puta, si qui manumissus est inter amicos: manumissio Latinum facit, non civem ex lege Julia Norbana, quæ etiam fuit lata Augusti temporibus: si postea ab eodem patrono is manumittatur Vindicta, fit civis Romanus. Plinius 7. Epist. *Si voles*, inquit, *vindicta manumittere, quem proxime inter amicos manumisisti*. Et de illa manumissione, quæ Latinum facit, etiam Seneca *libro de vita beata Justa libertatis*, inquit.

quit (ea vero est civitas Romana) *an libertatis datæ inter amicos*, quæ scilicet est Latina libertas. Item Latini militia, beneficio militiæ, cives Romani fiebant, si in urbe inter vigiles aliquot annis militassent ex lege Visellia, quæ etiam alio capite cavit, ne libertini legerentur in Senatum, vel in Curiam, de quo est *lex unica, inf. ad legem Visellium*. Item Latini fiunt cives Romani navi, si navem fabricaverint aliquot modiorum capacem, quæ serviat annonæ populi Romani. Item si ædes construxerint, aut pistrinum. Præstat quandoquidem populum exhortari ad exstruendas ædes quibusdam præmiis: vel ad pistrina, aut moletrinam, quæ sint usui universo populo. Et similiter, ut idem Ulpian. refert *titulo de Latinis*, Latina fit civis Romana, si ter enixa sit. Addi potest alius casus ex *l. 1. Cod. Theod. de raptu virginum*, quo Latinus civis Romanus efficitur, si crimen raptus in publicum detolerit, servus autem fit Latinus. Variis igitur modis Latini possunt pervenire ad civitatem Romanam. Dedititii nullo modo possunt. Est igitur eorum conditio deterrima, & miserrima, quam in hoc titulo penitus sustulit Justinianus, abolito illo capite legis Æliæ Sentiæ, quod etiam, ut ait, delierat esse in usu. Sed absolvamus etiam hodie titulum sequentem.



AD TITULUM VI.

DE LATINA LIBERTATE TOLLENDA, ET PER CERTOS MODOS IN CIVITATEM ROMANAM TRANSFUSA.

PRIMUM non repeto quæ dixi de Latinis in *l. 4. tit. 4. sup.* quæ tamen licet vobis transferre etiam in hunc locum. Sed hoc tantum nunc adiiciam, Latinos comparatos esse ex lege Junia Norbana Augusti temporibus, qui ante non erant liberi, licet fuissent manumissi inter amicos, aut per epistolam, aut per mensam. Conditio autem eorum talis est, ut vivant tanquam liberi, moriantur tanquam servi, *§. ult. Instit. de success. libert.* Salvianus episcopus, *lib. 3. ad Ecclesiam Catholicam*. *Jugo Latinæ libertatis addicunt, quos scilicet jubent quidem sub titulo libertorum agere viventes, sed quæ superstites habent, morientes donare non possunt*, id est, moriuntur ut servi, quia testari non possunt, sed bona omnimodo sunt relinquenda patronis: & ita in *l. 8. Cod. Theod. de liber. causa*. *Latini*, inquit, *licet servitutis necessitate solvantur, patroni tamen privilegio tenentur*. Denique Latinus vivit ut liber, moritur ut servus, ut simili forma diximus eum, qui invito patrono à Principe meruit civitatem Romanam, vivere ut civem Romanum, mori ut Latinum. Et simili forma etiam dicimus donatum à Principe libertinum jure aureorum annulorum, vivere ut ingenuum, mori ut Latinum, *l. 3. D. de bonis libert. l. 2. sup. de jure aureor. ann. l. unica in fi. ad legem Visellium*. Latinus autem moritur ut servus, quia bona ejus manumissor occupat jure peculii, itemque liberi manumissoris non emancipati, id est, liberi agnati, ut in *l. 1. Cod. Theod. de petit. heredit.* quæ est etiam de Latinis scripta nominatim: liberi, inquam, non emancipati, item non exheredati, qui quidem liberi, etiamsi sint à patre instituti adjectis coheredibus extraneis, in bonis Latinorum libertorum patris, præferuntur extraneis coheredibus ex Senatusconsulto Largiano, ut proponitur in *d. §. ult. Instit. de success. libert.* Verum in hoc titulo etiam tollitur conditio Latinorum, omnesque libertini pronuntiantur esse cives Romani, unam tantum esse libertatem justam, legitimam, & plenam. Et initio hujus legis recte Haloander legit, quapropter titubat: nam alii Codices longe aliter, quam scripturam Haloandri confirmant Basilica, in quibus ita est, *διὰ τινάζεω*. Ex hac autem lege, quibus modis, puta undecim, manumissi fiebant Latini, non cives, hodie iisdem modis fiunt cives Romani, quod Justinianus in fine tituli de successionibus libertorum, profitetur se introduxisse cum adjectionibus quibusdam. Quærunt quid illa verba significent, *adjectionibus quibusdam*. Et non est verum, *adjectiones* vocari undecim modos relatos in hoc titulo, quibus olim manumissi fiebant Latini, hodie fiunt cives Romani: Nam verum est quidem, modum Latinitatis dandæ esse modum dandæ civitatis hodie, sed nullam hic video adjectionem. Non est etiam verum, quod Dominus Alciatus scribit. *t. παρέργων*, *cap. 16.* illis verbis, *cum quibusdam adjectionibus*, illo loco Institut. significari familiarum adjectiones, ut Cornelius Tacitus scribit *lib. 1. Historiarum*, Othonem Imperatorem Hispalensibus, & Emeritensibus dedisse familiarum adjectiones; Nam constitutionem hujus tituli, si perlegamus, nihil in illa reperiemus de istis familiarum adjectionibus. Hoc unum semper, modum scilicet dandæ Latinæ libertatis hodie esse modum dandæ civitatis Romanæ. Et idem etiam Dominus nescit quid apud Cornelium Tacitum sint familiarum adjectiones, quas scribit fuisse datas illis populis Hispaniæ, cum scribit familiarum adjectionem, id est, jus succedendi suis libertis, vel suis clientibus, quod nec probaverim unquam. Et manifestius ex Livii 43. discamus licet, familias adiicere, esse augere colonorum numerum: Hæc sunt verba Livii elegantissima, quæ explicant hunc locum: *Eo anno postulantibus à Senatu Aquilejensium legatis, ut numerum colonorum augeret, mille, & quingentæ familiæ ex Senatusconsulto scriptæ, triumvirique, qui eas deducerent, missi sunt*. Adjectiones autem, de quibus intellexit Justinianus illo loco, dum scribit, se vias faciendi Latini, fecisse vias adipiscendæ civitatis Romanæ cum adjectionibus quibusdam: puta dum constituit, ut per epistolam servus fieret civis Romanus, qui olim fiebat Latinus tantum, non quidem simpliciter per epistolam, sed cum hac adjectione, si epistolæ subscripsissent 5. testes. Et ita etiam servum manumissum inter amicos fieri civem Romanum cum hac adjectione, si hoc fiat præsentibus testibus quinque, vel intervenientibus actis, quibus subscribant quinque testes. Eæ sunt adjectiones, nam nudum sermonem domini inter amicos non vult facere civem Romanum, nudamve præsentiam domini: exigit præsentiam quinque testium. Sexta Synodus tamen habita in Trullo, quod fuit palatium cujusdam Imperatoris Constantinopoli, exigit tantum tres testes *Canone* 85. Recte autem manumissum inter amicos, vel per epistolam adhibitis quinque testibus, recte eam epistolam, vel ea acta, dicit esse imitationem codicillorum, quia scilicet in codicillis tot testes, scilicet quinque exiguntur, *l. ult. sup. de codicill.* Persequemur etiam cursim reliquos modos. Latinus fiebat servus, quem dominus in adversa valetudine exposuisset, & dereliquisset, ubi convaluerat, Latinus fiebat ex edicto Claudii, de quo est *lex 2. D. qui sine manumiss. ad libert. perven.* qua de re etiam Suetonius scripsit in *Claudio cap. 25.* Et Dio *ad finem libri ultimi*. Hodie fit civis Romanus servus ἀπροσόνητος, *duquel le maistre ne fait aucun conte*: male vulgo interpretantur, quid sit ἀπροσόνητος. Sic vocatur in Basilicis, & Harmenopulo. Fiebat etiam ea Latina, quæ vendita fuerat sub conditione, ne prostitueretur, si prostituta fuisset contra legem venditionis, hodie fit civis Romana. Item Latinus, aut Latina fiebat, qui, quæve ex voluntate defuncti, vel heredis pileatus præcessisset funus defuncti, ut populo pateret, aut videretur defunctus multos servos fuisse ab eo perductos ad libertatem captandæ falsæ opinionis, vel aucupandæ humanitatis defuncti, quæ tamen dissimulatio ita coercebatur, ut qui pileati præcessissent funus defuncti, fierent Latini, nec manerent servi. Idemque est, ut eleganter ait, si in funere quidam fuerint adhibiti servi defuncti, qui stantes ad lectum, sive feretrum, *cercueil, ou biere* defuncto veluti ventum facerent: Sic est explicandus locus ille, ut etiam Latini fierent constitutum erat, hodie fiunt cives Romani. Item si quis testamento manumissus sit hac lege ut fieret Latinus,

fie-

fiebat Latinus; hodie civis. Item si pendente conditione libertatis datæ testamento, servus sit manum. ab herede vindicta, fit Latinus tantum, hodie civis, & existente conditione libertatis libertus Orcinus, deficiente libertus heredis. Idem est, si detur pretium servi domino, ut eum manumittat, quia domino non manumittente fit Latinus, hodie civis. Idem evenit, si dominus ancillam collocaverit in matrimonium libero homini, ut fiat civis Romana, quæ ex hac causa olim tantum fiebat Latina. Item, ut si inter acta, quæ eleganter vocat figuram judicii, & quæso notate hunc locum, quod fit inter acta, *au greffe*, videatur fieri in judicio, in figura judicii, si, inquam, inter acta servum suum filius nominaverit, ut hæc nominatio veluti in judicio facta civem Romanum faciat, quæ olim faciebat tantum Latinum. Ac postremo si instrumentum emptionis servi, si instrumentum servitutis, dominus servo det, quo casu etiam exigitur præsentia quinque testium, si, inquam, illis præsentibus ei reddat instrumentum servitutis, vel si coram eis instrumentum conscindat, fit civis Romanus, qui olim Latinus tantum. Et eodem argumento legimus debitorem liberari, si creditor ei chirographum reddiderit, vel si id corruperit, & conscideerit, *l.4. ff. de pactis*. Optatus Afer libro contra Donatistas: *Extorta creditoribus chirographa reddebantur*. Quod est etiam in Augustini epistola quadam ad Bonifacium. Et sic D.Ambrosius 1. Officior. *est etiam illa benevolentiæ liberalitas, ut si quod habes debitoris chirographum, scindens restituas, nihil à debitore consecutus debiti*. Et in libro de Nabuce *cap. 13. Cautionem quoque, si quam habui, debitoris, scissam sine debiti recuperatione reddidi*, quomodo significat liberatum fuisse debitorem ære alieno. Quomodo etiam dicimus, liberum fieri servum reddito instrumento servitutis.



AD TITULUM VII.

DE COMMUNI SERVO MANUMISSO.

UT titulo quinto, & sexto Justinianus jus vetus abrogavit, ita in hoc titulo idem abrogat, quod scilicet olim obtinuit in communi servo manumisso ab uno ex sociis. Et eleganter *lex 2. h. tit.* servum communem apud unumquemq; dominum partim esse proprium, partim alienum: quod & de re qualibet communi dici potest, ut scil. definias eam esse rem communem, quæ partim est propria, partim aliena. Ideoq; unus ex sociis domino servo communi potuit legatum relinquere cum libertate, ut servo propriu, & sine libertate, ut servo alieno, ut Ulpianus quoque *regularum tit. 22.* scribit, servum communem ab uno ex dominis recte heredem institui cum libertate, quasi proprium, & sine libertate, quasi alienum, qui si per omnia esset proprius, si in solidum esset proprius, non posset institui, nec posset ei legari utiliter sine libertate. Et hoc idem ostendit *lex 3. in princ. & lex 6. §.pen. D.de hered. instit.* Et eadem ratione, ut ostendit *l.2. hoc t.* servus communis ab uno ex dominis alii potuit legari, non tantum per damnationem, sed & per vindicationem, ut proprius servus. Nec enim ideo minus est proprius noster, quod sit, & proprius alterius. At dubitabatur valde, an etiam servo communi unus ex dominis possit directo libertatem dare vindicta, vel testamento: nam ut alienum, id est, si servum communem accipias pro alieno, non potest ab uno domino directo manumitti, per fideicommissum potest. Sed si accipias pro proprio, potest & ab uno ex sociis directo manumitti vindicta, vel testamento: in causa libertatis, valde dubitabatur, utrum servus communis esset accipiendus tanquam proprius, an tanquam alienus: in causa, inquam, libertatis dandæ ab uno ex sociis: Et placebat olim unum ex sociis directo manumittendo servum communem, amittere partem suam, eamque adcrescere socio, qui non manumisit, auctore Ulpiano *libro regular. t.1. &* Paulo 4.

A *Sentent. tit. de manumissionibus*. Igitur servus communis manumissus directo ab uno ex sociis non perveniebat ad libertatem, sed manumittentis pars adcrescebat non manumittenti: denique veteres hac in re non pro libertate pronuntiabant, sed pro servitute, quod libertas non posset dividi, id est, ut qui non potest fieri liber pro parte, maneret servus. Post vero paulatim res ita processit, ut tandem sublato illo jure adcrescendi, Justinianus favore libertatis statueret, servum communem pleno jure liberum fieri, optimoque jure, quem unus ex dominis directo manumisisset præstita parte pretii sui domino, qui non manumisisset, vel eo nolente accipere partem pretii, oblata ea, & obsignata, & deposita in æde sacra, vel in tabulario urbis, à quo tempore pecuniæ oblatæ, & depositæ periculum pertinet ad socium, ad eum, qui
B pecuniam noluit accipere, ut *l.2. in fi. hoc tit. l.acceptam, sup. de usuris*: Nam ea oblatio, & depositio solutionem imitatur, *l.9. in fi.de solut.* Atque ita socius, qui non manumisit servum, cogitur partem suam vendere, ut servus liber efficiatur ex voluntate alterius domini, & vendere, vel ipsi manumisso, vel manumissori, vel heredi manumissoris: nam & ex constitutione D. Severi, ut Justinianus scribit in *l.1. hoc tit.* Marcianum retulisse in Institutionibus (sic est corrigendum, non in constitutionibus) milite testamento manumittente servum communem verbis directis, heres ejus cogitur redimere partem socii, quatenus servo competat libertas: imo & pagano manumittente servum communem, ut scribit in *h. l.1.* quæ valde singularis est, cum varias citat constitutiones, variasque auctoritates juris auctorum, scribit, in-
C quam, ex alia constitutione D.Severi, & Antonini socium socio manumittere volenti, compelli vendere partem suam, pretio constituto arbitrio Prætoris, ut servus perveniat ad libertatem. Regulariter nemo vendit invitus, sed favor libertatis hoc extorquet, ut socius invitus vendat partem suam alteri socio servum manumittente, ut prævaleat sententia mitioris, quam durioris domini. Et (†) scribit etiam sensisse Sextum Ælium antiquum interpretem duodecim tabularum, ut socius non manumittens manumittenti invitus vendat partem suam. Et hanc sententiam Sexti Ælii referre Ulp. 6. *Fideicommissorum*, & Paulum 3. Itemque Marcellum in notis ad digesta Juliani, quam ego notam Marcelli ad Julianum, id est, 30. Digestorum, adhuc reperire opinor in *l. si servus, ff.de vulg. substit.* Illo loco, *quod si neque à patre, &c.*
D Lex inscripta est Juliano, & agit de servo communi, quem unus ex dominis substituit filio impuberi: & hunc ait esse redimendum à patre, vel à fisco, ne inanis fit substitutio pupillaris scripta cum libertate, ut proponitur servi communis. Et subjicit: quod si neque à patre, neque à filio redempta sit pars servi, æquitatis rationem suggerere, ut servus pretium partis suæ offerens, & libertatem, & hereditatem consequi possit ex substitutione pupillari, mortuo impubere intra pubertatem. Hunc postremum versum dico esse notam Marcelli, cujus mentio fit in hac *l.1.* quod sciam scriptis Juliani solere misceri notas Marcelli, etiam non notato Marcelli nomine. Tandem vero ad extremum Justiniano placuit absolute, & protinus, ut fiat liber servus communis, quem unus ex dominis directo manumittit, sed ut compellatur par-
E tem sui pretii præstare domino, qui non manumittit, ne ea res ei sit fraudi: nam nec liber quisquam fieri debet cum detrimento alterius. Et eadem æquitas valet in specie *legis duobus, ff. de liber. causa*. Duo sunt socii, qui hominem vindicant in servitutem, ut servum communem, sed vindicant eum separatim, id est, separatis judiciis, non apud unum, eundemque judicem, & evenit, ut unus vincat servum uno judicio, alterum vincat servus altero judicio, quid fiet? Nam homo dividi non potest, id est, non potest pro parte duci in servitutem, pro parte in libertatem: Veteres statuebant ducendum esse in servitutem: sed quod puto additum in *l.duobus* à Tri-

(†) *Vide Merill.Variant.ex Cujac.lib.2.cap.11.*

Triboniano ex mente *h. l.* 1. Commodius est, inquit, favore libertatis liberum eum esse prævalente sententia ejus judicis, qui secundum libertatem litem dedit: sed compelli servum victori partem præstare pretii sui, arbitrio boni viri, aut sane ducenuits fuit in servitutem in totum, aut in libertatem: & melius est eripi eum in libertatem: quia dividi non potest, *l. alieno, §. 1. ff. de fideic. libert.* Quamobrem lex Falcidia non minuit libertatem: quia libertas est res individua, *l. Papinianus, §. 4. ff. de inoffic. testam.* Et hæc individuitas magis facere debet, ut fiat liber, quam ut fiat servus, id est, ut proniores nos faciat ad id, quod est humanius, ad libertatem, quam ad servitutem. Deminutio, quæ fit ex lege Falcidia, sive rescissio, divisio est, ut in *l. si debitor, §. pen. ff. de fideicom. libertat. si divisum fuerit fideicommissum*, per legem Falcidiam scilicet, quæ fideicommissa, & legata dividit pro quadrante, & pro dodrante. Secundum hæc, quæ diximus, hodie si unus ex dominis servum communem heredem instituerit, vel ei legaverit cum libertate, hereditas, & legatum pertinet ad servum, quoniam liber fit: olim adquirebatur socio non manumissori, ut nominatim Paulus scribit 3. *Sent. tit. de leg.* Sed si sine libertate eum heredem scripserit, vel ei legaverit, servus erit communis inter alterum socium, & heredem testatoris: hereditas autem tota, & legatum totum adquiretur alteri socio, quod optime probat *l. verum, §. si servo, ff. pro soc. l. Plautius, ad leg. Falcid.* Hic non est omittendum, quod definitur in *l. 2.* unum ex dominis, qui partem, quam habet in servo communi, legat ipsimet servo, videri eum testamento manumisisse, & ideo in eo esse servanda ea omnia, quæ ante dicta sunt ex *l. 1.* de communi servo manumisso ab uno ex dominis.



AD TITULUM VIII.

DE SERVO PIGNORI DATO MANUMISSO.

JAM à titulo septimo cœpit quodam modo tractare de his dominis, qui manumittendo servos, liberos eos non faciunt: nam si respicias ad jus vetus, unus ex dominis manumittendo servum communem, eum liberum facere non potuit. Huic additur alius casus in hoc tit. Puta, debitor, qui servum suum pignori dedit, vel obligavit, ut ait *l. 3.* nam hac in re non est differentia inter pignus, & hypothecam, id est, nihil refert servus pignori traditus sit corporaliter, an hypothecæ oppositus nuda conventione, sine traditione corporis. Et de hujus generis servo ita invenio esse scriptum in reliquiis regularum Ulpiani: *servum* (quod notandum, ut restituatur ea sententia) *pignori datum civem Romanum debitor potest facere, nisi solvendo non sit*: obstat enim libertati lex Ælia Sentia, quæ vetat fraudandorum creditorum causa manumissum civem Romanum fieri. Hanc sententiam Ulpian. confirmat aperte *l. generaliter, ff. qui, & à quib. man. lib. non fi.* quæ ait servum pignori datum pleno jure esse debitoris: & ideo à debitore justam libertatem consequi posse, id est, civitatem Romanam: Nam qui pleno jure dominus est, civem Romanum facere potest, *l. 11. sup. de act. emp.* id est, dominus ex jure Quiritum, ut veteres requirebant: is est pleno jure dominus, ut Theophilus loquitur, qui est dominus Quiritarius: nam qui est dominus in bonis tantum, quod regulæ Ulpiani explicant, & Theophilus ipse, qui est dominus Bonitarius, ut idem loquitur, non est pleno jure dominus, & ideo civem Romanum facere non potest. Cum vero debitor servi pignori dati sit pleno jure dominus, ergo, ut ait *d. l. generaliter*, civem Romanum facere potest, nisi lex Ælia Sentia obstet libertati, quæ datur in fraudem creditorum. Idem etiam ostendit *lex 5. sup. de necess. hered. instit.* debitorem scilicet, qui est solvendo, posse manumittere servum pignori datum, non etiam eum, qui non est solvendo, propter legem Æliam Sentiam. Verum huic sententiæ valde obstat *lex 3. de manumis.* quæ abscise ait debitorem etiam locupletem, id est, qui est solvendo, servum pigneratum non posse manumittere, quod & probat *l. 1. hoc tit.* cujus sententiam exponamus, prius cum ea conjuncta *l. 1. in fin. de rem. pig.* quæ est eadem de re, & habet inscriptionem, & subscriptionem eandem, ut inde utrique legi lux reddatur clarior. Quæstio primum est de servo dotali: Servum dotalem maritus ut dominus, etiam invita uxore manumittere potest, si solvendo sit, quia lex Julia prohibet alienationem fundi dotalis, non manumissionem servi dotalis. Idemque juris est in eo servo, quem maritus ex pecunia dotali comparavit: nam & hic intelligitur esse dotalis, *l. res, quæ, ff. de jur. dot. l. ult. h. t.* Et hunc igitur, & illum servum maritus ut dominus, etiam invita uxore manumittere potest, si solvendo sit, si locuples sit: nam si solvendo non sit, libertati obstat lex Ælia Sentia, quæ fraudem facit doti quandoque reddendæ uxori, *l. servum dotalem, ff. qui, & à quibus manum. lib. non fi.* Ut autem maritus locuples possit manumittere servum dotalem invita uxore, hoc verum est cum hac exceptione, quam ponit *l. 5. hoc tit.* nisi idem servus dotalis sit uxori specialiter pigneratus ob creditam pecuniam, ut in *d. l. 1. de remiss. pign.* nam hoc casu propter nexum pignoris specialem, non poterit servus dotalis manumitti invita uxore, id est, contradicente uxore: nam taciturnitas uxoris similis est consensui, ut indicat *d. l. 1. de remiss. pigno.* quæ, ut dixi, conjungenda est cum hac *l. 1.* Utraque scripta est ad Proculum servum dotalem manumissum à marito, qui tamen ob creditam pecuniam uxori erat specialiter obligatus: Et ex sententia hujus legis apparet eum, qui solvendo est invito creditore non posse manumittere servum pignori obligatum, vel traditum. Sed respondendum (ne qua repugnantia relideat inter auctores) sane manumissum ab eo, qui solvendo non est, non fieri liberum, nisi satisfiat creditori, vel nisi satis offeratur, ut *l. 5. hoc tit.* Alioqui si satis offeratur creditori, qui solvendo est, jure manumisit servum pignori datum, facitque civem Romanum: & eadem subauditione nos uti oportet ad *l. generaliter, §. si quis servo, ff. de fideicom. libert.* Species hæc est. Debitor servo pignerato in testamento dedit directam libertatem: ipso jure non valet libertas, sed ex æquo, & bono verba directa inflectentur ad fideicommissum, & perinde erit, ac si per fideicommissum is servus manumissus fuisset, atque ita perveniet ad libertatem, non tamen antequam satis factum sit creditori, & ideo Græci interpretes rectissime in illo §. supplent hæc verba, *soluto tamen debito*. Item notandum est, quod dicimus servum pignori datum à debitore inutiliter manumitti, ita verum esse, si sit pignori datus specialiter, non si generaliter, ut cum quis obligat omnia, quæ habet, quæque habiturus est. Generalis hypotheca non impedit manumissionem servi, quæ est in bonis, imo nec tacita hypotheca, nec quam fiscus habet semper, *l. aufertur, §. fiscus, ff. de jure fisci.* Tacita etiam hypotheca non impedit manumissionem servi, *l. 2. & 3. hoc tit.* nisi favore pupillorum, *l. 6. hoc tit.* Sciendum est, ea, quæ tutor comparavit sibi ex pecunia pupilli, pupillo tacito jure obligata esse una cum cæteris bonis omnibus, quæ tutor habuit initio susceptæ tutelæ, ex constitutione fratrum, ut ait *lex 6. & l. 3. ff. de rebus eor. qui sub tut. vel. cura.* Unus hic est favor pupillorum, ut comparata ex eorum pecunia, tacite eis obligata sint, hoc enim idem alii non habent, in *l. 17. in fi. de pign. l. licet, in fi. qui pot. in pignor. hab.* Igitur plus favoris tribuitur in *l. 6.* pupillis, quam fisco in *l. 2.* quoniam & hic pupillis tribuitur favor, ut tacita hypotheca, quæ eis competit, impediat manumissionem servi, & tacita tamen hypotheca, quæ fisco competit, non impedit manumissionem servi: nam excepto illo favore pupillorum, hac in re est differentia inter specialem, & tacitam hypothecam: quia quodammodo creditori magis nexa sunt ea, quæ specialiter obligata sunt, quam quæ generaliter, & perfusorie, quæ specialiter, quam quæ tacite, ut in *l. pen. ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahat.* Illud

non est dubium consentiente creditore servum pignori datum recte manumittei, ut in *l.4. hoc tit. l. qui in fraudem, ff. qui, & à quib. manumissi liberi non fiant*.



AD TITULUM IX.

DE SERVIS REIPUBLICÆ MANUMITTENDIS.

SERVOS Reipublicæ vocat servos populi Romani, vel alterius civitatis: quod ante constitutionem Arcadii, & Honorii (id est, *l. generali, in fi. de tab. lib.*10. quæ vetat servos homines præesse, vel interesse tabulario civitatis, vel tabellis, aut actis publicis) Ante eam legem, inquam, servi publici erant deputati tabulario civitatis, quod Græci vocant λογιστήριον, quod in eo subducantur rationes publicæ: proinde deputati erant rationibus, tabellis, & chartis publicis, & recte *l.3. h. t.* significat, tabul. administr. esse actum servilem: quem tamen liber homo, si velit, gerere poterit, & ita Livius *lib.34. Censores*, inquit, *signatis tabellis publicis, clauso tabulario, dimissisque servis publicis, negarunt se quidquam publici negotii gesturos*. Sed & servos publicos in Senatu fuisse adhibitos ad acta Senatus excipienda, aut rgerenda Capitolinus in Gordanis indicat, dum ait, tacito Senatusconsulto faciendo nullos interesse scribas, nullos servos publicos. Utebantur etiam servis publicis singuli cives, quanquam non singulorum civium essent servi, sed Reipublicæ: ut scilicet publici illis stipularentur, quod in rem eorum erat, & ex usu, vel ex necessitate, cum videlicet ipsi non poterant stipulari propter ætatem, nec poterant huic rei adhibere liberum hominem, qui liber homo alii stipulatur inutiliter, nec habebant alium servum proprium, qui ipsis stipularetur, eum uterentur opera servi publici. Servus publicus unicuique ex civibus stipulatur recte, *l. non aliter, de adopt. l. 2. rem pup. salv. l. orphanotrophos, sup. de episc. & cler. §. cum autem, Inst. de adopt.* Legi etiam apud Ulpianum in secundam Olinthiacam Demosthenis, Athenis fuisse servos publicos, peritos literarum, quos mittebant in bellum cum Imperatoribus, & Quæstoribus ad conficiendas rationes accepti, & expensi: ut finito bello in reddendis rationibus veritatis eruendæ causa, de eis servis haberetur quæstio: quia non licebat torquere civem Atheniensem, sicut non licet civem Romanum: fraude autem ducis, vel Quæstoris comperta per servum publicum, tum in eum lege agebatur, non habita ratione libertatis: Et hac in re præcipue utebantur servi publici bona, & fideli opera: ut eleganter scripsit ille Demosthenis interpres. Servus publicus populi Romani unum habuit præcipuum, quod non habuerunt servi aliarum civitatum: nimirum jus testamenti faciendi de parte dimidia bonorum, sive peculii, ut Ulpianus scripsit in regulis *tit.* 20. Sicut is, qui se impuro flagitio turpificavit, etiam parte tantum dimidia jus testamenti faciendi habuit, ut Paulus scripsit *Sententiarum lib. tit. de adulteriis*. Ex Novella autem Leonis 38. servus non publicus, sed servus fisci, servus Principis, plenam testamenti factionem habet: verum ab intestato heredem habere non potest: sicut in titulo de bonis maternis docuimus, filiumfamilias in castrensi peculio testamentarium heredem habere posse, non legitimum: & pari modo virginem Vestalem. Servos autem publicos manumittendo Respublica olim non faciebat cives Romanos, sed Latinos. At ex lege Vettii Lybici (sic est legendum in *l. 3. h. t.*) eos manumittendo Respublica cives Romanos facit. Fuit quædam Vettiorum familia Romæ: nam & Vettium Rufinum legimus, qui fuit præfectus urbi, *l.1. sup. de bonis maternis*, in subscriptione: & Vettium Atticum, & Lucium Vettium, qui detexit conjurationem Catilinæ apud Dionem, & hunc Vettium Lybicum. Et cum pertineret ea lex tantum ad urbem, & municipia Italiæ, deinde porrecta est etiam ad municipia provincialia, ut ait *h. l. 3.* Senatusconsulto facto Juventio Celso, & Neratio Prisco consulibus: cujus consulatus fit mentio in *l.2. de orig. jur.* Et ita cum lex Atilia de tutoribus dandis locum haberet in urbe tantum, deinde lege Julia, & Titia porrecta est ad provincias, ut est in Instit. *tit. de Atil. tutore*, ante legem Vettii Lybici, etiam Respublica servos suos manumittere poterat, sed Latinos eos faciebat, non cives Romanos, ut dixi. Varro 7. *de lingua latina*: *Habent plerumque libertini nomen à municipio manumissi*. Et recte nomen à municipio: nam (ut scitis) liberti assumebant nomen patroni, ut Tyro libertus M. Tullii assumpsit nomen Tullii. Libertus autem civitatis nullum alium habet patronum, quam civitatem, aut Rempublicam, non singulos cives, *l. non tantum, §. 1. de ver. div. l. sed si hæc, §. qui manumittitur, de in jus voc.* Sumit igitur nomen à municipio, puta ut dicatur Faventinus à Faventia, Valentinus à Valentia: in provinciis autem servi publici, ut erat cautum legibus municipalibus, & constitutionibus Principum hac forma observata, plerumque manumittebantur, puta ex decreto ordinis, & decurionum, & Præsidis provinciæ, & in locum manumissi dato subdito vicario, *l. 1. & 2. hoc tit. l.1. in fi. ne quis liber invitus act. ger. cogatur lib.10. l. 1. de libert. univers. l. 3. de man. quæ ser. ad univers. pert. &c.* Ita vero perveniebant ad Civitatem Romanam, nec reduci poterant in servitutem, licet postea tabulario civitatis servissent sua sponte, vel publice gessissent alium actum civitatis: nam ex actu servili solo non possunt duci in servitutem nullo justo titulo præcedente, *l.6. inf. de ingen. manumiss. l. 2. hoc tit.* quæ lex 3. est conjungenda, ut paritas inscriptionis demonstrat cum *l. 1. sup. de jure aur. annul.* Ex utriusque conjunctione emergit hæc sententia, ordinem decurionum servum publicum donare civitate Romana, non etiam donare ingenuitate, non restituere cum natalibus, hoc solius esse Principis.



AD TITULUM X.

DE HIS, QUI A NON DOMINIS MANUMISSI SUNT.

IN hoc titulo ostenditur, servo alieno directam libertatem dari inutiliter invito domino, fideicommissaria potest dari, *l. alieno, de fideicom. libert.* Directa inutilis est, & tamen venditio alieni servi valet, non quidem ut præjudicet domino servi, quia est satis illicita venditio, ut ait *l.1. sup. de commun. rer. alienat.* Et certe non fit jure, ut ait *l. 3. sup. de rei vindicat.* non etiam ut mutet conditionem servi, sed ut nascatur obligatio inter venditorem, & emptorem. Manumissio servi alieni nullam constituit obligationem, quæ facta est directo, conservatur tamen libertas, quæ data est servo alieno, si dominus noluit eam revocare, id est, si dominus contentus sit pretio servi, *l.1. h.t.* in qua sine articulo *vel*, Græci legunt ita recte, ut *pretium eorum dominis, si hoc elegerint, dependat quanti sua interest*. Unde ibi Thalelæus notat, idem esse pretium, & id quod interest: ut non abs re quidam definiant id quod interest, pretium rei, quia certe id quod interest, plerumque non egreditur pretium rei: sed tamen aliquando egreditur, si plus intersit, quam res valet, aut empta est, *l.1. de act. empt.* Interdum etiam minoris interest, quam res est, ut ostendit *l. 9. inf. ad exhibend.* id est, minus utilitatis nobis abest, quam sit in pretio rei: Nam ut vere definiatur, id quod interest nihil aliud est, quam utilitas, quæ nobis abest. Servi alieni manumissio directa non valet, si fiat verbis directis: hoc *l. pen.* ostendit verum esse, etiamsi pater manumittat servum filii, puta castrensem consentiente filio minore 20. annis: non manumissio non valet: sed hoc non tam quod sit alienus servus, quam quod manumissio fiat contra legem Æliam Sentiam, quæ vetat minorem 20. annis servos manumittere sine consilio Prætoris, aut Præsidis, & probatione causæ: Nam in majore 20. annis aliud dicerem, quia ipse filius videtur manumittere, dum servum ejus consentiente eo pater manumittit, in cujus potestate est, sicut è contrario cum

filius

filius servum patris manumittit consentiente patre, ipse A videtur manumittere, *l. matrimonii*, *de ritu nupt.* Sed si proprietario, aut debitori manumittenti servum consentiat minor 20. annis, qui in servo habet usumfructum, vel jus pignoris, manumissio valet: nec est contra legem Æliam Sentiam, quia non manumittitur servus minoris, sed alienus, *l. 2. l. si pater, §. ult. ff. de manu. vind.* In hoc proposito, quod notandum, dominum accipimus pro pleno domino: nam fructuarius non potest manumittendo servum perducere ad libertatem, quia non est plenus dominus, *l. 9. sup. de testam. man. l. 4. & 5. sup. hoc tit.* Idemque est in eo, cui relictum est ministerium servi, *l. 4. hoc tit.* ministerium est simile usuifructui, *l. 9. sup. de usu, & habitat.* Nudus quoque proprietarius sine consensu fructuarii frustra manumittit, sed manumittendo amittit dominium secundum jus vetus, ut idem Ulpianus scribit B *in regulis tit. 1.* & probat *lex quoties, in fin. de hered. instit.* & servus est sine domino, ut servus habitus pro derelicto, servus est sine domino, ut ait *l. quemadmodum, §. 1. de noxal. action.* Is quoque liber homo, qui se patitur vendi ut servum, servus est sine domino, si quis sciens eum esse liberum, vendat, & cedat usumfructum ejus eo patiente, nam ususfructus recte constitutus intelligitur. At qui mala fide hoc perpetravit, non habet dominium servi: denique servus est sine domino, *l. si usumfructum, de liber. causa.* Hodie autem ex *l. 1. inf. comm. de manum.* si nudus proprietarius manumiserit servum, in quo alius habet usumfructum, fit liber, & libertus proprietarii, sed quasi servus permanet apud fructuarium, quoad finitus sit ususfructus: & ex contrario, si fructuarius manumiserit servum fructuarium in gratiam servi, manet servus, C nec tamen quamdiu vivit fructuarius cogitur observare dominum, non cogitur servire domino, non præbere ministerium, sed quietam agit vitam sine servitute, quamdiu vivit fructuarius, qui illo beneficio ipsum donavit, ut neque ipse, neque alius eo servo uteretur, frueretur, ex constitutione Justiniani *inf. l. 1. commun. de manumiss.* Postremo addamus ex hoc titulo venditorem, & donatorem servi esse dominum, antequam servum tradat, & recte manumittere igitur eum servum, *l. 3. & 5. hoc tit. l. 1. sup. de action. empt.* Sed venditor tenetur emptori actione ex empto in id, quod interest, nec revocatur libertas, quæ recte data est. Donator autem tenetur donatario condictione ex lege in id, quod interest, prodita à Justiniano in *l. pen. inf. de don.* Item dominum esse emptorem, cui servus traditus est à venditore, licet eum eme- D rit mandato alieno, & necdum tradiderit mandatori, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. res, quas, de acqu. rerum domin.* Et hoc si ei servus traditus sit à venditore suo nomine, alioquin obstaret *lex qui mihi, de donation.* Obstarent & multæ aliæ similes, quæ sic accipiendæ sunt, ut si procuratori res tradatur nomine mandatoris, dominus fiat mandator, non si nomine proprio procuratoris ipsius, ut in hac *l. 2. & d. l. res, quæ.* Legem ultimam exposuimus in tit. 1. hujus libri.



AD TITULUM XI.

QUI MANUMITTERE NON POSSUNT, ET NE IN FRAUDEM CREDITORUM MANUMITTANTUR. E

JAM à titulo septimo cœpit tractare de iis, qui servos suos, vel olim non potuerunt, vel hodie non possunt facere liberos, & cives Romanos: ut quos habent communes cum aliis, secundum jus vetus, & etiam hodie, quos creditoribus suis obligaverunt, & olim quoque Respublica publicos servos non potuit donare civitate. De servis alienis, qui manumittuntur directo à non dominis, illud etiam est compertissimum, eos non perduci ad libertatem. Nunc iis adduntur hoc titulo servi Principis, Imperatoris, ut scilicet non possint manu- A mittere vicarios, sive peculiares servos suos, *l. 2. hoc tit.* quamvis eorum sint domini quodammodo. Servus ordinarius est dominus servi vicarii, id est, peculiaris, quem ordinarius habet in peculio, *l. si servus meus, D. de pecul.* quod si servus Principis non potest manumittere servum peculiarem, multo minus servus privati hominis: Nam generaliter verum est, quod ait *l. 9. ff. qui, & à quib. manum. lib. non fiunt*, nullam competere libertatem, ut recte in Flor. legitur, datam ab eo, qui postea servus ipse pronuntiatur: denique servus non potest facere liberum, ut non dominus non potest facere dominum, nec plus juris quisquam dare, quam ipse habeat. Et ita ex *l. 1. sup. de test.* intelligimus, nullum esse testam. obsignatum ab eo, qui postea servus ipse pronuntiatus est, quia servus non est idoneus signator testamenti, non est idoneus testis, non B est classicus testis: Nam à veteribus Classici testes dicebantur, qui adhibebantur in testamentis. De servo Principis dubitabatur, quia servus Principis pleraque jura præcipua habebat, quæ non habent servi privatorum, ut ex *Novella Leonis* 38. Servus Principis de suo peculio testamentum facere potest. Ergo & de servo peculiari, sive vicario: *c'est tout un.* At inter vivos, ut significat *l. 2.* servus Principis, nec per se, nec per interpositam personam, ut ait, veluti per imaginarium emptorem, servum vicarium manumittere potest: nam in jure hoc fere perpetuum est, ut quod quis per se non potest, non possit etiam per suppositam personam, *l. aufertur, §. quod à præside, ff. de jur. fisc.* ne fraus fiat legibus, *l. 2. §. 1. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertin. l. quæritur, ff. de bonis libert. l. 3. §. non tantum, ff. de donat. inter vir. & ux. l. 58. Cod. Theod. de hæreticis, l. 20. C. Theod. de epis. & clericis.* Et ita C etiam ut ostenditur in *l. 4. hoc tit.* minor 20. annis non potest manumittere servum suum per interpositam personam, ut si cui tradat servum majori 20. annis, verbi gratia ex causa donationis, vel ex causa simulatæ venditionis, ut eum manumitteret: ea traditio nulla est, quia fit in fraudem legis Æliæ Sentiæ, quæ non permittit minori 20. annis servum manumittere, nisi causa probata apud consilium. Si donet, aut vendat servo alterius, qui sit major 20. annis, recte ab eo poterit manumitti, non si sit interpositus manumittendi causa, ut summoveatur fraus, quæ hac ratione fit legi Æliæ Sentiæ. Et hoc quoque casu cessat constitutio Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, ut venditus, aut donatus ea lege, ut manumittatur, cessante eo, cui servus traditus est ea lege, ipso ju- D re fiat liber: ea, inquam, constitutio cessat hoc casu, quia neque facto ejus, cui traditus est ea lege, neque ipso jure is servus liber fieri potest, ne fiat fraus legi Æliæ Sentiæ, *l. verum, §. quod si minor, ff. de minor.* & duabus legibus, quæ objiciuntur huic legi 4. in ea Accursius rectissime respondit, & perspicue. Ea igitur præmittam, & adjiciam, quod ait *d. l. 4.* ut minor 20. annis servum suum non possit manumittere per subjectam personam, hoc esse ex S.C. quod sit factum circa legem Æliam Sentiam, ne per se possit manumittere sine consilio, & approbatione causæ. Lex Ælia Sentia fecit, quæ restitit consilio adolescentis parum firmo, ut eleganter ait lex 4. *D. de servis export.* Parum firmo, inquit: nam ante 20. annum non est confirmata ætas, sed à vigesimo incipit firmata ætas, quæ dicitur, *l. 1. C. Theod. de iis, qui veniam ætatis impetraverunt.* Et illo loco: *hic ubi jam firmata virum te fecerit ætas.* E Ne autem idem manumittat per interpositam personam: hoc fecit Senatusconsultum, de quo in *hac l. 4.* Est aliud Senatusconsultum, quod factum etiam fuit ad istud caput legis Æliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. 1. D. de officio procons.* Ut si quis apud unum consulem ediderit nomina manumittendorum vindicta, ut apud eundem expediat manumissionem, peragatque solemnia, non apud collegam, nisi is, apud quem nomina edita sunt, impediatur infirmitate, vel alia justa causa. Est etiam aliud Senatusconsultum factum ad id caput legis Æliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. si collactaneus, in fin. de manum. vind.* Justam causam manumissionis esse, si minor 20. annis velit ancillam suam manumittere matrimonii causa:

hanc causam concilium Prætoris facile probaturum. A Sed debere exigere jusjurandum à minore 20. annis: quo juret se eam ducturum intra sex menses ex Senatuscons. Legem semel latam solebant sequi multa Senatusconsulta, quibus dubitationes ortæ ex lege tollebantur. Non est prætermittendum, quod Justinianus derogavit huic capiti legis Æliæ Sentiæ in *Novella* 119. Nam hæc lex Ælia Sentia, & testamento vetabat minorem 20. annis servos suos manumittere, & vindicta, nisi ex causa probata consilio Prætoris, vel Præsidis. At ex Novella Justiniani vindicta quidem non potest manumittere, nisi apud consilium, at testamento manumittere potest, modo sit major 14. annorum, aut mulier 12. In hoc titulo proponitur etiam aliud caput legis Æliæ Sentiæ, ut scilicet libertates datæ in fraudem creditorum ab eo, qui solvendo non est, vel in fraudem patronorum à liberto, B ut minus debita portione perveniat ad patronum, ipso jure nullas esse, etiamsi heres debitoris, vel liberti sit locuples, parque solvendo, *l.5. sup. de testam. manumiss. l.1. & l.18. qui, & à quibus manum. lib. non fiant*, Quia scilicet lex Ælia Sentia statim ab initio libertatem datam in fraudem creditoris, & patroni constituit irritam, denique ipso jure nulla est. At *l. 1. hoc tit.* dicit revocari libertatem, unde dicet forte aliquis, ergo ipso jure nulla non est, quæ collectio vera non est: nam Revocari verbum est duplex: vel enim revocari quid dicitur ipso jure, ut hac *l.1.* & in *l.si libertus, ff. de jure patronat.* sicut & rescindi ipso jure, *l.hoc modo, ff. de condit. & demonstr.* & Rumpi ipso jure, *l.inter cætera, de liber. & postum.* vel rescindi, revocari, rumpi quid dicitur non ipso jure, sed beneficio actionis, & sententia judicis: Et serva differentiam, quæ est hac in re inter manumissiones, & alienationes: C nam manumissiones factæ in fraudem creditorum ipso jure revocantur, & irritæ constituuntur: alienationes autem factæ in fraudem creditorum, vel patronorum, ipso jure non revocantur: imo valent ab initio, sed factæ in fraudem creditorum, postea possunt revocari per Paulianam actionem, *§.item si quis in fraudem creditorum, Inst. de actiou.* Et factæ in fraudem patronorum, per actionem Fabianam testato liberto, vel per actionem Calvisianam intestato liberto, ut in *tit. ff. & C. Si quid in fraudem patron.* Si libertates ab initio valerent, postea remedio actionis revocari non possent, quia nihil est, quod ægrius revocetur, quam libertas, quæ competiit semel. Idcirco lex Ælia Sentia libertati occurrit statim ab initio, *l.quæ in fraudem, ff.qui, & à quibus manum. lib.non fiant, l.9. ff.de liber.causa*, & in *Instit.* D *in pr. t.qui, & quibus ex caus. manum. non poss.* Rectissime Cornelius Tacitus *libr. 13. Tarde esse concedendum, quod datum non adimeretur*. Ad hæc vero notandum, cum tractatur de libertate data in fraudem creditorum, ut sit ipso jure nulla, inter creditores numerari etiam conditionales creditores, id est, quibus debetur sub conditione: nam & conditionalis creditor est creditor, & obligationem transfert in heredem, & mitti potest in possessionem bonorum debitoris: ideoque (ut dudum ostendi in *l.8. ff.qui, & à quibus manum. lib.non fiant.*) recte ait lex, eum, qui debet sub conditione, si manumittat fraudandorum creditorum causa, locum habere legem Æliam Sentiam: ubi Accursius, & interpretes omnes perperam ante Florentinam editionem legebant *locum* E *non habere*: & perperam etiam legebant *fideicommissi causa*, cum sit legendum *fraudandorum creditorum causa*, errore creato ex literis singularibus, F. & C. quibus significatur, & fraudandorum creditorum, & fideicommissi. Sed dudum ostendi pro fideicommissi reponendum esse, fraudandorum creditorum causa, quomodo etiam scribunt Græci: *πρὸς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν*: inter creditores etiam numerantur ii, quibus fideicommissum debetur, *l.1. hoc tit.* De iis dubitabatur, quia fideicommissa non sunt juris civilis, non proficiscuntur ex jure civili, sed ex nuda voluntate morientis, quam tuetur Prætor fideicommissarius. Cum ergo lex ait inter creditores numerari etiam eos, quibus fideicommissa debentur,

A hoc ait, creditores dici non tantum eos, quibus jure civili, sed & eos, quibus jure Prætorio debetur, ut in *l.creditorum, & l.seq. de verb. signif.* Ad hæc pertinet etiam *l.5. hoc tit.* quæ docet, servum venditum à debitore fisci, qui solvendo non est, recte manumitti ab emptore: hæc enim est sententia *l.5.* nam in ea *l. 5.* pro *emptori*, omnino legendum est *venditori*: ut in Basilicis *τῷ πράτῃ*. Hæc est sententia *l.5.* & species est ponenda hoc modo. Pater naturalis emit filium suum naturalem servum Lucii Titii ab eodem Lucio Titio, qui erat fisco obæratus multis nominibus, & impar solvendo: mox pater eum manumisit, qui nec eum redemerat, nisi ut eum manumitteret: non videtur data libertas in fraudem fisci per interpositam personam; quia venditori nihil abest, quoniam quidem habet pretium servi: Et observa, quod ait B *l.5.* quæ est scripta ad eum servum, quem pater naturalis emit, & manumisit, quod, inquam, ait, *d.l.is, quem patrem tuum appellas*: lex enim non appellaret patrem: quia neque servi, neque liberti patrem, aut matrem civilem habent, ut eleganter ait Paulus *4. Sentent. tit. 10.* naturalem habet, & ideo liber homo, qui fit servus, qui patitur maximam capitis deminutionem, desinit habere patrem, & matrem, civilem scilicet, non naturalem: nam jura naturalia sunt immutabilia. Ad hæc postremo notandum ex *l.1. hoc tit.* hoc caput legis Æliæ Sentiæ pertinere tantum ad directas libertates, nempe, ut eæ ipso jure nullæ sint, si dentur in fraudem creditorum, lex Ælia Sentia facit: libertates autem fideicommissariæ, ut ipso jure nullæ sint, lex Ælia Sentia non facit, sed ipsa ratio juris, quia fideicommissa, sive libertatum, sive pecuniarum ipso jure non debentur, nisi deducto ære alieno, C & impletis creditoribus. Igitur si bona non sufficiant æri alieno, fideicommissa extincta sunt, *l.1. §.denique, ff. ad Treb.* Unde manat illa differentia, in fideicommissariis libertatibus fraudem spectari ex eventu solo, in directis, non ex eventu solo, sed consilio fraudatoris, ex animo manumittentis fraudandorum creditorum causa, *l.ult. hoc tit. l.4. §.si quis autem, D. de fideicom. libert.* Adnotemus etiam ex hoc titulo non recte manumitti, aut non recte manumissum videri servum à domino, quem populus coegit ut manumitteret, puta, ut ait *l.3. h.tit.* actorem fabulæ, histrionem, comœdum, qui populo forte placuerit, servum alienum: nam plerunque ubi is, vel saltando scite, vel cantando populum oblectasset, eique placuisset, præsentem forte dominum populus compellebat manumittere, quæ res nihil proficiebat manumisso, D *l.si privatus, D.qui, & à quibus manum. lib. non fi.* ubi etiam additur, quod est in hac *l.3.* Divum Marcum hoc constituisse, ne quis manumitteretur ex acclamatione populi, & ut non videretur voluntate domini manumissus, quem dominus coactus manumisisset, quamvis voluntatem accommodasset: nam qui coactus vult, & vult. Et placet etiam, quod adjicit *d. l.si privatus*, eum liberum non fieri, quem dominus mentitur sit liberum esse, ne à magistratibus calligaretur, quod non fuerit ei animus manumittendi. Ubi *ne à magistratibus*, id est, à magistratibus municipalibus, qui in servos tantum habent castigationem, non in liberos homines, *l. 1. de jurisdict.* Et ita Græci hunc locum accipiunt, cum vertunt *ἐκ τῶν στρατηγῶν*: nam in libris juris *στρατηγοὺς* semper oportet interpretari magistratus municipales, sive Duumviros. E Hoc vero, quod diximus de domino coacto, confirmatur ex *reliquiis regularum* Ulpiani, in quibus ita est scriptum pereleganter, *In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur*, id est, an habuerit propositum manumittendi, & sequitur: *Unde si per vim coactus ab aliquo, vel à populo manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit.* Idem est etiam, si Princeps, dum interest spectaculo, vel Prætor, dum edit ludos, coactus sit actorem fabulæ, qui populo placuit, servum manumittere: namque ea manumissio nihil valet, ut legitur apud Suetonium *in Tiberio*, Tiberium rarissime interfuisse spectaculis, ne quid exposceretur, utique postquam fuit coactus,

ctus, inquit, manumittere Actium Comœdum invito animo suo. Et hoc esse scribit *l.3.* ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, quod est ex oratione D. Marci auctore, id est, ex oratione, ut in *l.1. sup. de petit. hered. l. liberos, sup. deexcusat. tutor.l.pen.sup.de magistrat. conveniend.* Et in antiqua inscriptione, in qua est ita: *Ex Senatusconsulto, & ex auctoritate Cæsaris*. Et in alia: *Statuam poni habitu civili pecunia publica Senatus censuit, auctore Marco Aurelio Antonino*. Et in hoc intelligitur etiam placuisse D. Hadriano ex Dione *in Hadriano*, qui refert rogante populo Imperatorem, ut servum quendam agitatorem manumitteret, Imperatorem per tabellam respondisse, id à se peti non debere, ut servum alienum manumitteret, vel ut suum invitus manumitteret, quod definit hæc *l. 3.* Et eandem legem fuisse Athenis, constat ex Æschyne contra Ctesiphontem: *μήτε οἰκέτην ἀπελευθερῦν ἐν τῷ θεάτρῳ*. Et postremo notandum ex *l.pen.* Tutores etiam non posse præstare libertatem servo sui pupilli, nec eam quidem, quam pupillus debet præstare, puta ex causa fideicommissi, ubi recte Thalelæus, dum lex ait, *nec fideicommissariam libertatem, &c.* recte notat verbum *nec* esse conjungendum cum verbo *debitam*, non cum verbo *fideicommissariam*, nec hoc videatur dicere, nec directam, nec fideicommissariam libertatem tutorem præstare non posse, quod esset ineptum dictu, quia directa libertas non præstatur. Et hic est finis hujus tituli.



AD TITULUM XII.

QUI NON POSSUNT AD LIBERTATEM PERVENIRE.

DIXIT supra de iis, qui manumittere non possunt, nunc dicit de iis, qui manumitti non possunt, id est, qui apud dominos perpetuam servitutem colunt, quales sunt damnati ob maleficium aliquod in vincula perpetua à Præside provinciæ, vel, ut ait *l. 1. h. tit.* ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, id est, merum imperium, puta à Præfecto urbi, vel à Procuratore Cæsaris, qui in provincia Præsidis partibus fungitur, vel à latrunculatore, qui extra ordinem dimittitur in provincias ad compescendos, & coercendos latrones, qui in Novellis vocatur *λῃστοδιώκτης, persecutor latronum, & l.35. §.quæsitum, ff. ex quib. caus. major.* qui dicitur missus ad compescendos malos homines illo loco, in Basilicis uno verbo dicitur λῃστοδιώκτης: Ergo ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, quod merum imperium dicitur, si servus sit damnatus in perpetua vincula, nunquam potest pervenire ad libertatem, si sit damnatus in vincula temporaria, licet interim quamdiu sua pœna fungitur, non potest à domino manumitti, atque adeo nec ex testamento domini capere hereditatem, nec legatum, aut fideicom. quia hæc relinquuntur servis propriis inutiliter sine libertate justa, tamen damnatus servus in vincula temporaria, postquam erit perfunctus sua pœna, à domino manumitti potest: nam temporaria illa coercitio, id est, determinatio certi temporis, quo sit in vinculis, pœnæ abolitio est. Igitur post tempus perduci ad libertatem potest. Et hæc est sententia *l.1. hoc tit.* quæ tribuitur Divis fratribus à Papiniano in *l. fratres, ff. de pœnis.* Unde opinor in inscriptione *l.1.* sic esse legendum. *Impp. Antoninus, & Verus Augusti*: ii sunt Divi fratres, vel, ut in quibusdam libris, *Imp. Antoninus Augustus*, suppresso nomine fratris, ut sæpe fit alias: & similiter in subscriptione hujus legis, hoc modo. *Data XVI. Kalend. Julias, ipsis Antonino, & Vero Augg. Coss.* Unde quem initio hujus legis Imperator vocat patrem suum, is est Antoninus Pius, non Claudius, quod nomen perperam quidam supposuerunt. Et sic notare licet ex hac *l.1.* servum damnatum in vincula perpetua, vel temporaria non fieri servum pœnæ, sed in dominio, & potestate ejus remanere, cujus fuit, antequam damnaretur in

A vincula, cum lex dicat ab suo domino eum non posse manumitti, quamdiu est in vinculis. Et longe aliter hoc est, quam si servus damnaretur in metallum, vel in opus metalli, vel in arenam: nam fieret servus pœnæ, & desineret esse servus ejus, cujus fuit antequam damnaretur: adeo ut nec si postea beneficio Principis ea pœna liberetur, redeat in potestatem prioris domini: Sed desinit esse servus pœnæ, qui liberatus est pœna ex indulgentia Principis, & fit servus fisci: aliud enim est esse servum pœnæ, aliud servum fisci. Et hoc ostenditur in *l. aut damnum, in fi. ff. de pœnis, l.frustra,inf. de pœnis*. His vero servis, qui sunt damnati in vincula perpetua adduntur in *l. 2. hoc tit.* servi testatoris, vel heredis, quos testator in testamento suo manumitti vetuit pœnæ causa: Dico *pœnæ causa*: nam (ut ea lex ostendit) si vetuit

B servum manumitti, ut filio suo consuleret, cui opera ejus servi valde erat necessaria, mortuo filio, poterit pervenire ad libertatem, si ei supervixerit: At si pœnæ causa testator eum manumitti prohibuerit, in perpetua servitute morabitur, nec per suppositum emptorem fiduciarium, qui scilicet eum redimat manumittendi causa nummis ipsius servi, poterit manumitti, ut hæc lex ait in fine, quæ ita explicanda, & probat *l.4. §. in illis, D. de manumiss. l.7. sup. tit.2. h. libri.* Sed dicto *§. in illis* videtur adversari ejusdem *leg.4. §. sive autem*, quod explicatu dignum. Sciendum est, servum, quem emptor imaginarius ab eo suppositus, redemit à domino, nummis ipsius servi, ejus conditionis esse, ut omnino manumitti debeat ab emptore illo fiduciario, cujus fidem est secutus, & qui de sua pecunia eum non redemit, sed de pe-

C cunia servi: Et hoc jus est ex constitutione Divorum fratrum ad Urbium Maximum, cui tamen non est locus, si ejus conditionis sit servus ille, qui suis nummis redemptus est, ut in totum non possit perduci ad libertatem: nam nec ab emptore fiduciario perduci poterit, & cessat hoc casu illa constitutio fratrum, quæ est sententia *§. in illis*. At in *§. sive autem*, ait, servum venditum emptori supposititio, & imaginario ea lege, ne manumittatur, quæ lex solet etiam irrogare perpetuam servitutem, tamen benignius esse, ut debeat manumitti ab emptore fiduciario, qui tantum nomen suum ei accommodavit, & cui præterea nihil abest ob emptionem servi, id est, qui de suo nihil erogavit: Ergo interveniente etiam emptore fiduciario, locus est constitutioni fratrum, ut scilicet libertatem adipiscatur: Ita ille §. cum illo pugna-

D re videtur. Sed distinctio rem aperiet facillime, quæ talis est. Si emptori fiduciario, sive imaginario, & servo vendito nunc primum in venditione ea lex irrogetur, ne manumittatur, benignius est dicere, ut tamen manumitti debeat à fiduciario emptore, cujus fidem secutus est, & cui eo nomine nihil abest, ut *d. §. sive autem*. Sed (hæc est altera pars distinctionis) si personæ servi ea conditio, ne manumitteretur cohæserit, apta, & colligata fuerit, antequam supponeret emptorem imaginarium, à quo redimeretur suis nummis: Sane hoc casu neque ab illo emptore, neque ab alio ad libertatem perduci potest: Nec hoc casu locus est constitutioni fratrum ad Urbium Maximum, ut in *dict.§.in illis.* Et secundum hæc iis, qui testamento domini prohibiti sunt, ne unquam manumitterentur, addere etiam licet eos, qui

E in perpetuam servitutem venerunt, id est, ea lege, ne unquam manumitterentur, quæ lex imponitur, & cohæret personæ servi. Idemque est, si quis servus ob aliquod delictum à Præfecto urbi, vel Præside provinciæ prohibitus sit manumitti, *l. servus hac lege, D. de manum. l. ille, §.ult. D.qui, & quib.lib. l. servum filii, §. si item, D. de leg.1. l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien. &c.* Addamus etiam servum venditum ea lege, ut exportetur, ex *d. §. in illis*; nam servus, qui veniit exportandus, eo loco unde exportari jubetur, numquam potest manumitti, vel si manumittatur, servus fit fisci, alibi potest manumitti, quia ea lege non omnino vetatur manumitti, sed si manumissus alibi redeat, unde exportatus est, protinus etiam fit servus fisci, id est, venit in perpetuam servitu-

tem fisci, *l. 1. sup. si servus export. ven.* Ex qua interpretandus vobis est *d. §. In illis*, quo loco agit de servo exportando. Et hi quidem sunt servi, qui ad libertatem pervenire non possunt.



AD TITULUM XIII.

PRO QUIBUS CAUSIS SERVI PRO PRÆMIO LIBERTATEM ACCIPIUNT.

IN hoc titulo additur exceptio superiori titulo, ut scilicet, qui non possunt manumitti, id est, qui perpetuæ servituti addicti sunt, quandoque manumittantur: puta libertate publice data pro præmio: ubi intelligere oportet, pro præmio indicii: quod servus, qui alias manumitti non poterat, indicaverit crimen, cujus indicium maxime pertineat ad Rempublicam, & utilitatem communem, ut si servus indicet cædem domini sui, vel arguat, licet perpetuo addictus fuerit, tamen hoc casu sententia prætoris, vel præsidis libertate donari potest, quod *l. 1. hoc tit.* ait esse ex Senatusconsulto, & constitutionibus: Et proculdubio intelligit Senatusconsultum Syllanianum, ex quo servus, qui indicat, & arguit necem domini sui pro præmio indicii consequitur libertatem, licet perpetuæ servituti addictus fuerit, *l. 3. §. si quis ex stipulatu, & §. is quoque, D. ad Senatusc. Syllan.* In eo Senatusconsulto erant illa verba, *indicasse*, *vel arguisse*. Ideoque recte *l. indicasse, D. de verb. signif.* refertur ad Senatusc. Syllanianum, quæ *indicasse* interpretatur esse detulisse reum cædis. *Arguisse* autem interpretatur esse, accusasse reum cædis, & convicisse: nam ex hac causa servus potest accusare, qui regulariter non agit, neque accusat in judicio. Ideoque *l. 1. hoc tit.* exigit, ut reum cædis domini convincat incorruptis probationibus, id est, liquidis, & veris: Et ut adversus eum consistat strenuo nisu, ut ait, si velit pro præmio consequi libertatem, non dicis causa, non perfunctorie. Unde recte, ut in *d. l. indicasse*, Antonius Augustinus vir politissimus in *d. l. 3. §. utrum, ad Senatusc. Syllan.* pro *vindicasse*, legit *indicasse*, vel *arguisse*: quæ erant verba Senatusconsulti: Eademque ratione sum auctor vobis, ut in *hac l. 1.* pro *vindicans*, legatis *indicans*: nam & idem verbum est, quod scilicet idem pollet in metaphrasi Græca hujus legis, ὁ δοῦλος καταμηνύσας τὴν σφαγὴν τοῦ δεσπότου: non dicit ἐκδικήσας, id est, *vindicans*, sed καταμηνύσας, id est, *indicans*, quod est verbum Senatusconsulti: eodemque loco libertatem, quæ ob fidem suam erga dominum servo datur, vocat ἔπαθλον εἰς μηνύσεως, id est, *præmium indicii*. Et sic etiam in *l. 1. sup. de precib. Imp. offerend.* (quæ est conjungenda cum hac *l. 1.* ut monet paritas inscriptionis, & subscriptionis, & res eadem, quæ agitatur in utraque) pro *vindicanda*, scribendum *indicanda*, ut retineamus Senatusconsulti verbum. Idem mendum etiam insidet hodie alia in re in *l. deferre, §. sed communem, D. de jure fisci*, ubi legitur *deferre*, id est, *vindicare*, *ce n'est pas cela*: sed *indicare*. Sed pergamus. Non est omittendum quod in lege 1. servum, qui indicavit, vel coarguit necem domini sui, pro præmio indicii accipere libertatem non ex ipso facto, id est, ipso indicio; sed adito prætore, vel præside ex sententia ejus: quod etiam exigit *l. æris alieni, D. ad l. Falcid. & l. si necem, D. de bonis libert.* quæ etiam ostendit eum ita manumissum sententia prætoris, vel præsidis fieri libertum orcinum, id est, defuncti, cui eam fidem exhibuit, ut in *l. 5. ff. qui sine manum. ad libert. perven.* Et quod ait hæc *l. 1.* non ex ipso facto, puto ex hoc loco duxisse quod ajunt doctores frequenter, quædam ipso facto vires obtinere, vel amittere suas: ut cum dicunt Ipso facto, id est, ipso ingressu monasterii: quod etiam est in *Nov. de monachis*, quem devovere monasterio se, & sua ipso facto, id est, ipso ingressu: Nec tamen verum est quod putant, quodque hic scripsit Accursius, idem esse *ipso jure*, & *ipso facto*: nam *ipso jure*, id est, sine facto ullo, & sine sententia judicis, ut ostendit *l. 1. sup. de locat.* Et his, quæ dicuntur fieri ipso facto, potest addi *l. palam ult. de ritu nupt.* quæ dicit deprehensam in adulterio, etiam si non sit damnata adulterii, esse infamem ex lege Julia, & Papia. Cur ita? quia, inquit *lex factum notavit, non sententiam his verbis: quæ in adulterio deprehensa fuerit, ut notata sit*, & non exigit sententiam: denique vult eam ipso facto infamem fieri. Fit etiam servus liber pro præmio indicii, si raptum virginis indicaverit: quem forte improbissimi parentes, quorum maxime ultio interesset, omiserint, vel silentio, vel depectione, id est, pactione turpi: nam & hic servus propter indicium publice accipit libertatem, ex *l. 3. hoc tit.* ubi *libertate donetur*: cum esset in Codice Theodosiano, unde sumpta est, *Latinitate donetur*: quia hodie sublata est Latinitas, ut dixi. Turpis est illa pactio, qua parentes injuriam puellæ factam remittunt; adeo ut & deportatione plectantur, qui eam remiserint, ex lege Constantini, *l. 1. C. Theodos. de raptu virginum*: quam confirmat etiam hac in re Justinianus in *l. un. §. pen. inf. eod. tit.* Ac præterea ea pactio, quam habuit reus cum parentibus virginis non extinguit crimen raptus, ut non possit scilicet alius id inferre reo, sive raptori: Reo quidem raptus (quod notandum) pacisci licet cum accusatore: quia est capitale crimen, id est, quod infert pœnam sanguinis: & omnis est honesta ratio redimendi sanguinis, *l. transigere, sup. de transact.* Sed habita ea pactio inter duos, non tenet alios, qui cum reo idem non pepigere, nec repellit eos ab accusatione publici judicii, *l. 5. §. ult. ad leg. Jul. de vi public.* Et hæc est una differentia inter adulterium, & raptum: nam de adulterio pacisci non licet, *d. l. transigere*: quamvis hodie sit capitale ex lege Constantini, *l. quamvis, in fin. inf. ad l. Jul. de adulteriis*: quia scilicet lege Julia non fuit capitale, & de crimine non capitali transigere non licet, atque pacisci. Et Constantinus, qui adulterium fecit capitale crimen, & in eo derogavit legi Juliæ: non tamen ei legi derogavit in eo, quod obtinuit ex ea, ut de adulterio transigere, vel pacisci non liceret. Quod nominatim non derogatur, manet. Et hæc est ratio excepti adulterii in *d. l. transigere*. Est etiam alia differentia: Nam adulterii crimen finitur quinquennio: Raptus crimen est perpetuum, *d. l. 5. §. ult.* Item raptus punitur lege Julia de vi publica: adulterium lege Julia de adulteriis. Etiam addamus ex *l. 4.* pro præmio indicii servum consequi libertatem, qui in publicum detulit desertorem militiæ: & conjungenda est cum *l. 1. inf. de desertorib.* ut suadent inscriptiones, & subscriptiones pares; quæ lex ingenuo homini indici desertoris militiæ, pro præmio dat immunitatem tributorum publicorum: servo autem libertatem. Et ita etiam ingenuo homini indicanti reos falsæ monetæ datur immunitas, in *l. 1. inf. de falsa moneta*: servo autem datur libertas, in *l. 2. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *d. l. 1.* sed ut ait *l. 2.* hoc casu, quo servus indicat reum falsæ monetæ, si publice libertatem acceperit pro præmio indicii, fiscus domino ejus debet refundere pretium servi: nisi ipsum dominum detulerit reum falsæ monetæ: quod potest in *l. vix, D. de judic.* At si alium detulerit, & coarguerit publice, pro præmio indicii donabitur libertate, domino ejus reddito pretio ex ærario: quod obtinet etiam secundo, & tertio casu, quo diximus servo præmium indicii esse libertatem, ut scilicet his tribus casibus debeat domino reddi pretium servi de publico: Et adiici potest quartus casus ex *l. unic. inf. de mulieribus, quæ servo proprio se junxerunt*: ut si quis servus deferat commixtionem dominæ cum servo proprio, quæ fœdissima est, pro præmio indicinæ, ut Apulejus loquitur, pro præmio indicii accipiat libertatem, reddito scilicet pretio servi: Et ita etiam leges apud Livium *lib. 24.* Cum Tiberius Sempronius Gracchus liberos esse jussit servos, quorum opera prospere pugnaverat adversus Pœnos ad Beneventum, Tribunos mensariis dominis pretia servorum reddidisse. Idem leges apud eundem *lib. 32.* de duobus ser-

servis, qui detexerunt conjurationem servorum de solvendis Carthaginensibus obsidibus, pretium servorum ex Senatusconsulto manumissorum ex ærario dominis fuisse redditum. Et invenies similem legem apud Platonem 11. *de legib.* δοῦλος δὲ ἂν μηνύσας ἢ ἐλεύθερος ὑπὸ τῆς πόλεως ὀρθῶς γίγνοιτο ἀποδιδούσης τῷ δεσπότῃ τὴν τιμήν: *servus*, inquit, *qui crimen illud, de quo agit, detexerit, recte fiat liber, à civitate reddito pretio domino*; at in primo casu posito in *l. 1. hoc tit.* quo servus, qui indicavit cædem domini, publice donatur libertate, non est æquum ut fiscus heredi refundat pretium servi: imo si lex deficeret, hunc servum deberet heres afficere præmio libertatis, ut non possit honeste è publico reposcere pretium servi: idem etiam procedit in casu *l. 1. sup. ne Christian. mancip. paganus, vel Judæus habeat*: ubi si servus Christianus, quem aliqua ex causa adquisivit paganus, vel Judæus, vel hæreticus, eam rem in publicum detulerit, fit liber: nam & eo casu domino, qui deliquit in adquirendo servo, non est æquum reddi pretium: Idemque procedit in casu Novellæ *de Eunuchis*: si quis servo suo exsecuerit virum, ut & servum amittat, & pretium servi.

AD TITULUM XIV.

DE INGENUIS MANUMISSIS.

IN hoc titulo agitur de ingenuis hominibus, qui manumittuntur ut servis ab iis, qui existimant, aut fingunt se esse dominos: quæ res libertinos non facit, id est, non officit ingenuitati eorum, ut si filius ex imaginaria servitute à patre manumittatur, *l. 3. D. de capite minut.* Hoc modo liberatur quidem patria potestate, sed ingenuus manet, nec fit libertinus. Item ingenuus, qui non ex justa servitute manumissus est, non fit libertinus, non omnis manumissio libertinum facit. Non justa libertas est, ut eam definiam, cujus titulus, sive causa non legitima, vel non vera est: ut non justa servitus est, si infantem expositum, & projectum extuli, & educavi: neque enim possum eum jure retinere in servitute ob sumptus educationis, & proprietatis præmio, qua usus sum eum offerendo, quem parentes projecerant, *l. 2. hoc tit. l. 3. inf. de infant. expos.* quod tamen olim non obtinuisse significat *l. 1. C. Theod. de exposit.* & Seneca controversia 33. Item non justa servitus est, vel non est justæ servitutis argumentum, si quis ingenuus ultro mihi exhibeat obsequia, officia, ministeria servilia, *d. l. 2. hoc tit. l. 23. inf. de liberali causa*. Etiamsi mihi ita serviat longissimo tempore, scienti, vel ignoranti conditionem ejus: nihil refert, vel sciens ipse quasi liber, ut *l. 16. eod.* vel ignorans, quasi servus, id est, opinione servi, quia liberos homines, neque usucapio, neque possessio ullius temporis servos facere potest, *l. 6. hoc tit. l. ult. inf. de long. temp. præscrip. quæ pro libert. vel advers. liber. oppon.* Denique nulla possessio hominem ex libertate, vel ingenuitate perducit ad servitutem: non etiam mutatio nominis, si quis adsumat, vel si cui imponatur nomen servile, ut in *l. 10. hoc tit.* non professio, aut confessio nuda, si quis ignarus profiteatur, aut fateatur se esse servum, vel etiam si paciscatur ut pro servo habeatur, ut sit servus: nam ex pacto (quæ est regula juris) non nascitur obligatio. Et hæc omnia ostenduntur in *l. 6. & l. parentes, & l. post certi, inf. de liberali causa*. Plagium etiam ingenuum servum non facit jure, id est, si quis veneat ut servus: itemque si in dotem detur ut servus, vel ancilla: vel si ut ancilla detur sponsalium nomine, id est, vice sponsalicii muneris, ut *l. 12. & ult. hoc tit. l. 12. inf. de lib. caus. & l. 16. eod. tit. l. 2. sup. ubi de criminib. agi oportet.* Non est etiam in justa servitute is, qui cum esset libertinus, liberali judicio contendit se esse ingenuum; & superatus est, non prolatis idoneis probationibus ingenuitatis, namque ideo non amittit pristinam libertatem, id est, libertinitatem, nec fit servus; quia non videtur renuntiasse libertinitati, qui contendit se esse ingenuum, *l. pen. hoc tit.* Sicut non videtur renuntiasse possessioni continuo, qui egit rei vindicatione adversus alium tanquam possessorem, *l. naturaliter, §. nihil commune, de adquir. possess.* Non videtur renuntiasse legitimæ hereditati, qui hereditatem vindicavit ex testamento, *l. mater, D. de inoffic. testam.* Et ita recte non continuo videtur renuntiasse libertinitati, qui in ea fuit, qui ex ea proclamavit ad ingenuitatem. Is quoque ingenuus homo, qui operas suas locavit mercenarius, propterea jure servus non fit, *l. 11. hoc tit.* licet loco servi habeatur: Nam in jure hoc est certum, mercenarios, quibus hodie utimur, esse servorum loco; & plerumque quæ de servis statuta sunt, servari in mercenariis. Et ita quod *l. 4. D. de usu, & habit.* liberos homines, ait, esse loco servorum, ii sunt liberi mercenarii, ut constat ex Theophilo in *§. 2. Instit. de usu, & habitat.* Et similiter in *l. 1. §. familiæ, D. de vi, & vi arm.* qui dicuntur esse servorum loco, ii sunt mercenarii liberi homines, ut constat ex *§. si filiusfamil. ejusdem l. 1.* Denique mercenarii loco servorum sunt: qua de causa si mercenarius furtum fecit ei, cui operas suas locavit, non nascitur actio furti: quia est furtum domesticum, & quasi servi furtum, quod privatim ab ipso domino vindicari potest: nec solet publice vindicari, nisi sit gravissimum furtum, *l. si libertus, D. de furtis, l. prospiciendum, §. furta, D. de pœnis*. Unde apparet, quod jus nos habeamus in servos nostros mercenarios, id est, liberos mercenarios: de quibus etiam Varro 1. *de re rustica*, hoc modo. *Omnes agri coluntur hominibus servis, aut liberis, aut utrisque*, id est, alii sunt coloni servi, alii liberi coloni; qua etiam divisione utitur *titulus de agricolis, & censitis, inf. lib. 10.* Sequitur in Varr. *liberis, aut mercenariis* (inquit) *cum conducititiis liberorum operis majores res, ut vindemias, ac fœnisicia administrant: iique, quos obæratos nostri vocitarunt: & etiam nunc sunt in Asia, ac in Ægypto, & in Illyrico complures*. Et quos Varro ait jussè vocitatos obæratos, ii etiam sunt liberi homines, qui etiam nexi dicuntur, & addicti, qui scilicet ob æs alienum creditoribus serviunt, aut serviebant olim: nam hoc ne fieret in urbe postea fuit cautum, primum rogante Cajo Pœtelio, ut idem Varro ostendit *6. de lingua Latin.* & *Livius* 8. Sed adhuc, ut supra dixit, in Asia, Ægypto, & Illyrico, mos ille permanserat, ut obærati creditoribus servire compellerentur: quod merito tollitur in *l. ob æs alienum, sup. de obligat. & act.* ut ob æs alienum liberi homines creditoribus servire non compellantur. Serviebant creditoribus, non etiam servi erant: sicut retro olim quidam erant servi, nec tamen dominis serviebant: ut manumissi inter amicos ante legem Juliam Norbanam, prætore non permittente, ut ii servitutem servirent. Atque ita aliud est servire, aliud servum esse: aliud esse in servitute, aliud servum esse: Nam & liberi homines serviunt, & ingenui. Sicut in jure aliud possidere, & in possessione esse, & aliud possessorem esse: unde in *l. uxori, §. ult. D. de usufructu leg.* si testator ita dixerit: *Stichum illi servire volo*, non videtur legasse proprietatem Stichi, sed ministerium tantum, vel usumfructum: nam aliud est servire, & servum esse: nam, ut dixi, & liberi homines serviunt, atque ingenui: Justa autem servitus est, servitus vernæ, id est, domi nati ex ancillis nostris: servitus ejus, qui bello captus est justo, quod geritur adversus hostes, cum quibus sunt jura postliminiorum, & jura captivitatum: Justa etiam est servitus, si quis homo liber major 20. annis prodat libertatem suam, id est, si ignaviter se venire patiatur ad pretium participandum. Dico *major 20. annis*: nam ut minor 20. annis sine concilio prætoris, aut præsidis non potest dare libertatem: ita nec suam amittere ut eleganter ait *l. 16. inf. de liberali causa*. Item justa est servitus, si quis liber homo ob aliquod delictum servus fiat pœnæ, ut si damnetur in metallum, ad triremes, si in arenam, in ludum venatorium; vel si liber-

tus

tus ex causa ingratitudinis retrahatur in servitutem: vel etiam si civis Romanus, ut olim obtinuit, in censu, id est, ob non relatum nomen suum in censum venierit sub hasta, quod Ulpianus probat *libro Regularum titul. de tutelis*, & M. Tullius ad finem *orationis pro Cæcinna*: & Dionysius Halicarn. *lib.* 4. Fuit etiam justa causa ingenuæ mulieris redigendæ in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, de quo in *tit.* 24. *inf.* si eam nupsisset servo alieno: Et qui ex justa servitute manumittuntur; cujus exempla dedi, propositive formas; hi sunt libertini, non qui manumittuntur ex servitute imaginaria, non qui ex nexu, non qui ex non justa servitute: Ingenui autem sunt (nam & hoc ut exponamus hic titulus postulat) qui nascuntur ex ingenuis, vel etiam libertinis: patris libertini filius est ingenuus, *l.* 51. *sup. de operis libertor. l.* 9. *hoc tit.* vel etiam qui ingenui pronuntiati sunt, licet revera non sint ingenui: quia res judicata pro veritate habetur, cui nullum vitium objici potest, scilicet, ut in *l.* 3. *hoc tit. l. ingenuum, D. de statu homin.* Et hoc si contradicto judicio ingenui pronuntiati sint, id est, in contradictione, videlicet consistente adversus eos justo contradictore adversario, qui se diceret patronum, vel dominum, ut in *l.* 1. *hoc tit. l.* 3. *D. de collusione detegenda*: qui de ea re contenderet strenuo nisu, non lusorie, non perfunctorie: alioqui res judicata pro veritate non habetur, quæ non est adhibito justo, & vero contradictore judicata. Nec omittenda est sententia ejus Senatusconsulti, quod proponitur *l.* 1. *hoc tit.* ut si quis sit testamento manumissus, is possit à die manumissionis, id est, ab adita hereditate defuncti proclamare ad ingenuitatem agnitis natalibus suis, atque compertis intra quinquennium, vel etiam post quinquennium ex magna causa repertis novis probationibus ingenuitatis, & insperatis, ut in *l.* 2. *§. ult. D. si ingen. esse dicatur*, *& l. ultim. sup. ubi causa status, &c.* Et ita si fuerit pronunciatus ingenuus consistente adversus eum justo contradictore, plane manumissio nihil ei officiet: sed ex Senatusconsulto ita qui agnovit, recepitque natales suos, debet omnia, quæ accepit ex domo, aut familia manumissoris in ea relinquere, etiam legata, quæ ei relicta sunt ut liberto: atque ita potiri ingenuitate ex Senatusconsulto, ut dixi: cujus sententia etiam refertur in *l.* 3. *D. si ingenuus esse dicat. l. de bonis, de liberali causa*. Ii sunt, qui dicuntur ingenui: Ne autem existimes ingenuum facere penuriam adversarii: ut puta si is, qui libertino fecit controversiam status, dicens se esse dominum, & eum vindicans in servitutem, si, inquam, pendente judicio desistat, nec adsit cognitioni de statu, nec perstet cognitioni de statu, non ideo ingenuus pronuntiabitur, qui non probat se esse ingenuum: sed idem erit, qui fuit ante, puta libertinus, & hoc ostendit *l.* 7. *hoc tit. l. divi, §.* 1. *D. de liberali causa*: Pactio etiam, vel transactio non est modus faciendi ingenuum, sicut nec faciendi servum, aut libertinum, *l.* 8. *hoc tit.* Ad hæc notandum est, eum, qui ingenuus est, etiam non amittere ingenuitatem, si bello civili capiatur: nam in bellis civilibus jura captivitatum, & jura postliminiorum non servantur, *l. si quis, §. pen. & ult. de capt. & postlimin.* Ideoque captus bello civili, proprie non est captivus: quia nec servus est ejus, qui eum cepit. Captivi sunt servi: quapropter si forte captus bello civili velut è præda sub corona veneat ut captivus, ea res nihil officit ingenuitati: & eleganter *d. l. si quis, §. penult. In civilibus dissensionibus* (quæ est ratio superioris sententiæ) *licet per eas Respublica lædatur: non tamen partes contendere in exitium Reipublicæ*: & ita M. Tullius in Oratione *pro Q. Ligario. Non hostile odium fuit, sed civile dissidium, utrisque cupientibus Rempublicam salvam*: Et 3. *Catalinaria. Civiles dissensiones erant hujusmodi, quæ non ad delendam, sed ad commutandam Rempublicam pertinerent.* Et paulo post, iisdem verbis, quibus *d. l. si quis* utitur. *Atque illæ tamen omnes dissensiones, quarum nulla exitium Reipublicæ quæsivit.* Et similiter Plato in *Epitaphio*: *πρὸς τὸ ὁμόφυλον μέχρι νίκης δεῖν πολεμεῖν: πρὸς δὲ βαρβάρους μέχρι διαφθορᾶς*, id est, *in bello civili ad victoriam tantum usque certandum esse, nec ita indulgere propriæ iræ, ut Respublica pessum eat: at in bello, quod geritur cum hostibus, id esse gerendum usque ad internecionem, μέχρι διαφθορᾶς*. Et ex his nunc plane intelligemus, quod non est assecutus Accursius, quod est in *l.* 4. *hoc tit.* dominatione factionis Palmirenæ, factionem vocat rebellionem, & civile bellum. Fuit Palmira urbs Syriæ Parthis finitima, ut habetur etiam in *l.* 1. *D. de censibus*: In ea orta est Valeriani Augusti temporibus civilis dissensio adversus Rempublicam populi Romani, auctore Odenato, & Zenobia, uxore ejus fortissima, & nobilissima, & speciosissima, ut auctores scribunt, quæ tandem fuit victa, & triumphata ab Aureliano Imperat. qua de re Zosimus *lib.* 1. & Trebellius Pollio in *Odenato, & in Zenobia*, & Florent. Vopiscus *in Aureliano*. Nunc hæc est sententia *l.* 4. Quidam tempore factionis illius Palmirenæ fuit factus velut captivus, inquit, recte *velut*: quia factio non facit captivum: bellum civile non facit captivum, sed bellum hostile tantum, & fuit distractus ut captivus: ea res, inquit, non officit ingenuitati: sed notandum maxime est: pro *natum*, esse legendum *factum*, ut in Basilicis, & in antiquis omnibus, ut non dicat esse natum ingenuum, quanquam & natus forte fuerit ingenuus: sed fuisse factum velut captivum: unde & interpunctiones ita sunt emendandæ, ut post ingenuum ponatur sicilicus, subdistinctio, id est, virgula, & sic ponatur, *factum velut captivum*: subdistingue etiam illud *captivum*: quia non est captivus proprie: & sequitur, *cum distractum eum dicas, &c.* Et illud etiam non est omittendum, quod novissime constituit Justinianus, ut omnes libertini ingenui sint in *Novella* 78. ut jam manumissio non faciat ullum libertinum, sed omnes faciat ingenuos, salvo tamen jure patronatus, quod non est absurdum, ut ingenuus homo habeat patronum: nam & clientes, quos habebant Romani, qui vocabantur patroni, erant ingenui homines, aut esse poterant. Manumissi igitur hodie sunt ingenui, habentes patronum tamen, cui debeant patronatus jus conservare integrum, & illæsum, nisi eis patronus remiserit. Non est etiam (& hoc erit postremum) omittendum, quod habetur *l.* 5. *diffamari, hoc tit.* qua utuntur in plerisque provinciis hujus regni cives provinciales: atque etiam in Germania: ne à quoquam diffametur status ingenuorum hominum, vel errore, vel malitia: Et sunt literæ, quæ dicuntur dari secundum formam *legis diffamari*, quas tabelliones habent affixas ad postem, ex quibus licet convenire eos, qui diffamant statum nostrum, & qui dicunt nos esse servos, aut libertinos; & falso nobis adserere libertatem, sive ingenuitatem, qui nos dicunt esse ignobiles, vel spurios, vel quaqua alia ratione diffamant existimationem nostram, ut qui dicunt nos concilia agitate contra Rempubl. vel aliquid aliud: ii possunt in jus vocari ex *lege diffamari*, ut scilicet, qui infamia illos afficit, vulgo sparso falso rumore veniat in jus, & probet liquido ita esse, ut sparsit in vulgus: si non veniat, ut deinceps abstineat à diffamia (hoc verbo D. Augustinus utitur, dum in Senatore ait esse diffamiam, si pecuniam fœnori occupet) Ergo vocatus in jus audietur, si quidem velit probare verum esse id, quod sparsit in vulgus: sed si non veniat, etiam absente eo, pronunciabitur ut temperet ab injuria: nam in absentem lata sententia valet, licet nunquam fuerit litem contestatus, si fuerit absens ex contumacia, ut *l.* 4. *& l. justa, inf. de liberali causa, l.* 1. *inf. quom. & qu. jud. sentent. prof. deb.*



AD TITULUM XV.

COMMUNIA DE MANUMISSIONIBUS.

IN Basilicis, *κοινὰ περὶ ἐλευθερώσεων*, non male diceres *κοινά*, & *κοινά*: quia omnes, quæ in hoc titulo proponun-

ponuntur, sunt Justiniani constitutiones novæ, quæ jus vetus abrogant: sed & omnes sunt communes omnibus manumissionibus, ut ait *l.1. §. ult. & l. 2.* sive fiant apud magistratum, qui tribunali præest, veluti prætorem, aut consulem, aut proconsulem, vel apud magistratum municipalem, licet non habeat tribunal, cum & de plano manumissio expediri possit, *l. non est, D. de manumissis vindicta*: modo habeat legis actionem, ut exposuimus *in tit. 1. hujus libri*: sive etiam fiant manumissiones in Ecclesiis, teste populo, & signatore Episcopo, quo de genere manumissionis actum est *libro primo, de iis, qui in Eccl. manumittuntur*: & de eo agitur in Concilii Africani primi *Canone* 31. *&* 49. sive fiant in testamentis, vel codicillis directo, aut per fideicommissum, sive alio legitimo modo, quales multi relati sunt *sup. tit. 6.* Ac primum quidem valde novum est, quod proponitur initio *l. 1.* ut servus manumissus à nudo proprietario sit liber, & tamen serviat fructuario: ut mercenarius, & obæratus, est liber, & servit tamen: Et contra ut servus manumissus à fructuario sit servus, nec tamen serviat domino, quamdiu durare potuit ususfructus in persona fructuarii, qui eum manumisit: ut olim inter amicos manumissus, vel manumissus à peregrino erat servus, nec tamen prætor eum servire permittebat domino suo: quod plane indicat (ut dicebam nudius tertius) quam hæc duo sint diversa, servire, & servum esse. Et eleganter Quintilianus *declamat.* 311. *Quid enim lex dicit? addictus donec solverit serviat, ut opinor, non servus sit: Plurimum autem refert*, inquit, *an servire, an servum esse dicamus*: Jure autem veteri servus manumissus à proprietario non veniebat ad libertatem, sed servus remanebat sine domino. Manumissio autem facta à fructuario nullius momenti erat, quod supra satis exposui *tit. 1.* Illud etiam valde novum est, quod proponitur in hujus *l. 1. §. ult.* ut pater, & mater per filium, vel filiam, sive in potestate sit, sive emancipatus, aut emancipata, possit servos suos manumittere: itemque avus, & avia per nepotem, vel neptem ex filio, vel ex filia, & sic deinceps: hoc tamen ita non obtinuit jure veteri: nam hac in re jus vetus faciebat differentiam inter liberos, aut liberorum sexum, & gradum, sicut in successionibus ex testamento, vel ab intestato. Sed ut eam differentiam inter liberos in successionibus sustulit Justinianus: ita etiam hoc loco eam tollit in manumissionibus: in quibus jure veteri ita res procedit, ut pater per filium, quem habet in potestate, possit servum suum manumittere: ut filiusfamilias jussu patris recte manumittat servum patris, & manumittendo faciat libertum patris, ac si ipse pater manumisisset, *l. si quis hac lege, §. 1. D. qui, & à quib. manum. lib. non fiant, l. matrimonii, D. de rit. nupt. l. si consenfiente, l. nepos, D. de manum. l. si pater, l. surdi, D. de manumiss. vind. l. filiusfamilias, D. de jure patron.* quia vinculum potestatis patris facit ut una, eademque intelligatur esse persona patris, & filii. Vox filii, vox patris: manumissio filii, manumissio patris: manumissio facta à filio, manumissio facta à patre: alias enim nemo servum suum manumittit per alium, non per procuratorem, per conjugem, vel cognatum: non etiam pater per filium emancipatum, secundum jus vetus, ut nominatim hic Thalelæus notavit: Et similiter avus manumittit servum suum per nepotem ex filio, quem habet in sua familia, *d. l. nepos*, non per nepotem ex filia, quia non sequitur familiam avi materni. Eademque ratione mater non potuit manumittere servum suum per filios suos, ut nominatim Paulus scribit *lib. 1. Sentent. tit. de re judic.* quia eos non habet in potestate: forte & filiafamilias jussu patris non potuit manumittere servum patris: quia superiores leges de filio tantum loquuntur, non de filia: Magnus est igitur favor, quo adficit libertates Justinianus: dum in manumissionibus, quæ fiunt jussu parentum, non vult spectari patriam potestatem, ut eodem jure sint omnes parentes, omnes liberi, & jussus manumittendi parentis cujusque pro potestate sit. Illud etiam est valde novum, quod proponitur in *l. 2. hoc tit.* ut servus minor annorum 30. ad civitatem Romanam pervenire possit: nam jure veteri, id est, ex l. Ælia Sentia, servus minor 30. annorum, Latinus tantum fieri poterat, non autem civis Romanus, licet vindicta esset manumissus, nisi causa probata apud consilium: & ita secundum jus vetus; videtur accipienda *l. pen. D. de manumiss.* dum ait, juris rationem efficere, ut etiam infanti justa libertas competat, causa scilicet probata apud consilium, vel libertas Latina, non legitima: sine concilio vindicta manumissus servus manebat: testamento autem manumissus minor 30. annorum Latinus fiebat, non civis Romanus: excepto uno casu, si à domino, qui solvendo non erat, liber, & heres esse jussus esset, nemine alio ex eo testamento herede existente: nam etiam si minor esset 30. annorum, & daretur ei libertas in fraudem creditorum ab egeno domino, tamen conservabatur ei justa libertas, ut per eum conservaretur fama defuncti domini, id est, ut ejus servi nomine potius bona distraherentur heredis necessarii, quam nomine defuncti: alias minori 30. annorum testamento data libertas non donabat civitate Romana: & hoc de minoribus 30. annorum invenies, ut alias dixi, sæpe in Digestis, testamento relinqui libertatem sub conditione, *cum ad 30. annum pervene ris.* Cur? nempe propter illud caput legis Æliæ Sentiæ, ut expectarent tempus legitimæ libertatis, *l. ult. de reb. dub. l. Aristo, de manum. testam. l. si quis ita, §. ult. D. de statuliber. l. ex parte, §. Sticho, D. famil. ercisc.* In eo, qui censu manumittebatur, quod genus manumissionis, quia in usu esse desierat, in ejus vicem suffecta manumissione in Ecclesia: ideo nihil de eo genere manumissionis Justinianus scriptum reliquit in corpore juris: In eo vero etiam olim requirebatur ætas 30. annorum, ut reliquiæ regularum Ulpiani docent his verbis: *Et qui censu manumittitur, si 30. annos habeat, civitate Romana potitur*: quod probat etiam Theophilus *§. ult. Instit. de libert.* Sed Justinianus, ut dixi, in *h. l. 2.* hanc ætatem, neque spectari, neque expectati vult. Postremo illud etiam valde novum est, & favore libertatis indultum, ut & cætera, ut si quis habet ancillam concubinam, & liberos ex ea, & moriens, eam, eosve non legaverit, aut nominatim non reliquerit heredi; si eam habuerit in concubinatu usque ad supremum vitæ exitum, susceptis ex ea liberis, ut morte concubini, morte patris naturalis ipso jure liberi fiant, jure veteri pertinebant ad heredem defuncti ut servi: Hodie morte defuncti, & taciturnitate, si nihil de eis disposuerit, ipso jure liberi fiunt, ex *l. 3. hoc tit.* quæ loquitur tantum de eo, qui uxorem non habet, concubinam habet: Nam non habenti uxorem concubinatus licitus est: habenti, illicitus, *Lex ea, §. 1. D. de verbor. oblig. l. unic. sup. de concubinis*: quomodo accipere omnino oportet illud Catonis: *Cum conjux tibi sit, ne res, & fama laboret, vitandum ducas inimicum nomen amicæ*: Nam concubinas etiam amicas vocabant, *l. Masurius, D. de verborum significatione.*

AD TITULUM XVI.

DE LIBERALI CAUSA.

ADHUC quæ dicta sunt, veluti præludia quædam sunt, & præparationes ad hunc titulum, qui est de præjudicialibus actionibus, quibus quis ex servitute adserit se, vel adseritur liberali causa in libertatem ingenuam, vel libertinam: vel quibus quis ex libertate, id est, ex possessione libertatis vindicatur in servitutem, vel ex ingenuitate in libertinitatem, quæ liberales causæ dicuntur: quarum cognitio in urbe pertinet ad prætorem, qui prætor liberalis dicitur, quod cognoscat de liberalibus causis: vel ad consules, ut *l. Divi, ff. de liber. caus. l. 4. si ingen. esse dicetur*, & in provinciis pertinet ad proconsulem, vel ad procuratorem Cæsaris, si agatur inter fiscum, & priva-

tos, *l. pen. sup. ubi causa status*. Desiderat etiam liberalis causa maximos judices, ut ait *lex ult. eod.* majores judices, ut ait *l. non distinguemus, §. de liberali causa, D. de recept.* Adeo ut cognitio liberalis causæ non possit delegari pedaneis judicibus, *l. 2. sup. de pedan. judic.* Nec committi arbitris compromissariis, d. *§. de liberali*. Præsidum quoque in provinciis cognitio non fuit de liberali causa, nisi generaliter accipias præsidis nomen pro proconsule, ut certe est generale nomen præsidis, *l. 1. D. de offic. præsid.* Sed loquor specialiter, dum dico cognitionem causæ liberalis non pertinere ad præsidem, quod probat aperte *l. 1. sup. de ordine judic.* Et Plinius in Epistola ad Trajanum de *adsertione ingenuorum*, in qua docet cognitionem esse proconsulum, non præsidum: nisi præsides à Senatu impetraverint jus prætorium, vel jus proconsulare. Nam aliquando mittebantur in provincias cum jure proconsulari, ac tum de liberali causa cognoscere poterant; cujus cognitio proprie pertinet ad proconsules, qui otique sunt majores præsidibus: nempe proconsules sunt spectabiles: Præsides clarissimi. Atque ita apparet causam liberalem desiderare majores judices, puta principem ipsum, aut illustres, aut spectabiles judices. Qua de causa cognitiones dicuntur simpliciter in libris nostris. Cognitiones, id est, cognitiones de statu: qoia desiderant majores judices, ut Svetonius *in Claudio c. 15. Rem cognitionis esse, non juris ordinarii*, id est, ut totus locus aperte demonstrat, rem pertinere ad cognitionem principis, non ad magistratus, non ad judices ordinarios. Et præjudiciales actiones dicuntur, quia maxima quæstio ea est, quæ est de statu, & conditione hominis. M. Tullius 1. *de orat.* Judicio *libertatis*, inquit, *nullum gravius esse potest*. Ideoque cognitio, sive præjudicium illud, quod esse dico de statu hominis, impedit omnes alias futuras lites, vel de alimentis, vel de hereditatibus, vel de actione in rem, vel de criminibus, *l. 1. & l. 3. inf. de ord. cognit.* Et per alias lites, si forte præcedant, huic maximæ liti non fit præjudicium, ut in specie *l. 2. hoc tit.* Si egi in rem vindicans illum hominem esse meum, & pronunciatus est esse meus, integra est cuilibet proclamatio ad libertatem, integra libertatis causa: quia hæc quæstio de statu præjudicialis est, id est, facit præjudicium cæteris omnibus. Ipsa autem non patitur præjudicium à cæteris. Et observandum ex *§. præjudiciales, Inst. de action.* unam esse actionum præjudicialium civilem, in qua quæritur de dominio, id est, utrum quis sit liber, an servus, hoc est præjudicium civile: Alias esse prætorias, in quibus de quasi dominio quæritur, puta de jure patronatus, vel patriæ potestatis: utrum quis libertinus, an ingenuus: utrum filiusfam. an emancipatus, justus, an naturalis. Et civile quidem præjudicium datur cuilibet volenti aliquem adserere in libertatem. Denique est publica actio, ut est in *Institutionibus tit. de iis, per quos agere possumus*. T. Livius *lib. 3. in iis, qui adseruntur in libertatem*, inquit, *quivis lege agere potest*. Nam libertas est publica res, ut ait *l. si quis rogatus, de fideic. libert.* quæ publicam tutelam meretur, ut ait *l. 2. D. ne de statu defunct. l. si hereditas, §. ult. D. de testament. tut.* conjuncta *l. etsi non adscripta, sup. de fideicom. libert.* Et notandum etiam hoc ex *l. 1. hoc tit.* quod valde est singulare, & contra regulas juris, ut pater, qui filium suum venundedit justum, & legitimum: Nam naturalem filium, id est, susceptum ex ancilla, pater naturalis, idemque dominus vendere potest, *l. 12. hoc tit.* Si igitur pater filium justum, & legitimum, filium civilem venundedit, quod est plagium, & tenetur pater lege Fabia de plagiariis: tamen postea auditur pater, licet veniat adversus factum, & alleget suam turpitudinem, id est, plagium, contra regulam *l. si creditoribus, sup. de servo pign. dat. manum.* Auditur, inquam, si eum filium liberali causa adserat, venditio patris non officit libertati filii. Et addatur ex *l. 5. hoc tit.* venditionem etiam fisci, qui vendidit liberum hominem nihil nocere libertati, etiam si liber homo major viginti annis passus sit se à fisco venundari sciens, prudensque, modo pretium non participaverit: participatio pretii servum faceret: patientia, sive conniventia servum non facit, ut *l. 1. inf. quibus ad libert. proclam. non licet*. Ideoque integrum ei est, licet à fisco venditus fuerit, ex servitute, in qua est, proclamare ad libertatem prolatis incorruptis probationibus, quibus probet se esse liberum: semper enim probatio in præjudiciis incumbit ei, qui agit, non reo. Et etiam illud postremo adnotabimus ex *l. 4. hoc tit.* eum, qui aliquem vindicavit in servitutem, si superatus sit, nec appellaverit intra tempora constituta, quæ *d. l. 4.* probat non esse continua, id est, currere tantum à die, quo cognovit se esse superatum, ut is, inquam, non habeat secundam petitionem servitutis: quod dicitur ad differentiam adsertionis in libertatem: Nam adsertio in libertatem poterat iterari olim, ut indicatur titulo sequenti, favore libertatis: vindicatio in servitutem non potest iterari, *d. l. 4.*

Multæ sunt pusillæ leges in hoc titulo de liberali causa, quas prætermittam, quod sint facillimæ, vel explicatæ jam supra, vel quod eas explicaturus infra commodiore loco sim. Hodie duæ mihi potissimum explicandæ sunt, quas facio arceio hujus tituli, scilicet facio præcipuas, *l. 14. & l. 21.* Lex 14. ait lite, sive causa liberali ordinata, eum, de cujus libertate quæritur, constitui in possessione libertatis, & interim pro libero haberi: Nec possideri igitur interim ab eo, qui se dominum dicit: quod etiam est proditum in *l. ordinata, & l. si cui de libertate, §. licet, D. eod. l. 1. sup. qui dare tutor. vel curat. possunt.* Et hoc nimirum est, quod fuit cautum duodecim tabulis, ut in causa liberali vindiciæ darentur secundum libertatem, *l. 2. §. initium, D. de orig. juris*, id est, ut is, de cujus libertate quæritur, statim intio litis constitueretur in possessione libertatis: hoc enim est dare vindicias secundum libertatem. Et hoc quidem (quod summe notandum) ita procedit, non tantum si quis ex libertate vindicetur in servitutem, sed etiamsi ex servitute proclamet in libertatem, ut mox debeat constitui in possessione libertatis, qui ante in servitute erat: quod evidenter probat *l. servum, §. 1. D. de procurat.* quæ indistincte eum, qui de suo statu litigat, sive ex possessione libertatis, sive ex possessione servitutis, ait, procuratorem habere posse, non quidem in illa ipsa lite liberali, quam non nisi per semetipsum agere potuit, ut Paulus scribit 5. *Sentent. tit.* 35. sed in aliis litibus, quæ ab eo in alios, vel ab aliis in eum interim intendentur. Unde sequitur eum interim haberi pro libero, eum interim esse loco liberi, sive ex servitute petatur in libertatem, sive ex libertate in servitutem: Alioqui nec agere, nec conveniri posset, si loco servi esset. Id etiam colligitur ex *l. is autem, D. ex quibus causis major.* quæ ait, eum, qui erat in servitute, id est, qui possidebatur ut servus, post cœptam, & ordinatam causam liberalem, non videri esse in servitute, id est, haberi pro libero. Ergo & si quis ex servitute proclamet ad libertatem, vindiciæ ei dantur secundum libertatem, & desinit esse in servitute post ordinatam litem liberalem, ut dixi. Et hæc est ratio *d. l. ordinata*, quæ dicit in annuis actionibus omnibus, quales sunt prætoriæ complures, ex tempore ordinatæ causæ liberalis demum cedere ei annum, qui de statu suo litigat: Nam annus non cedit ei, qui non potest agere, sed ei, qui potest agere tantum tempora actionum cedunt. At ante litem liberalem ordinatam erat in servitute, ideoque agere non poterat; ac consequenter ei annus non cedit ante litem liberalem ordinatam; post litem ordinatam cedit: quia jam agere potest, vel contra eum, qui se dominum dicit quacunque actione, vel contra alium quemlibet; cum liberi loco sit post litem ordinatam, etiamsi ex possessione servitutis de statu litiget: quod si erat in possessione libertatis, & nunc vindicetur in servitutem, proculdubio etiam ante causam liberalem ordinatam, videlicet post motam simplicem controversiam libertatis, in qua erat, actiones suas quasi liber exercere potest, qui est in possessione libertatis constitutus. Ita omnino explicanda est *d. l. ordinata*, quæ sane erat perquam obscura. Ordinata autem lis, vel causa liberalis, etiam cœ-

pta

pta dicitur, & inchoata, & præparata, *d. l. is autem*, *D. ex quibus cauſ. maj.* & *l. liberi*, *§. ult. D. de liber. cauſ.* A Et ordinatio hujus litis in hoc titulo *l.* 11. 15. & 31. significatur his verbis ſolemnibus ordinatis; quæ ſolemnia mox explicabuntur: & in *l. ſi is ſtatus*, *inf. de evict.* iis verbis, *Solemnibus, quæ juris admittit ratio, interpoſitis*: Et ordinata lis dicitur, quæ, ut dixi, cœpta, & præparata eſt, non quæ conteſtata eſt: faceſſat hæc interpretatio: ordinationem ſequitur conteſtatio. Ordinatur lis liberalis ante litis conteſtationem, dum adſertor, quod olim erat neceſſe, & vindex libertatis quæritur, dum apud eum, qui de cauſa ſtatus cogniturus eſt diſceptatur, ut lis ordinem accipiat, & inde nomen *ordinatæ litis*, quis actoris, & quis rei partibus fungatur: utrum ex ſervitute quis in libertatem petatur, quo caſu actoris partes ſuſtinet, id eſt, probare debet ſe eſſe liberum, *l.* 5. *hoc tit.* B niſi in ſervitute fuerit vi, aut dolo malo poſſeſſoris, *l. vis*, *ſup. de probat. l. ſi quis liberum*, *D. eod.* Nam is, qui eſt in ſervitute dolo malo poſſeſſoris, pro eo habetur, ac ſi eſſet in poſſeſſione libertatis, ut non ſuſtineat onus probandi: An vero ex libertate in ſervitutem petatur; quod utrumque ipſa conceptione petitionis manifeſto declaratur, ut ait *l.* 21. illo loco, *ſui conceptione manifeſte probatur*, id eſt, conceptione petitionis declaratur, utrum ex ſervitute quis in libertatem, an ex libertate in ſervitutem quis revocetur. Et ita eſt accipiendus ille locus, rejectis Accurſii interpretationibus *l.* 21. Et eſt ſimilis loquendi formula, *l. cum tibi*, *inf. de evict.* Hoc vero caſu cum quis ex libertate in ſervitutem petitur, ipſe ſuſtinet partes rei, & probatio ei nulla incumbit; ſed ei tantum, qui ſe dominum dicit, niſi ille dolo malo fuerit C in poſſeſſione libertatis: Nam ut *l.* 21. ait caveri edicto prætoris is, qui dolo malo eſt in poſſeſſione libertatis, ſimile præjudicium patitur, atque ſi eſſet in poſſeſſione ſervitutis, ut ſcilicet probare debeat ſeſe liberum eſſe. Et adnotandum ex *l.* 21. ex Baſilicis in fine ita eſſe legendum: *Nec quidquam ancillæ dolus juris proprii, non propriis*, τοῦ ἰδίου δικαίου. Et obſervandum etiam, quod ait, eum, qui dolo malo eſt in libertate, in ſervitute conſtituto ſimile habere præjudicium, id eſt, ſimili præjudicio teneri, ac ſi in ſervitute eſſet, ſine dolo malo poſſeſſoris: Qui locus oſtendit non eſſe verum, quod quidam Cimber ſcripſit, cujus nomen obſcure dicam, ut ſit Græce ἐπιμηθέως, ne ſemel quidem in titulis de liberali cauſa fieri mentionem præjudicii, quod mendacii coarguit *l.* 21. Unde etiam ille auſus eſt ſcribere, nihil D eſſe abſurdius, quam dicere, idem eſſe cauſam liberalem, & præjudicialem actionem, cum in illum ipſum locum *l.* 21. ſimile habere præjudicium Thalelæus rectiſſime notet, omnem cauſam ſtatus appellari præjudicium. Idem vero ordo conſtituitur, & ſervatur cum quæritur, utrum quis ſit libertus, an vero ingenuus? Nam qui erit in poſſeſſione ingenuitatis, rei partibus fungitur: qui erit in poſſeſſione libertinitatis, actoris partibus: Nihil enim refert, quod ad litem ordinandam attinet utrum quis dicatur eſſe ſervus, an libertinus, *l. circa*, *D. de probat.* Et generaliter ait *l. generaliter*, *D. de exception.* quæ eſt accipienda de præjudicialibus actionibus, non de præjudicialibus exceptionibus, ut alias oſtendi. Ait *in præjudiciis*, id eſt, præjudicialibus actionibus: generaliter igitur in omnibus actionibus E præjudicialibus eum actoris partibus fungi, qui habet intentionem ſecundum id, quod intendit, id eſt, cui ſecundum intentionem ejus datur actio: datur præjudicium: vel hoc modo: *ſi paret Lucium Titium Caii eſſe patronum*: vel, *ſi paret Cajum eſſe ingenuum*, habet præjudicium congruum ſuæ intentioni, is eſt actor, ſive adſerat libertatem, aut libertinitatem, ſive ſervitutem, aut patronatum. Et valde laudandus eſt Theophilus, qui præjudicium dixit ſola intentione conſtare actoris, & nullam in ſe continere condemnationem. In aliis actionibus non præjudicialibus additur clauſula condemnationis, veluti: *ſi paret illum ex teſtamento mihi decem dare oportere, condemna illum judex*. Ad quam formulam reſpicit *l. qui condemnare*, *de re judic.* ut licet formula ſit *condemna*, poſſit tamen judex abſolvere, & *condemna* ſic accipiatur, *condemna*, vel *abſolve*. At in præjudiciis non opponitur clauſula condemnationis, ſed ſimpliciter ita agitur: *ſi paret eum ſervum eſſe*, *aut ſi paret eum liberum eſſe*, aut *libertum illius*, *aut patronum illius*: nec præterea additur quidquam. Ita vero de ingenuitate egit ex libertinitate Paris Hiſtrio quidam tempore Neronis, Pantomimus celeberrimus adverſus Domitiam amitam Neronis, ut Cornelius Tacitus ſcribit 13. *annal.* filiam Neronis, ut Ulpianus noſter ſcribit in *l.* 3. *§. Neratius*, *D. de condict. cauſ. dat.* quod in Ulpian. proculdubio eſt μνημονικὸν ἁμάρτημα, commune vitium Seneſcentium, aut occupantium animum rerum magnarum cogitatione. Vel potius eſt παρόραμα Ulpiani, non ἁμάρτημα, ut Ipparchus excuſat Aratum, & Eudoxum, cum duobus locis Tacitus vocet Domitiam amitam Neronis. Et Dio quoque in Nerone Domitiam amitam Neronis. Et vera ſpecies, de qua agitur in eo *§. Neratius*, & hiſtoria hæc eſt: Domitia amita Neronis Paridem hiſtrionem ſervum ſuum manumiſit accepta ab eo pecunia pro libertate. Atque ita diu Paris fuit quaſi libertus Domitiæ: poſt juſſu principis egit de ingenuitate, dicens veritati, & origini ingenuitatis manumiſſionem Domitiæ nihil obfuiſſe. Et vicit, id eſt, pronuntiatus eſt eſſe ingenuus, repetitis, & agnitis natalibus ingenuis. Verba Cornelii Taciti hæc ſunt: *Ereptus amitæ libertus Paris quaſi jure civili, non ſine infamia principis, cujus juſſu perpetratum ingenuitatis judicium erat.* Et obſerva illo loco nomine juris civilis ſignificari jus prætorium: quia & pars eſt juris civilis, quod invenies etiam in oratione pro Cæcinna. Nam actio, & judicium ingenuitatis eſt prætorium, non civile. Ex ea autem ſpecie orta eſt quæſtio, an Paris ingenuus pronuntiatus, poſſet à Domitia repetere pecuniam ei datam manumittendi cauſa, quaſi datam ob cauſam, cauſa non ſecuta: quia manumiſſio, quæ interceſſit, nulla, & inanis eſt; & ait competere repetitionem pecuniæ indiſtincte, ſive Domitia ſciverit eum eſſe ingenuum, ſive ignoraverit. Verum, ut finiamus quod propoſitum eſt, liberalis lis ordinatur quantum ex ſuperioribus ediſcere licet, dum adſertor quæritur, & conſtituitur antequam ea lis conteſtetur, quis actoris, quis rei partes ſuſtinebit, & agendi formula concipitur, & datur, & præterea dum exigitur ſatiſdatio, ſive cautio judicio ſiſti, ut in *l.* 1. *§. omnes*, *tit. ſeq.* quam cautionem judicio ſiſti conſtat interponi ante litem conteſtatam. Ergo aliud eſt lis conteſtata; longe aliud lis ordinata. Et ita in *l.* 1. *inf. ad Senatuſc. Turpill.* criminalis cauſa ordinata dicitur, non conteſtata inſcriptionibus accuſatorum depoſitis, cum inſcripſere in crimen, ſive ſubſcripſere ſe calumniæ pœnæ, & fidejuſſore de lite exercenda præſtito; quæ cautio in cauſis criminalib. hodie non interponitur: neque etiam illa judicio ſiſti in civilibus: quia pro interpoſitis habentur tacito intellectu. Inſcriptionum etiam hodie nullus eſt uſus, niſi in crimine falſi. Et ita quoque lis de inofficioſo teſtamento ordinari dicitur petita bonorum poſſeſſione unde liberi, vel unde legitimi, veluti ab inteſtato ordinandæ litis gratia, ut ſit jus, ſive titulus quidam, qui præbeat cauſam agendi, de reſcindendo teſtamento: atque etiamſi opus ſit ad litem tutore, vel curatore dato, *l. Papinianus*, *§.* 1. *ff. de inoffic. teſtam. l. jure*, *§. ult. ff. de teſtam. tut.* quod utique ſit ante litis conteſtationem. Adhibentur in lite ordinanda etiam Juriſconſulti, & Advocati, Seneca 19. *Epiſtol. Sapienti*, inquit, *cum ad civilia, & domeſtica venitur, & ut ita dicam mortalia, neceſſarium eſt aliquem in concilium advocare; in his ſic opus eſt ſapienti alieno conſilio, quomodo medico, quomodo gubernatori in navigatione, quomodo advocato, & litis ordinatori*. M. Tullius 2. de Orat. *Qui in foro*, inquit, *atque in civium cauſis, diſceptationibuſque verſantur, ea, vel in lite ordinanda, vel in conſilio dando eſſe poſita*. Abſoluta eſt quæſtio *l.* 14. & *l.* 21. Hodie, ut nihil prætermittatur eorum,

quæ sunt notanda (*il n'y à que trois petits poincts*) ad *l.27. Arrianus*, *hoc tit.* adnotemus, eam esse conjungendam cum *l.4. sup. com. de successionibus*, & cum *l.8. sup. de pet. hered.* ex quibus etiam in *l. Arrianus*, est legendum in inscriptione *Asterio*, ut in illis, non *Austerio*: & eadem reponenda subscriptio. Conjunctio etiam cum re ipsa congruit omnium harum trium legum: ut Arrianus, qui liber pronunciatus est, non possit iterum ab eodem in servitutem peti, ut in *l.4. hoc tit.* Adsertio in libertatem iterari potest, non petitio in servitutem. At finge, Arriano duo heredes exstitere, quasi libero. Nam hereditatis nomen congruit tantum libero homini, peculii servo homini, & nomina bonorum, nomina substantiæ non sunt temere commutanda, ut ait *l. Arrianus*, puta nomen hereditatis in nomen peculii: Neque hæc mutatio quidquam obest libero homini, cujus hereditatem peculium vocat: neque etiam si unus ex heredibus Arriani, ab heredibus ejus, adversus quem pronuntiatum est Arrianum esse liberum, passus sit se vinci, dum ii revocant in dubium statum defuncti Arriani, ea res non nocet coheredi alteri; sed ut significat *l. 8. de pet. hered.* ut præjudiciorum natura postulat, prius quæstio de statu erat dividenda, quam quæstio de hereditate Arriani: quia, ut ait *l. 4. sup. commun. de succession.* servus successores habere non potest. Notandum etiam ex *l.31.* eum, quem quis dixit esse servum, si pronuncietur liber, habere in eum actionem injuriarum, vel actionem calumniæ, ut in *l. qui ex libertate*, *ff. eod.* quæ est conjungenda cum *l.12. ff. de injur.* Et inscriptio hujus, vel illius emendanda in numero libri, ex *l. pen. inf. de injur.* Sed ut possit agere injuriarum is, quem quis temere servum dixit, necesse est, ut hujus rei habeat contestationem, ut in *l.13.* id est, διαμαρτυρίαν, id est, ut testato, vocatis testibus scilicet, dicat se eam injuriam revocare ad animum. Alioqui actio injuriarum silentio abolетur, *§. ult. Inst. de injur.* nisi habita sit contestatio: Quod retuli, ut intelligeremus verum sensum illorum verborum in *l.31. habita contestatione*.

Postremum, quod velim vos annotare est in *l.32.* quod nulli præter Græcos interpretes intellexerunt: dum ait *subscriptio filii*, *&c.* Et sane prima specie obscurus est hic versus; sed facillimum eum reddunt Græci, dum ponunt dominum manumittentem, qui subscripsit in epistola quadam, Stichum servum esse filium suum, eum servum suum nuncupando filium suum animo manumittendi nihil egisse: sola subscriptio filii, etiamsi dominus habeat animum manumittendi servum, liberum non facit: quod & plenius Justinianus ostendit *§. ult. Inst. de adopt. & tit.6. sup. §. similique modo*: nisi nuncupatio illa filii, ut ait, fiat apud acta, & quasi in figura judicii: alioqui subscriptio, vel nominatio filii nihil agit.



AD TITULUM XVII.

DE ADSERTIONE TOLLENDA.

MANU adsertio, ut manumissio, dicitur defensio ejus, qui de statu suo controversiam patitur, si quis scilicet pro libertate ejus agat adversus eum, qui illum vindicat in servitutem, & hæc quidem adsertio in causa liberali olim erat necessaria, sive quis ex servitute in libertatem peteretur, sive ex libertate in servitutem: quia is, qui servus dicebatur, non poterat per se agere causam liberalem, ne forte servus ageret adversus dominum, ut Thalelæus notavit in *l.1. hoc tit.* quod servo non licet: Qua de causa & interim liberi loco erat in omnibus aliis actionibus instituendis adversus eum, qui se dominum dicebat, *l. ordinata, de liber. cau.* Denique is, qui litigabat de suo statu, non per se litigabat, sed per adsertorem, *l.1. C. Theod. de liber. cau.* & nemo agebat de suo statu sine adsertore. Ac præterea licet petitio in servitutem iterari non possit ab eodem, *l.4.* & *l.27. sup. tit. prox.* Tamen adsertio in libertatem iterabatur ab eodem ter, quaterque, etiam in causa appellationis: ne temere quis eriperetur in servitutem ex libertate: Qua de causa & *proclamatio in libertatem* dicta est: Nam idem sæpius iterare, & frequentare, *proclamare est*, & ita *l.1. hoc tit.* adsertionem fieri solitam secunda, & tertia vice: pro quo tamen in Basilicis est tertia, & quarta vice: Ut apud Martialem quoque illis versibus: *Adsertor venias satisque præstes, Et cum se dominum vocabit ille, Dicas esse meos manuque missos. Hoc si terque, quaterque clamitaris, Impones plagiario pudorem.* Adsertio igitur iterabatur ter, quaterque. Et ita sæpius iteratæ adsertiones, ut alias emendavi, dicuntur perfusoriæ adsertiones à Suetonio in Domitiano *cap.8.* quod scilicet iterarentur defunctorie, & dicis causa: Et ut barbari loquuntur pro forma tantum.

Hodie ex *l.1. hoc tit.* in causa liberali non est necessarius adsertor, qui causam agat pro eo, qui servus dicitur, qui etiam olim erat difficilis inventu, diuque trahebatur judicium liberale quærendi adsertoris gratia, sed qui de statu suo litigat, per seipsum causam agit sine adsertore, tanquam liber, sive agat ex possessione servitutis, sive ex libertate petatur in servitutem, non etiamsi ex servitute proclamet in libertatem, quia hic quodammodo servus esse præsumitur, quod sit in possessione servitutis: & servi non potest habere procuratorem ad lites, *l. servum, ff. de procurat.* Hic notandum est nobis, quid distet adsertor à procuratore: Qui ex libertate in servitutem petitur, potest agere causam per procuratorem, non per adsertorem: quia adsertiones sublatæ sunt. Item adsertor periculo suo causam agebat, & præstabat satisdationem suo nomine judicio sisti, & res salvas fore, quas teneret is, qui servus diceretur, *l.1. & 2. Cod. Theod. de liber. cau.* Ac præterea si causam liberalem adsertor deseruisset, tenebatur actione pœnali: quod prodendæ libertatis causa factum est. Hæc est formula pœnalis actionis auctore Paulo *5. Sentent. tit.1.* Quin etiam mortuo homine, de cujus statu agebatur, pendente lite adsertor cogebatur litem peragere judicii forte de evictione emptori hominis servandi causa, ut in *l.2. hoc tit.* Ut fit in rei vindicatione, si vindicavero hominem, & is moriatur pendente lite, non ea etiam lis moritur: quoniam præter causam evictionis, necesse est pronunciari cujus is homo fuerit, ut sciatur emptori ejus hominis competat, necne actio de evictione, *l. utique*, *de rei vindicat.* Hodie autem sublatis adsertoribus *ex d. l. 2. hoc tit.* si mortuus sit pendente lite, is homo, qui sine adsertione de suo statu per se causam agit, ab eo lis transfertur in venditorem propter causam evictionis: ut scilicet venditor probet se vendidisse servum, non liberum hominem; aut subjiciatur periculo evictionis, quæ est sententia *l. 2.*

Et hæc de assertore, cum quo nunc conferamus procuratorem, à quo adsertorem multum distare diximus.

Procurator agit periculo domini, non suo: Nam actio judicati datur domino, vel in dominum, non procuratori, vel in procuratorem, nisi fuerit procurator in rem suam, *l.4. D. de rei judic.* Denique procurator in rem alienam alieno periculo agit, puta periculo domini, id est, mandatoris.

Domini nomen est multiplex: nec enim respicit tantum ad servum, sed etiam ad colonum liberum hominem, & ad uxorem, & ad beneficiarium, sive vasallum, & ad procuratorem. Item satisdationem judicio sisti nunquam præstat procurator; sed is, cujus res est, quæ præstatur semper ante litem contestatam, *l. amplius*, *D. rem rat. hab.*

Item procurator non præstat illam cautionem rem salvam fore, quam adsertor præstabat: Item si cœptam litem procurator deseruerit, non tenetur pœnali actione, sed mandati tantum actione in id, quod interest, *l. si quis*, *§. si susceptam*, *D. mand.* Et olim, ut dixi, nullo casu potuit quis status sui causam agere per procuratorem, ne absens duceretur in servitutem, aut damnaretur, auctore Paulo *lib. 5. Sentent. tit.35.*

Nec

Nec potest etiam hodie causam status agere per procuratorem, si ex servitute in libertatem proclamet, sed si ex libertate petatur in servitutem, potest agere per procuratorem, *l. t.* Is autem, qui se dominum dicit, semper potuit agere causam status per procuratorem, *l. non solum, §. si is status, ff. de procurat.* Sive ex servitute in libertatem, sive mutata vice ex libertate in servitutem peteretur. Et in causa liberali, licet actor sit, qui petit in servitutem, reus qui petitur, vel potius, ut eleganter definit *l. generaliter, D. de except.* actor, secundum cujus intentionem judicium liberale concipitur. Et actoris tantum procurator caveat de rato, id est, rem ratam dominum habiturum, non procurator rei, *d. l. non solum, §. t.* Tamen, *ut in d. §. si status*, ait fuisse expressum prætoris edicto; quod ad cautionem de rato attinet, procurator ejus, qui se dominum dicit, sive is sit actor, sive reus, habetur tanquam procurator actoris, ut utroque casu scilicet cavere debeat de rato: quæ est interpretatio *d. §. si status* valde notanda.

Persequamur reliqua, quæ sunt *in h. l.* Non est hodie necessarius adsertor, addit Justinianus, ut etiam non sit necesse hodie iterari, & tetractari sæpius judicium liberale, sublato more prisco, quo adsertio iterabatur ter, quaterque. Et ita quoque Domitianus, ut Suetonius ait, Recuperatores identidem monuit, ne se perfusoriis adsertionibus accommodarent, id est, ne admitterent iteratas adsertiones, quæ, ut solebat fieri, instituerentur defunctorie, non strenua opera. Et ait, *recuperatores:* quoniam olim magistratus ante *l. 2. sup. de pedan. judic.* dabant judices, qui recuperatores dicebantur, de quibus Theophilus noster *in tit. qui, & quibus ex caus.* qui scilicet de liberali causa cognoscerent, ut recte legi apud eundem Suetonium *in Vespasiano*, Flaviam Domitillam uxorem Vespasiani ingenuam, & civem Romanam pronunciatam judicio recuperatorio, adserente patre Flavio Liberali. Et ita quoque legi in antiquo privilegio Thermensium majorum Pisidiæ: *quos Thermenses majores Pisidiæ liberos servosve bello Mithridatis amiserunt magistratus prove magistratus, cujus ea de re jurisdictio erit, quin de ea re in jus aditum erit: ita de re jus dicunto, ut in eos recuperare possint.* Addit præterea Justinianus in *h. l. t.* ne peculium bonave ejus, qui de suo statu litigat, sequestro deponantur, si ex libertate vindicetur in servitutem: sed si ex servitute proclamet in libertatem, tum ut res ejus sequestro deponantur arbitrio judicis in æde sacra, vel apud honestum virum, & probum, vel ubi videbitur judici. Quod ita est intelligendum ex *l. 3. tit. sequentis*, ut qui ex servitute proclamat in libertatem, protinus reddat res, quas fatetur esse ejus, qui se dominum dicit, quas diffitetur, de eis præstet satisdationem res salvas fore, ut in *sup. tit. de ordin. cognit.* Ac deinde si liber pronunciatus sit, reddat rationem actus administrati, si quem administraverit, & omnia bona, quæ constiterit esse profecta ab eo, qui se dominum dicebat, & ut ait *d. l. 3.* ut reddat etiam quæ furtivis compendiis, & obscure capta, & parata sunt. *Vous ne sçauriez mieux dire: faire le tour du baston:* quod ibi glossa notat in Italia vulgo appellari Trebellianum, id est, *le tour du baston.* Ut igitur hæc omnia reddat: Nam etsi liber ipse pronuntiatus sit, non tamen etiam liberum esse pronunciatum est, quod apud eum residet ex bonis adversarii. At vero, quæ quis testamento ei reliquit, qui postea liber pronuntiatus est, vel donavit inter vivos, ut libero, non ut servo, id est, adventitia, ea ut ipse retineat, sibique vindicet. Verum exacto liberali judicio, ut ait *d. l. 3.* id est, expleto liberali judicio, atque peracto, ut in Basilicis πληρωθέντος: & ita etiam glossa interpretatur recte *exacto*, id est, *finito*, illæ omnes res, quæ supra designatæ sunt, ut discernantur, debent etiam prolectitiæ res, maxime si non potuerit satisdare salvas eas res fore, ut in *l. ult. inf. de ord. cognit.* Ut omnes, inquam, ut aliæ ab aliis discernantur, apud sequestrem deponi debent, & *in medio jure*, id est, apud sequestrem, ut in *l. 5. inf. quor. appellat. non recip.* pro in deposito, quod est in *d. l. 5.* Basilica habent, in medio jure, ἐν μέσου δικαίῳ. Atque ita omnibus rebus in medio positis, ut hic qui liber pronuntiatus est, sua vindicet, & is, qui causa cecidit æque sua, ut agant invicem rei vindicatione, rebus ante sequestro depositis. Nec nos movere debet *l. un. sup. de probib. sequest. pecun.* quasi generaliter ea lex velit omnem sequestrationem esse prohibitam. Est indigna objectio, quoniam ille titulus de prohibita sequestratione pecuniæ pertinet ad actionem creditæ pecuniæ, qua petitur quantitas certa, quæ mutuo data est; non ut certa corpora nummorum: quia ex causa mutui non debeo reddere eandem speciem, sed idem genus, id est, quantitatem eandem, & qui repetit pecuniam creditam, non jure desiderat, ut interim dum lis agitur, ea quantitas sequestro deponatur: quia ejus quantitatis non subest certum corpus: generis non subest certum corpus, ut vereri non debeamus, ut intervertatur quantitas, quæ certe interverti, & perire non potest. At cum agitur de rebus, quarum est certum corpus, quia interverti possunt, jure desideratur sequestratio earum.

Postremo additur in *h. l. t.* ab his, qui de statu suo litigant per se sine adsertore, ante litis contestationem, ut dixi, esse præstandam satisdationem judicio sisti, vel si non possint invenire fidejussores, esse committendos juratoriæ cautioni, ut jurent judicio sisti se perstaturos in judicio, & cognitione status. Ac deinde subjicit in *§. scientes* (quem vellem non esse paragraphum, id est, non esse avulsum à prioribus verbis) ut si quis posteaquam cavit judicio sisti, cognitioni absit, cum ex libertate vindicaretur in servitutem, & edictis evocatus præsentiam sui facere contempserit, & in ea contumacia per annum perseveraverit, ut omnino servus esse pronuncietur, etiamsi revera non sit servus: etiamsi liqueat esse liberum, quod est durum, & iniquum, ut videtur: quia judex, cui liquet bonam esse causam absentis contumacis, debet & secundum absentem pronunciare. Et ita nominatim proditum est de libertate, ut secundum libertatem sententia feratur, si absentem appareat judici non esse servum, *l. Divi, §. ult. D. de liber. causa*, quam merito objicit Accursius; idque obtinet in omnibus causis: ut etiamsi qua pars absit per contumaciam, quantovis tempore absit: possit judex, & vere debeat secundum eam pronunciare, si ejus videatur causa bona, *l. & post edictum, D. de judic. l. properandum, §. sin autem ex gestis, sup. de judic. l. t. inf. quomodo, & quando judex: Et Novella 49.* Neque obstat, quod dicitur in *l. contumaciæ, de re judic.* Contumaciam plecti damno litis: Nam hoc non est contumacem semper condemnari, sed condemnatum nunquam rem suam recipere posse, nec restitutionis, nec appellationis remedio: quoniam hoc est perpetuum in jure, damnato ex contumacia non esse jus appellandi, non esse restitutionis petendæ jus: quia suo vitio condemnatus est. At absolvi certe potest: Quid ergo est, quod ait in *l. t.* Justinianus, eum qui ex libertate petitur in servitutem, post præstitam cautionem judicio sisti, si annum abfuerit cognitioni contumaciter, omnimodo servum pronunciari. Ratio hujus constitutionis facile intelligitur, si hæc verba *§. scientes* legamus conjuncta oratione, conjuncta scriptura cum præcedentibus *juratoriæ cautioni commissi, scientes, quod si post hujusmodi expositionem*, id est, post expositionem hujusmodi cautionis juratoriæ, *abfuerint, &c.* Atque ita tenor orationis docet non tam plecti contumaciam, quam perjurium, quod is, à quo non sunt exacti fidejussores, qui commissus est suæ fidei, jurationi suæ, suo jurejurando, id si non servaverit, post annum servus esse pronuncietur: cum nulla cura religionis teneatur: Et ita etiam scotit rectissime D. Alciatus 3. παρέργων. Et ita inveni in *l. si quis major, D. de transact.* eum, qui venit contra transactionem juratam, cadere eo jure, quod ipse liquido habuit ex ipsa transactione, vel alio jure, quod spectet ad eam rem, de qua transactum est, transactioni interposito divino numine; neque tamen suo jure cadere, si transactio non esset jurata, *d. l. si quis major.*



AD TITULUM XVIII.

QUIBUS AD LIBERTATEM PROCLAMARE NON LICET, &c.

PROCLAMANDI verbo etiam significatur iteratio adsertionis, si quis se iterum, atque iterum adserat in libertatem, ut fieri olim solebat ter, quaterque: & inde jocus Ciceronis apud Plutarchum, cum Marcus Gellius, qui vulgo non existimabatur esse ingenuus, gereret tamen se pro ingenuo, & quadam die in Senatu recitaret literas quasdam magna voce, & insana, Cicero proxime adstantibus dixit: Nolite mirari: quia unus erat ex iis, qui olim proclamaverunt. Sic ille locus est explicandus, quem male accipiunt de Prætoribus, quasi M.Gellius ex numero Prætorum fuerit: quæ interpretatio joco adimit omnem venustatem. In hoc autem titulo *l.*1. *&* 2. ostenditur, quod est in prima parte tituli, quibus ad libertatem proclamare non licet, &c. Atque in primis ostenditur, proclamationem ad libertatem denegari ei, qui cum major esset viginti annis, compacto participationis pretii se venalem præbuit bonæ fidei emptori. Hic proclamare ad libertatem non potest, quam prodidit ipsemet sibi. Quod esse ex Senatusconsulto significat *l.*3. *ff. eod.* Et ex Senatusconsulto Claudiano id esse innuit inscriptio *l. ult. ejusd. tit.* Et adeo verum est, ut etiamsi postea manumissus sit ab emptore, non recipiat ingenuitatem, quam habuit, antequam se venalem præberet, sed libertinæ conditionis efficiatur, *l.homo liber*, *ff.* de *statu hom.* quia indignus est ingenuitate, qui ea seipsum ignaviter abdicavit, pro qua retinenda alii nec mortem quidem fugiendam censent: qui libertati, qua nihil est præstantius, prætulit vilissimum quæstum. Eadem ratione si servus, cui jam debetur fideicommissaria libertas, ut mox possit eam petere, & obtinere, in ipso confinio adipiscendæ libertatis, si se venalem præbeat, ut participet pretium, non poterit ad libertatem proclamare, *l.*1. *hoc tit.* nec implorare fidem poterit Prætoris fideicommissarii, qui in ipso limine consequendæ fideicommissariæ libertatis ea se abdicavit accepta pecunia. Et hæc est ratio *l.*4. *in fi. ff. eod.* Quin etiam placet militem, qui se in servitutem venire patitur, qua re nihil est sordidius, capite puniri propter ignaviam, *l. quædam, ff. de pœnis*. Videlicet si in servitutem se venire passus sit ad pretium participandum. Dixi initio propositionis *major* 20. *annis*: nam minor 20. annis, quam libertatem ex l.Ælia Sentia propter infirmum ætatis consilium aliis dare non potest sine consilio prætoris, aut præsidis causa probata, & inconsulto, etiam ipse se libertate abdicare non potest, *l.*17. *sup. de lib. causa.*

Dixi, *bonæ fidei emptori*, id est, ignoranti hominem esse liberum, ignoranti hominem venalem esse liberum, existimanti esse venalitium, quod nomen tribuitur tantum servo: Nam adversus malæ fidei emptorem, qui sciens emit liberum hominem, placet dari proclamationem in libertatem, quia nulla venditio est, *l. liberis*, *ff. de lib. caus.* Dixi, *compacto participationis pretii*. Nam si is, qui se venire patitur sciens, prudensque, simulata servitute non participet pretium, servus quidem fit, sed integra est ei, qui nihil sordide fecit, qui nihil æris accepit, proclamatio ad libertatem, *l.*1. *hoc tit. l.*5. *de lib. causa*. Est quidem malus, qui simulat servitutem, & decipit emptorem dolo malo, atque eo nomine tenetur emptori in factum, quæ est annua, & pœnalis in duplum ex edicto prætoris, *l. in tantum*, *l. non solus*, *ff. de lib. cau.* Venditor etiam evictionis nomine emptori tenetur in duplum, si intervenerit stipulatio duplæ ob evictionem, atque ita fit, ut emptor habeat quadruplum, quod ostenditur in *l. vel obligatus*, *ff. de lib. cau.* non tamen est indignus ea libertate, qui non participavit pretium, licet sciens venum ierit, ut servus: nam integra est ei proclamatio ad libertatem. Et idem multo magis dicendum est, si liber homo passus sit se donari alii tanquam servum, vel dari in dotem, vel pignori, vel sponsaliorum nomine, ut *l. ult. sup. de ingen. manumiss.* quia hic nullum pretium intercedit. Quod ergo in venditis liberis hominibus locum habet, ut non denegetur iis proclamare in libertatem, si pretium non participaverint, istud multo magis locum habet in donatis, vel datis in dotem, vel pigneratis, vel datis pro munere sponsalitio, ubi nullum pretium intercedit. Et quod ait *l.*16. *sup. de lib. cau.* mulierem nescientem in dotem dari, & eam rem non obesse libertati, id proponit ex facto: Nam idem est in sciente, si sciens patiatur se dari in dotem, ut non denegetur ei proclamatio in libertatem. Sicut etiam in *l. scientis*, *sup. de ingen. manum.* recte Thalelæus notat illud *scientis* proponi ex facto, de quo agebatur, quod idem sit in nesciente, quod lex illa constituit, ut præstatio servilis ministerii non faciat servum. Igitur ut alias ostendi, utque rei consequentia suadet in *l. si usumfructum*, *§.*1. *de lib. cau.* legendum est addita negatione, ut quæ dicta sunt de venditis liberis hominibus, quibus non denegatur proclamatio ad libertatem, puta si pretium non participaverint, pertineant etiam ad donatos, & pigneratos, & datos in dotem, quod ex iis negotiis non interveniat pretium. Et hæc de lege 1. In *l.*2. ostenditur etiam libertatem, vel proclamationem in libertatem denegari iis, qui ex latronum familiis descendunt, si servi facti sint, vel largitione Principis, vel auctoritate fisci, quod exponamus. Primum notandum est familiam latronum dici pro secta, sive factione, Gall. *une bande*, ut dicimus, *familiam gladiatorum*, *familiam Philosophorum*, *familias Jurisconsultorum*: quæ duæ sunt sectæ, Proculianorum, & Sabinianorum. Secundo notandum est eos, qui capiuntur à latronibus non fieri servos, nec captivos, quia non bello capiuntur, *l. postliminium*, *§. ad piratas*, *& l. hostes*, *ff. de capt. & postlim. l.*1. *in princip. de leg.* 3. *l. qui latronibus*, *ff. qui testam. fac.* Et vice versa latrones, qui capiuntur, non fiunt servi, ut jus sit æquabile. Sed aliquando pro præmio à principe in servitutem dantur iis, qui eos ceperunt, & expugnaverunt, ut sint servi ex largitione Principis: & ex hoc loco potest explicari, quod est obscurum in *l. penult. C. Theod. de lib. causa*, *vel ad Senatusconsf. Claud.* ut servi alii fiant bello, alii connubio, ut mulier libera, quæ contra denuntiationem domini rem habet cum servo alieno, aut ei nubit ex Senatusconsulto Claudiano ea serva fit connubio, alios ait fieri servos præmio. Quid? An servitus datur pro præmio? Minime: sed sunt, quibus pro præmio liber homo datur, ut sit eorum servus, pro præmio victoriæ, si devicerit, & debellaverit factionem latronum, ut in *hac l.*2. ex largitione Principis, vel auctoritate Fiscali, puta si sint facti servi fisci. Qui descendunt ex familia latronum, fiebant aliquando servi pœnæ, ut de Isauris latronibus famosissimis est proditum apud Marcellinum *lib.*14. Et hæc de prima hujus tituli parte, *Quibus ad libertatem proclamare non licet, &c.* Ad secundam pertinet tantum *lex tertia*, quæ exposita est titulo superiori: Itaque transeamus ad titulum 19.



AD TITULUM XIX.

DE ORDINE COGNITIONUM.

DISTAT hic titulus *de ordine cognit.* à tit. *de ord. judic.* qui est lib. 3. In titulo *de ordine judiciorum* agitur de omnibus judiciis, si plura judicia concurrant, & vertantur inter duos, utra prius expediri debeant, criminale judicium præferre utrum oporteat civili, possessorium petitorio, majorem quæstionem minori. In hoc autem titulo agitur de causis liberalibus, proprie accepto nomine cognitionum; Nam *cognitiones* cum dicimus simpliciter,

de

de statu litis dicimus. Et hoc tantum agit in hoc tit. ut ostendat *liberale judicium impedire cætera judicia omnia*, id est, *præferri cæteris omnibus judiciis*, *& terminari*, *sive decidi prinsquam veniatur ad cætera judicia*, *quæ concurrunt*, *& inde præjudicii nomen*. Ac primum in *l.1. 3. & 4.* ostenditur, judicium liberale impedire accusationem criminalem, atque ita hoc casu simile judicium præfertur criminali, quod nota: nam causa liberalis est civilis causa: judicium, inquam, liberale impedire accusationem criminalem, quam instituere parat is, qui de statu suo controversiam patitur adversus eum, qui se dominum dicit: Nec enim aliter admittitur, quam si liberali judicio liber pronuntiatus sit. Itemque si in eum ipsum, qui servus dicitur, alius instituat accusationem, quia aliter puniuntur liberi homines ex delictis, aliter servi: servi gravius. Ut ergo sciatur, quæ pœna reo criminis sit infligenda, prius constare oportet de statu ejus. Ergo prius cognoscendum est de causa liberali, quam veniatur ad crimen, *l.3. hoc tit.* Et in *l. 4.* idem ostenditur, quod in *l.1. & l.quoniam*, *inf. de adult.* ut qui accusat aliquem, si ei objiciat servum esse ejus, quem accusare vult, differatur accusatio, quoad finita sit causa status. Et hoc si is, qui accusatur, dicat eum *esse servum suum*: Nam si dicat *esse alienum*, cessat causa liberalis, si inquam dicat hoc modo, *non potes agere in me*, *quia servus es Lucii Titii*, non proponitur liberalis causa, cum non contendat eum esse servum suum, ideoque hoc casu criminis examinatio ostendet, utrum accusatio induci debeat propter statum personæ, an evanescat, quia & servo certis ex causis accusare permittitur, veluti ex causa *legis Juliæ Majestatis*, vel falsæ monetæ. Et ita quod objicitur esse servus alienus, judex dispiciet, an sit removendus ab accusatione ex genere accusationis. Induci *in h. l.* non est aboleri, & circumduci, sed introduci: inducere non est διαγράφειν: & recte in Basilicis pro induci est, εἰσάγειν: & ita etiam in *l.7. ff.de petit. hered.* Recte Basilica pro *inducatur*, εἰσάγηται. Ac præterea judicium liberale, etiam impedit petitionem hereditatis, *l.2. hoc tit.* Cujus duæ sunt partes. In prima ponitur, de libertate, & hereditate simul agi, & priorem esse causam libertatis. In secunda parte ponit, de libertate tantum agi principaliter, puta L. Titio vindicante hereditatem ab intestato, tanquam filio defuncti, & in modum exceptionis induci, & incidere quæstionem status, quod à possessore hereditatis is, qui vindicat hereditatem legitimi, dicatur esse servus, quo casu quidem ordinanda est causa liberalis, ut interim liberi loco habeatur & recte persequatur litem de hereditate: Sed de hereditate prononciabitur, de qua sola actum est principaliter, non de libertate: & sententia, qua evicerit hereditatem, plurimum ei opitulabitur adserenti se in libertatem. Atque eandem puto esse speciem *l.1. sup. de ord. judic.* Præterea judicium liberale impedit repetitionem pecuniæ debitæ, si is, qui repetit, dicatur esse servus, quia cum servo nulla est actio. Idemque dici potest, de quacunque actione criminali, vel civili, *l.5. hoc tit.* Item de actione furti, vel legis Aquiliæ, quia cum servu dominus non agit furti, licet furtum fecerit, quia in furem omnem habet potestatem: nec actione *l. Aquiliæ*, si damnum dederit domino, *l.6. hoc tit.* In qua initio *l.si res tuas raptas*, legendum est, *res tuas ruptas*, id est, corruptas, quod est verbum Aquiliæ, vel amotas, quia ot integra lex docet, de duabus rebus agitur, de damno dato, si quid *ruperit*, id est, *corruperit*, & de rebus *ablatis*, quas leniori verbo vocat amotas. Et de iis etiam agitur *in l. ult. hoc tit.* cujus hæc est sententia, ut liberalis causa impediat actionem bonorum raptorum, etiam si is, qoi se dominum dicit, aliquid rapuisse dicatur ei, quem servum suum esse dicit, & hoc si ille ex servitute proclamet in libertatem: nam prius excutienda est causa liberalis, quam agatur de rebus raptis. Sed si de libertate vindicetur in servitutem, quæ ei erepta sunt, protinus reddi debent, præstita cautione *res salvas fore*, vel si non potuerit invenire fidejussores sequestro deponi oportet, ut si interim alia bona non habeat ex rebus sequestro depositis ei suppeditetur sumptus litis, & victus, & vestitus, & stratus, ac demum si liber pronuntiatus sit, ut ei omnia restituantur. Hæc est sententia *l.ult.* quam confirmat *l.3. sup.de lib.cau.* Et notandum est, quod ait *l.ult.* direptorum negotiorum, pro direptarum rerum Græco more, qui dicunt πράγματα, pro negotiis, & pro rebus, sive facultatibus. Ita videmus in *h. l. ult.* negotia pro rebus dici, pro bonis, Græcorum exemplo.

AD TITULUM XX.

DE COLLUSIONE DETEGENDA.

TITULUS *de liberali causa* trahit ad se titulum *de adsertione tollenda*, quæ pars erat liberalis judicii, & quam D. Marcus confirmaverat, ut Capitolinus scribit in Marco his verbis: *antiquam de assertionibus* (sic legend.) *legem firmavit*: & titulum, *quibus ad libertatem proclamare*, *&c.* id est, qui non possint liberali judicio agere libertatis adipiscendæ gratia, & titulum *de ordine cognitionum*, quo ostenditur, jure ordinario hanc esse prærogativam liberalis judicii, ut solemnis ordinatio prius decidi debeat, quam ullum aliud criminale judicium, vel civile. Trahit etiam hunc *titulum 20.de collusione detegenda*. qui est titulus de causa liberali, acta inter dominum, & servum nimia indulgentia, & conniventia domini per colludium, & ex compacto, ut servus liber pronuntiaretur, non justa, & strenua contradictione, ut *tit.* 18. habuimus unum casum, quo loco præmii datur quis in servitutem alterius, puta grassator si capiatur, ex largitione principis præmii loco fit servus ejus, qui illum cepit vivum, ita hoc titulo datur alius casus, quo is, qui liber pronuntiatus est, domino lusorie cum eo agente de statu, pro præmio sit servus ejus, qui colludium, & compactum detexerit. Idque ex Senatusconsulto Ninniano: sic in *l.2. hoc tit. ex Basilicis*, *& veteribus libris*: & fortasse in Fastis sub Domitiano, qui dicitur Nonnius, Asprenas, est Ninnius, non Nonnius, celebre nomen Romanæ familiæ, vel ex Lucio Ninnio Tribuno plebis, qui intercessit iniquis rogationibus Clodii, ut Dio scribit l.38. & quo referente Senatus decrevit de reditu Ciceronis, ut idem Cicero sæpius scribit. Generaliter autem verum est, si actum sit perlusorio judicio, id est, per collusionem, non strenuo nisu rem judicatam pro veritate non haberi, ut in *l.27. sup. de lib. cau. l. si servus*, *§.1. D. de legat.1. l.si perlusorio*, *D. de appellat.* rescripto Divi Pii, cujus fit mentio in *l.1. hoc tit.* similis est *lex 9. sup. de ingen.& manumiss.*

AD TITULUM XXI.

NE DE STATU DEFUNCTORUM, &c.

UT collusioni detegendæ ingenuitatis, & libertatis, qua de re actum est titulo superiore ex Senatusconsulto Ninniano post sententiam quinquennium præscriptum est, ita hoc titulo ex alio SC. ut ostendit *l.4. & ult.* quinquennium præscribitur volentibus quærere de statu defuncti, qui in die mortis suæ, quod exigit l.1. *& 2. & 6.* sine interpellatione vixit ut liber, palam, non clanculum, & furtim, fugitans dominum, ut in *l.ult.* Nam hoc SC. tantum in eo locum habet, qui in oculis omnium vixit pro libero in diem mortis suæ, ut post quinquennium à die mortis, de ejus statu quæri non possit: dico *quæri*, non agi: Nam de statu defuncti constat liberali judicio principaliter agi non posse, *l.13. sup. de liber. cau.* quia nihil interest nostra, nec addecet, ut Martialis ait, *vellere barbam mortuo leoni*. Ideo in hoc tit. non hoc vult, ne agatur principaliter de statu mortui, ne

ne in mortuum fit liberale judicium, quod erat certissimum, sed in aliam litem principalem, puta in litem bonorum, quæ movetur heredi defuncti, vel in litem de statu viventis, si incidat quæstio de statu defuncti, ex Senatusconsulto ut ea non admittatur post quinquennium à morte defuncti, nec possit per aliam quæstionem præjudicium fieri statui ejus, qui ante quinquennium decessit. Puto SC. factum fuisse divi Marci temporibus, ex oratione Divi Marci, cujus fit mentio in *l. 1. hoc tit.* Cum & de eo Capitolinus ita scribat: *De statu defunctorum intra quinquennium quæri jussit:* quod refert *l. ult. ff. eod.* Primum omninm etiam edixisse Divum Nervam, & Divum quoque Claudium non edixisse, sed rescripsisse tantum, quæ differentia est notanda: Nam edictum est lex generalis, rescriptum specialis, ne per quæstionem nummariam præjudicium fieret statui defuncti. Et refert quoque Svetonius Vespasianum de statu defunctorum quæri vetuisse ultra certos annos. Omnes hi principes hoc agebant ut tuerentur illæsum statum defunctorum, qui in diem mortis vixerant ut liberi, intra quinquennium admittitur incidens quæstio de statu defuncti: Nam principalis non admittitur, modo non faciat præjudicium ante quinquennium mortuo. Et ita etiam de statu vivi principaliter agi potest, modo per eam quæstionem non fiat præjudicium statui ejus, qui ante quinquennium mortuus est, quod si cœpta sit causa liberalis adversus aliquem, & is moriatur pendente lite, lis continuo non extinguitur, sed perdurat, non propter ipsum, qui defunctus est, sed propter causam evictionis, ut in *l. 2. sup. de adsert. toll.* vel ob causam bonorum, ut sciatur ad quem pertineant, vel dominii singularum rerum, *l. 3. hoc tit.* Et notandum hanc præscriptionem quinquennii opponi etiam agenti fisco post quinquennium, moventique, aut movere tentanti quæstionem status defuncti, *l. 1. ff. eod.* Eandem quoque exceptionem opponi pupillis agentibus, & Reipublicæ, *l. 6. hoc tit.* quæ comparat Rempublicam pupillo, ut *l. 9. ff. de appell. l. pen. sup. ex quib. caus. major. l. pen. inf. de jure Reipubl.* Ideo ait, etiam agenti de statu defuncti, post quinquennium pupillo, vel Reipublicæ obstat præscriptio quinquennii, quia libertas publicam tutelam meretur, *l. 2. ff. eod.* adeo ut nec ex ea causa pupillus, & minor 25. annis possit restitui in integrum, id est, adversus libertatem: si posset in integrum restitui ex ea causa, hodie ex l. *ult. in quib. caus. in integr. rest. necess.* ipso jure adversus eum non curreret præscriptio quinquennii, id est, ipso jure tutus esset, nec ei opus esset restitutione in integrum, sed quia ex hac causa non restituitur in integrum, ideo cessat hoc casu *d. l. ult.* Et præscriptio quinquennii currit contra minorem, fiscum, & Remp. quia ea res publicam tutelam meretur. Et notandum, *statum* in hoc titulo accipi pro deteriore statu, puta si qui vixit ut liber, in diem mortis dicatur fuisse servus, puta, si quis vixit, ut ingenuus, in diem mortis dicatur fuisse libertus: nam si qui vixit ut sui juris, id est, ut emancipatus à patre, in diem mortis potest dici esse alieni, id est, in potestate patris. Ad hanc speciem non pertinet hoc Senatusconsultum, sive præscriptio quinquennii: nam & post quinquennium quæri potest de emancipatione, id est, an defectus jure emancipatus fuerit, nec ne. *l. 5. hoc tit.* Nam hic status non est deterior status, emancipatio est minima capitis deminutio, minima mutatio status. Et hoc ita intelligi debet, ut post quinquennium ab alio induci possit hæc quæstio, utrum defunctus fuerit sui juris, an alieni, id est, utrum filiusfam. an paterfam. non tamen à patre ipso, qui eum emancipavit .i. non audietur pater post mortem filii, si dicat se eum non rite emancipasse, ne veniat inconstanter contra factum suum, l. *post mortem, ff. de adoption.* quam observandum est non loqui de patre, qui negat se emancipasse, qui audiretur, l. 2. *§. si adversus Rempub. jud.* sed de patre, qui dicit se emancipasse, non tamen jure: qui non auditur impugnans quod fecit. Postremo ad hunc tit. notandum est, quod ait *lex pen.* Procuratorem Reipublicæ non esse competentem judicem in causa ingenuitatis, sed Præsidem provinciæ; hoc certo certius est in procuratore Reipublicæ. Itaque ut in *l. pen.* major sit causa dubitandi, maxime, quia loquitur de eo, qui dicebatur servus fisci, est legendum, *Procuratorem rei privatæ*, quem constat, si agatur de servo inter fiscum, & privatum, esse competentem judicem in causa libertatis, & servitutis, sic est legendum in *l. pen. sup. ubi caus. stat.* & libertatis, pro libertinitatis, ut lex ipsa demonstrat: alioquin pugnaret ipsa secum. Sic igitur statuo: procuratorem fisci, vel procuratorem rei privatæ, qui rationalis dicitur, & catholicus, esse judicem competentem in causa libertatis, & servitutis, sed non in causa ingenuitatis: eam enim tantum agi posse apud Præsidem provinciæ, ut *l. 2. sup. de ped. judicib. & d. l. penult. hoc tit.* quam esse de causa ingenuitatis ostendit initium *l. si pater tuus velut ingenuus.*



AD TITULUM XXII.

DE LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE, &c.

POST quinquennii præscriptionem inductam SC. Ninniano, quæ tuetur statum eorum, qui liberi pronuntiati sunt, & post aliam præscriptionem quinquennii inductam alio SC. quæ tuetur statum defunctorum, nunc datur præscriptio longi temporis, id est, continui decennii inter præsentes, & continui vicennii inter absentes, quæ adversus libertatem nec ipsa, neque longioris temporis præscriptio sola quidquam potest, etiamsi quis diutissime fuerit in possessione servitutis, etiamsi sexaginta annis, ut ait lex 3. ex facto proposito. Nullo igitur tempore proclamatio ad libertatem extinguitur, qui maximus est libertatis favor. At præscriptio longi temporis plurimum facit pro libertate, si quis longo tempore sine interpellatione fuerit in possessione libertatis bona fide, & ex justo initio possessionis: Nam hæc tria requiruntur, ut libertati proficiat præscriptio longi temporis, primum longum tempus, & cessatio interpellationis, id est, ut fuerit quis sine interpellatione in possessione, & bona fides, & justum initium possessionis, *l. 2. h. t. l. ult. sup. de tit, quia non dominis, &c.* justum initium possessionis, id est, titulum justum requiro, veluti manumissionem justam, vel redemptionem à servitute, vel vicarii servi traditionem, vel peculii adsignationem, puta si dominus servo peculium concesserit, ut eo uteretur libere ut liber, tanquam proprio patrimonio, *l. 3. C. Th. sup. de liber. cau.* nec semper requiro, ut annis 20. in possessione libertatis fuerit, sed contentus sum decennio inter præsentes, ut *l. si cum, §. Aristo, ff. qui, & à quib. manum.* Qua in re valde peccant glossæ in hac *l. 2.* quæ neque justum titulum requirunt, neque contentæ sunt decennio inter præsentes, quod est contra *l. 2.* quæ justum initium requirit, quid aliud est, quam justus titulus? & contra *d. §. Aristo*, qui contentus est decennio: Quod si quis mala fide fuerit in possessione libertatis, ut servus fugitivus, qui se gerit pro libero, non ignarus conditionis suæ, placet longi temporis præscriptionem ei non prodesse, l. 4. *hoc tit.* quæ congruenter sequitur vicinitatem l. *ult. tit. sup.* quæ est etiam de servo fugitivo, ut tametsi in fuga decesserit, quinquennii præscriptio non obstet agenti de statu ejus: posset tentari servo fugitivo, qui se occulte pro libero gessit, & fide mala prodesse præscriptionem 30. annorum ex *l. 4. ff. de præscript. 30. ann.* in qua Anastasius generaliter constituit, ut omnis quæstio quacumque de re, vel jure, vel conditione finiatur præscriptione 40. annorum. Quod tamen postea noluit Justinianus obtinere in colono adscriptitio, qui nec præscriptione 40. annor. redditur immunis conditione colendi agri alieni, cui est adscriptus, & addictus, ne agrorum cultura deseratur, *l. cum satis, C. de agric. & censit.*

AD TITULUM XXIII.

DE PECULIO EJUS, QUI LIBERTATEM MERUIT.

IN hoc titulo proponitur una differentia inter manumissionem servi, quæ fit inter vivos, & eam, quæ fit testamento. Manumisso inter vivos tacite videtur concedi peculium, si non sit ademptum, nisi sit pupillus, qui manumittat apud consilium, *l. pen. D. de manum. vind.* Manumisso autem in testamento peculium concedi non videtur, si non sit relictum nominatim. Quam differentiam probat *§. peculium, Inst. de leg. & lex tertia de manumiss. serv. ad civit. pertinent. l. si Sticho, ff. de pecul. l. 1. sup. de comm. serv. man.* Idemque est in filio emancipato, quia videtur pater ei concedere peculium, quod habet, si ei in emancipatione non ademerit, *l. donat. §. 1. ff. de donat.* Et ratio differentiæ hæc est, quia dum manumitto, vel emancipo inter vivos, alii non tribuo peculium: Concedere igitur videor manumisso, vel emancipato, quod alii neque tribuo, neque mihi retineo: at in testamento, dum manumitto servum, peculium alii relinquo, puta heredi instituto, qui mihi, in jus universum succedit: & in jus peculii igitur. Denique cum instituo heredem, videor adimere peculium manumisso in eodem testamento, quod ei non relinquo nominatim, ut plane sequi debeat heredem potius, quam manumissum, quoniam in dubio heredi parcimus, heredi favemus, heredem exoneramus, quem etiam magis dilexisse videtur testator, *l. Sempronius, de leg. 2.*

AD TITULUM XXIV.

DE SENATUSCONSULTO CLAUDIANO TOLLENDO.

EXPLICANDA est prius sententia Senatusconsulti Claudiani, de quo in hoc titulo agitur. Senatusconsulto Claudiano cautum est, ut mulier libera, quæ non habita ratione honestatis, & pudoris contra denunciationem domini se jungit servo alieno, capite minuatur, & fiat ancilla ejus, cujus servus est, & fortunas quoque omnes cum capite in familiam, & domum ejus transferat, & filii ex ea conjunctione nati servi nascantur, ut *l. pen. C. Theod. de liber. causa.* Et sic fit ancilla connubio, qua de re Ulpianus *lib. reg. tit. de tut.* Et Tertullianus *lib. 2. ad uxorem: Nonne*, inquit, *insuper censuerunt servituti vindicandas, quæ cum servo alieno post domini denuntiationem in consuetudine perseverarunt.* Et Corn. Tacitus 12. *annalium*, qui hujus Senatusc. auctoritatem tribuit D. Claudio, ut omnes auctores, excepto Svetonio, qui nescio quo errore id tribuit Vespasiano *cap. 11.* dum scribit, auctorem fuisse Vespasianum Senatui decernendi, ut quæ se servo alieno junxisset, ancilla haberetur, quod omnes, ut dixi, tribuunt Claudio, & verum est. Et ea de re ita scribit Tacitus, ut legendum est illo loco: *Inter quæ refertur de pœnis feminarum, quæ servis conjungerentur, statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsæ in servitute, sin consensisset, pro libertis haberentur.* Atque ex eo loco licet intelligere, eam tantum fieri ancillam, quæ ignaro, & invito domino, & contra denunciationem ejus nupsit alieno servo; eam vero, quæ nupsit consentiente, non fieri ancillam, sed haberi pro liberta. Fuit autem opus trina denunciatione domini, & sententia prætoris, qua pronunciaretur ancilla ejus, cujus denunciationi non paruit abstinendo à consuetudine servi. Et hoc docuit Theophilus *§. ult. Inst. de success. subl. quæ fieb. per bonor. vendit.* idemque confirmat *l. 9. & ult. C. Theod. de liber. causa, & l. 10. C. Th. de murilegulis*, quæ & omnino ad hanc denuntiationem, quæ fiebat ex SC. Claudiano referenda est, *l. Lucius §. ff. depos.* cujus hæc est species: Pater filiam, quam habuit in potestate, in matrimonium collocavit servo alieno, quod non est matrimonium: inter servos, vel cum servis non est connubium. Eam igitur servo alieno, quod non est matrimonium, collocavit, & ei dotem dedit, quam tamen nec dotem appellavit, quia ubi non est matrimonii nomen, ibi dos esse non potest, *l. 3. D. de jur. dot.* sed eam pecuniam quasi dotalem in cautionem deduxit sub titulo depositi, ut ait *lex Publia, eod. tit.* id est, eam pecuniam servo alieno non dedit in dotem nominatim, sed veluti in causam depositi: Postea nulla denuntiatione à domino facta, ut cavetur SC. Claudiano, ut mulier abstineat consuetudine servi, pater decessit, & mox servus, quæritur, qua actione filia eam pecuniam repetat? Non actione de peculio ex causa dotis, quoniam dos constitui non potest, sed eam repetet à domino servi, qui non contradixit connubio, actione de peculio ex causa depositi. Hæc est sententia *d. l. Lucius*. Et secundum hæc notandum est Accursium male interpretari *l. 34. sup. de lib. causa*. dum ait, *liberam concubinatus ratione non constitui ancillam, puta*, inquit, *si fuerit in concubinatu servi mei*: imo vero hoc casu constituitur serva ex SC. Claudiano. Igitur sic potius illam *legem* 34. exponamus, si fuerit in concubinatu meo: Nam & ingenua mulier potest haberi in concubinatu, quia illa conjunctio olim non fuit illicita, licet legamus apud Vopiscum in *Aureliano*, eum vetuisse ingenuas haberi concubinas: sed ex *l. 3. ff. de concub.* etiam ingenua, maxime obscuro loco nata, in concubinatu esse potest. Quod vero juris fuit Romæ ex Senatusconsulto Claudiano, invenio omnino juris fuisse inter Longobardos, atque inter Francos, ut serva fieret, quæ nuberet servo alieno, ut scriptum est in eorum legibus, *l. ult. l. si servus liberam puellam, vel mulierem in conjugium acceperit in legib. Longobard.* Nec est omittendum, SC. Claudianum fecisse in hac re differentiam inter liberum, & liberam: Nam libera, si jungat se servo alieno, ancilla fit: at liber homo, qui se junxisset ancillæ alienæ, non fiebat servus, etiamsi ei denuntiatum fuisset, ut abstineret consortio ancillæ, *l. 9. sup. comm. de success. & l. 3. de liber. causa*. Item quod diximus de libera, quæ jungit se servo alieno, obtinuit exemplo SC. Claudiani si libera junxisset se adscriptitio alieno: Nam fiebat adscriptitiæ conditionis. Sed hodie à Justiniano sublato SC. Claudiano, si servus, vel adscriptitius duxit liberam mulierem, à domino retrahi potest, & castigari verberibus, dissoluto conjugio si velit.; sin minus, non dissolvetur conjugium: quæ res erit fraudi domino, quoniam nati ex eo conjugio sequentur conditionem matris, id est, nati ex libera, & servo, liberi nascuntur, *l. Severus, de decur. §. 1. Inst. de ingenuis*. Nati ex libera, & adscriptitio etiam liberi nascuntur, ex *l. ult. de agricol. & censit. Novella XXII. & LIV.*

AD TITULUM XXV.

DE NUDO EX JURE QUIRITIUM TOLLENDO.

DE nudo jure Quiritium tollendo, nudo videlicet nomine ex jure Quiritium. Sciendum est, secundum jus vetus alios habuisse servos in potestate ex jure Quiritium, qui à Theophilo dicuntur *domini Quiritarii*, ut si servos usucepissent, & vel mancipati eis fuissent nexu per æs, & libram, vel si iis in jure cessi fuissent, quibus modis jure Quiritium dominia rerum adquiruntur: alii autem servos habuerunt *in bonis*, non ex jure Quiritium, qui à Theophilo dicuntur *domini bonitarii*, ut quibus servi traditi fuissent ex causa emptionis non mancipi, non cessi jure, hi erant in emptoris bonis, venditoris autem erant jure Quiritium, quod nomen in venditore erat nudum, & inane, id est, sine re, propterea quod is servus emptori adquirebat ex omnibus causis, non venditori,

doli mali, ni pretium reddat. Et hæc est sententia *l. ult.* A *hoc tit.* cujus pars repetitur in *l. 3. sup. de auctor. præst.* Unde est emendanda ita inscriptio non tantum *l. ult. hoc tit.* sed & *pen. & antepen.* ut omnes adscribantur Diocletiano, Maximiano, non Philippo. Dixi sciens pupillum esse: Nam qui putavit puberem esse, ut nos sæpe fallit vultus, usucapere poterit, *l. 2. §. sed pupillo, ff. pro empt.* Quod non est accipiendum de re propria pupilli, quia res pupilli usucapi non potest, *l. bonæ fidei, ff. de adquir. rer. dom.* Nihil de tutela usucapi potest, id est, de bonis ejus, qui in tutela est. Sed quæ tractantur hac de re, accipienda sunt de re aliena à pupillo bona fide possessa; quales subauditiones sæpe in hac materia de usucap. fieri compertum est. Id etiam requiro titulo pro emptore, vel alio quolibet, ut res, quæ emitur, neque sit furtiva, neque vi possessa. Nam usucapioni rei furtivæ B obstat l. 12. tabular. & Attinia, ut nec à bonæ fidei emptore usucapi possit, antequam res redierit in potestatem domini, quo genere vitium furti amovetur, quod hæserat rei, & loquor de re mobili, non immobili, cujus furtum non fit, *l. quam rem, ff. de usurpat. & usuc. l. verum, ff. de furt. l. 1. de distract. pignor.* Unde existit alia differentia inter rem mobilem, & immobilem, ut scilicet in rei alienæ venditione, si mobilis sit, exigatur bona fides utriusque, id est, emptoris, & venditoris: Nam si emptor sit bonæ fidei, venditor malæ fidei, vendendo rem non suam mobilem, furtum facit, nec procedit igitur usucapio pro emptore, nisi dominus ratam venditionem fecit, *l. 1. 4. 6. & 7. hoc tit.* Et observandum est, *l. 6. hoc tit.* quæ videtur pugnare alioqui cum *lege sequitur, §. si rem, ff. de usurpat. & l. si cum, ff. pro empt. l. 6.* C inquam loqui de hypotheca, id est, de re mobili, quam debitor creditori pignori obligavit nuda conventione, non etiam tradidit, ut scilicet si debitor eam vendat, non possit res ab emptore usucapi, quia & rei suæ furtum fecisse dicitur, & post furtum commissum res non rediit in potestatem ejus, sed remansit apud emptorem. At ll. contrariæ loquuntur de pignore tradito, & earum sententia hæc est, ut si debitor pignus, quod tradidit creditori, subripiat, ac deinde vendat, res possit usucapi pro emptore, quia post furtum commissum res fuit in potestate debitoris, qui dominus est ejus rei, atque ita furtum fecit, simulque furtum emendavit, simulque cœpit esse furtiva, & desiit ut usucapi possit: Nec necesse est, ut redeat in potestatem creditoris, cui subrepta est, in quam tamen si redeat, fateor etiam furti vitium, D quod fuit, amoveri, *l. ult. ff. de usurpat.* Et præterea hæc sunt intelligenda de re aliena à debitore bona fide possessa, quam pignori obligavit, vel dedit: Nam in venditione rei propriæ, quam fecit debitor, non potest intelligi usucapio pro emptore, quia res per traditionem statim fit emptoris. Unde apparet & hic nos uti superiori subauditione, ut sit species congrua superiori, quæ ponitur de usucapionibus. Et hæc quidem de re mobili. In venditione rei immobilis, cujus non fit furtum, ad usucapionem sufficit bona fides emptoris, nisi res à venditore vi possessa sit, quia usucapioni rei vi possessæ obstat lex Julia, & Plautia, *l. 5. h. tit.* Cæterum, si res à venditore non sit vi possessa, propter malam fidem ejus, nullo vitio laborat, & usucapi potest à bonæ fidei emptore. Quod tamen rursus, & hoc nunquam vobis exire me- E moria debet, ita est accipiendum ex *Nov. 119. c. 7.* ut si sciente domino à malæ fidei possessore res vendita, & tradita sit bonæ fidei emptori, usucapi possit legitimo tempore: sed si ignorante domino à malæ fidei possessore sit tradita emptori bonæ fidei, non sufficit usucapio 10. aut 20. ann. sed necessaria est præscriptio 30. an. Quæ distinctio excidit sæpe memoria, & tamen magni momenti est. Addamus postremo ex *l. 2. h. tit.* eam quoque rem, vel servum eum non posse usucapi, quem testator alienari vetuit, quem jussit servari in familia propter peritiam artis singularem, quoniam hæc conditio, quam dixit testator, personam servi afficit, eique cohæret, sicut in venditione facta ea lege, *ne servus manumittatur,* hæc lex cohæret personæ servi, *l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien.* Et ex lege 3. notandum est, partum ancillæ furtivæ, quod & de quolibet animali dici potest, conceptum apud bonæ fidei emptorem usucapi posse, nec esse furtivum, licet ancilla sit furtiva, nec usucapi possit. Desidero ut sit conceptus apud bonæ fidei emptorem: nam si conceptus sit apud furem, & ipse furtivus est sicut & mater. At conceptus apud bonæ fidei emptorem, si modo & editus sit emptore adhuc ancillam bona fide possidente, quod desidero, non intelligitur esse furtivus, & potest usucapi, *l. qui vas, §. si ancilla, ff. de furt. l. non solum, in princ. ff. de usurp. & usucap.*



AD TITULUM XXVII.

DE USUCAPIONE PRO DONATO.

JUSTUS etiam est titulus usucapionis *pro donato*, puta si res aliena à non domino donata sit bona fide accipienti, *l. 1. hoc tit.* Si etiam donator eam donaverit, & tradiderit bona fide: nam utriusque bona fides exigitur donatoris, & donatarii, alioquin res furtiva est, *l. 2. hoc tit.* ut non abs re dicatur in *§. quod ante dictum Instit. de usucap.* in re mobili non facile procedere usucapionem: Nam qui mala fide eam tradit aliqua ex causa, furtum ejus committit, & res furtiva usucapi non potest. Potest tamen quibusdam casibus evenire ut & res mobilis usucapiatur ex utraque parte interveniente bona fide, ut explicatur in *l. potest, de usucapion.* Res autem immobilis donata, vel aliqua ex causa justa à malæ fidei possessore, qui eam sine vi possideat, tradita bona fide accipienti, præsertim non ignorante domino, usucapi potest: nec in re immobili exigitur bona fides utriusque, sed sufficit bona fides accipientis, & ut qui dedit, eam rem possideat sine vi, quia eo casu res neque furtiva est, neque vi possessa, denique est sine vitio, *§. quod autem ad eas res, Instit. de usuc.* Verum autem titulum pro donato requiro, quia falsus titulus pro donato non sufficit ad usucapionem, *l. 3. hoc tit.* Et hoc est, quod generaliter dicitur, errorem falsæ causæ non parere usucapionem, ut si quis putet rem sibi donatam, quæ ei donata non fuit, se emisse, quam tamen non emit, *l. Celsus, de usucapion. l. 1. 2. & 3. D. pro leg. l. 6. D. pro derelict.* Hoc ita procedit, si traditio non intervenerit, veluti ex emptione, licet revera contracta non fuerit, vel si non intervenerit alia justa causa erroris, *l. 1. D. pro don. l. 3. l. 4. §. ult. D. pro suo, l. Proculus, D. de jure dot. leg. quod vulgo, D. pro empt.* Et notandum ad hunc titulum usucapionem *pro donato* procedere, non tantum si res aliena donata sit inter vivos, sed etiam si mortis causa, quod non carebat dubitatione in donatione mortis causa, quæ non est directa donatio, non simplex, non absoluta, quæ non videtur ante perfecta, quam mors sequatur, *l. non videtur, D. de don. mort. causa.* Sed tamen placet, rem mortis causa donatam, & traditam igitur (nam verbo *donandi* significatur traditio) nec ante Justinianum intelligebatur donatio sine traditione, & acceptione, quia non valet donatio, quæ fit *μεταμορφῆ, paravant qu'elle soit acceptée,* placet, inquam, rem donatam causa mortis, statim usucapi posse, si aliena fuerit, & data, acceptaque bona fide. Et hoc ostenditur in *l. si alienam, in princ. & l. qui alienam, D. de mort. causa, & l. Aristo, §. Aristo, D. de donat.* Et huc valde pertinet species, quæ est satis difficilis *l. sed etsi constante, D. de donat. inter vir. & uxor.* Sciendum est, ut intelligatur species illius legis, inter virum, & uxorem receptas esse mortis causa donationes, quia in hoc tempus excurrit donationum eventus, quo vir, & uxor esse desinunt, *l. 10. in fi. & l. seq. D. eod.* Donationes autem inter vivos inter virum, & uxorem prohibitæ sunt. Nunc finge: maritus uxori donavit rem alienam, & intervenit bona fides ex utraque parte, quæritur an impediatur ejus rei usucapio? quod videtur, quia deficit

cit justus titulus. Est enim donatio inter virum, & uxorem illicita. Igitur & vitiosa traditio, quæ fit ex ea causa, quod tamen non est concedendum; nam non omnis donatio rei alienæ bona fide facta, inter virum, & uxorem est illicita, nec vitiosa traditio, quia jure civili ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ donatorem pauperiorem in rebus suis facit. Et valet ergo rei alienæ donatio à marito facta uxori bona fide, quia pauperiorem maritum in rebus suis non facit, & consequenter ejus rei usucapio possidenti procedit, ut in *l.si vir uxori, D.pro don.* Et rectius in *d. l. sed etsi constante*, vulgo sine negatione, quam cum negatione Florent. legitur, *quia etsi mortis causa donaretur ei, non impeditur usucapio*, male Florentinæ: *etsi non*: ut sit hæc ratio Jurisconsulti, quia res aliena mortis causa donata uxori bona fide accipienti, statim usucapi potest, ut ante probavimus. Et res igitur aliena uxori donata inter vivos usucapi potest, & quia ea donatio maritum pauperiorem non facit, & quia comparatur donationi causa mortis post orationem Severi, & Antonini, qua cavetur, ut donationes factæ inter maritos confirmentur morte eorum, si in ea voluntate perseveraverint, usque ad extremum vitæ suæ exitum, *l.12. sup. ad l.Falcid.* dum ait, *donationem factam inter virum, & uxorem fungi partibus fideicommissi, vel donationis causa mortis, quia morte donatoris hodie confirmatur*. Ideoque Falcidiæ subjicitur: & negatio, quæ illo loco additur in Pandectis Florent. meo judicio rejicienda est in inferiorem locum, ut ita concludat *d. l. sed etsi constante*. Itaque licet non mortis causa donatio interveniat, sed inter vivos, scilicet rei alienæ, quasi inter extraneos fieri intelligenda est, non inter conjuges. Ideoque quia aliena est, usucapi potest, fuit trajecta illa negatio, & suo loco restituenda, ut dixi. Exemplo autem donationis rei alienæ factæ inter uxorem, & virum, hodie idem etiam constituemus, si pater rem alienam, ut suam donaverit filiofamilias, nimirum ut statim usucapi possit, quia instar habet mortis causa donationis, propterea quod ex constit. Just. id est, *l. donationes, sup. de donat. inter vir. & uxor.* morte confirmatur, quæ ante Justinianum morte non confirmabatur, *l.1. §.1. D. pro don.* Quia obstabat regula juris, *ne ex post facto convalescat, quod ab initio non valuit*, quæ regula cessat, si quando quid fiat ex lege certa, ut ex oratione illa Severi, & Antonini, & illa constitutione Justiniani.

AD TITULUM XXVIII.

DE USUCAPIONE PRO DOTE.

TITULUS quoque *pro dote* justissimus est, ut ait *l.1. D. eod.* si res mobilis, quæ aliena est, nec furti vitio laborat, bona fide data sit in dotem marito bona fide accipienti, quæ est sententia constitutionis hujus tituli. In qua observandum est, eam loqui de re mobili tantum, quia res immobilis, puta fundus dotalis, usucapi non potest, neque ab alio, neque ab ipso marito, quia fundi dotalis alienationi, quod nomen comprehendit etiam usucapionem, lex Julia obstat, *l. si fundum, D. de fund. dot.* videlicet quoties soluto matrimonio actio de dote mulieri competitura est. Quo etiam solo casu locum habet lex Julia de fundo dotali, *l.3. ff. eod.* quod non annotavit glossa, idque observandum erat, quod dicit, *res mobiles*.

AD TITULUM XXIX.

DE USUCAPIONE PRO HEREDE.

JUSTUS etiam est titulus *pro herede*, si heres rem inventam in hereditate possideat ut hereditariam, ignorans esse alienam, quæ erat aliena, & necesse est pro herede titulus sit verus titulus, id est, ut possessor ejus sit heres, & defunctus igitur is, cujus se heredem dicit, quia vivi heredes non habent, *l.3. hoc tit. l.1. D.eod. l.1. D. de hered. vendit.* Et notandum est, malam fidem defuncti heredi nocere, id est, quod defunctus non potuit usucapere pro herede, vel quo alio titulo, propter malam fidem, vel propter aliam rationem, id etiam heredem ejus, quamvis sit bonæ fidei possessor, velut hereditarium usucapere non posse, quæ est sententia *l.1. & l.ult.* Et omnino ita est verum generaliter, ut quod defunctus mala fide possedit, vel alio vitio, heres ejus, licet bonæ fidei sit, mala fide possidere videatur, quia propius accedit ad vicem ejus, qui decessit vita, & eadem persona esse intelligitur. Et hoc ostendit *l.3. tit. seq. & l.cum heres, D. de diverf. & tempor. præscript. & §. diutina, Instit. de usucap. & l.vitia, inf. de adquir. possess.* Cum ait vitia à majoribus contracta perdurare, & successorem auctoris sui culpam comitari: successorem scilicet universi juris: nam & virtus auctoris sequitur heredem, puta bona fides defuncti proficit heredi ad usucapionem, licet heres sit malæ fidei possessor. Explicanda etiam est lex secunda, dum ait, *nihil pro herede posse usucapi suis heredibus existentibus*. Quid hoc est? Aliud est suum heredem existere, aliud extare. Suus heres existit ipso jure statim à morte parentis, etiam clusis tabulis testamenti, si testatus parens decesserit, atque etiam invitus, ignorans existit, id est, apparet: nam existere Græci interpretantur ἀναφαίνεσθαι. Sui ergo heredes existunt statim ipso jure. Extant autem si se misceant bonis. Et horum verborum distinctio *l. si operarum, §.1. D. de oper. libertor.* adducit in concordiam *l.cum patronus, §.1. D. eod.* Nunc serva, quod ait *l.2.* suis heredibus existentibus, non etiam ait extantibus: unde sic dicamus suis heredibus existentibus, non tamen extantibus, sed abstinentibus, nihil pro herede usucapi posse, quia sui heredes manent ipso jure, etiamsi abstinuerint se, heredes sine re, *l. cum quasi, §. sed & si quis, D. de fideicomm.libert. l.etsi ex modica, §. si filius, ff. de bon. libert.* Igitur suis heredibus existentibus, licet abstinuerint se, agnati legitimo jure venire non possunt ad hereditatem: denique res alienas inventas in hereditate pro herede usucapere non possunt, quia ipsi non sunt heredes, sed sui, licet re abstinuerint. Sed suis heredibus abstinentibus se, agnati jure prætorio venire possunt, & usucapere, pro bonorum possessore, non etiam pro herede.

AD TITULUM XXX.

COMMUNIA DE USUCAPIONIBUS.

PROPONUNTUR in hoc titulo non omnia; sed quædam, quæ sunt communia omnibus titulis usucapionum, ut sine possessione civili usucapio contingere non possit, in *l.1.* Ideo eum, qui sibi rem non possidet, sed alii, puta conductorem, non posse eam rem, quam conduxit usucapere, imo nec ad eam obtinendam ullius temporis præscriptione se tueri, *l. 2. de præscript. 30. annor.* quia non ipse possidet sibi, sed dominus solus per eum, & sine possessione non procedit usucapio, vel præscriptio, id est, nisi qui possidet, sibi possideat: qua de causa nec ei datur interdictum possessorium, sed domino, *l.1. §.dejicitur, & §. colonus, D. de vi, & vi arm.* Item commune hoc est, ut res fisci usucapi non possit, *l.2. h.t. l.quamvis, l.ubi lex, in fin. ff. de usucap.* Item commune est hoc omnium titulorum usucapionis, omnium causarum possessionis, ut mala fides defuncti noceat heredi, licet bona fide possideat. Quod & ante fuerat specialiter propositum de titulo *pro herede*, generaliter proponitur in *l.3. hoc tit.* Et verum est adeo circumscripta glossa, ut heres malæ fidei possessoris, rem, quam defunctus possidere cœpit: nec ex persona defuncti, nec ex persona sua usucapere possit. Quod glossa tamen tentavit, ut possit ex persona sua, quia idem censetur esse homo heres, & defunctus, & quod in defuncto juris fuisset, idem sequetur heres.



AD TITULUM XXXI.

DE USUCAPIONE TRANSFORMANDA, ET DE SUBLATA DIFFERENTIA RERUM MANCIPI, ET NEC MANCIPI.

UT intelligamus jura usucapionum, quæ olim fuerunt, & quæ sunt hodie, primum ita constituamus, omnes res esse, vel mancipi, aut nec mancipi. *Res mancipi* sunt prædia urbana, vel rustica, quæ sunt in Italia, res soli Italici, & jura prædiorum rusticorum, ut iter, actus, via, aquæductus, quæ & ipsa **B** intelliguntur esse res soli Italici, & eodem jure censentur, quo res soli, *l. 1. sup. de servit. & aqua*. Item servi res mancipi sunt, & quadrupedes, quæ dorso, collove domantur, ut boves, equi, muli, asini, &c. auctore Ulpiano *lib. reg. tit. 19.* Item uniones, id est, grandes margaritæ, qui & peruli dicuntur, ut in idiotismo *des perles*: Nam Plinius *lib. 9. cap. 35.* scribit, uniones in mancipatum venisse, ut prædium aliquod. Idemque dici potest de omni re pretiosa, de qua nomine evictionis duplam promitti oportet, ut *l. emptori, §. 1. ff. de eviction.* Et rem pretiosam definio, quæ venit auro contra, vel supra. Et ita in *d. l. emptori, §. in rebus pretiosis*, etiam margaritæ enumerantur, & ornamenta pretiosa, & vestes sericæ, quas etiam contra aurum venisse Vopiscus scribit in Aureliano. Et hæ quidem res sunt mancipi. Cæteræ res nec mancipi sunt, **C** ut prædia provincialia, quæ etiam stipendiaria dicebantur, vel tributaria, quod omnia, vel stipendium populo, vel principi tributum penderent. Item nec mancipi sunt feræ bestiæ, licet domitæ sint, & oves, & capræ, & sues, & res non admodum pretiosæ, quæ veneunt auro infra. Et rerum mancipi proprie alienatio est mancipatio per æs, & libram, quo genere si fiat à domino, dominium adquiritur ex jure Quiritium: si à non domino, usucapionis occasio præstatur. Rerum autem nec mancipi proprie alienatio est traditio, per quam non ex jure Quiritium, sed in bonis jure naturali dominium adquiritur, ut in *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Nec possunt hæ res alienari per mancipationem, & inde illis nomen mancipi: tam autem rerum mancipi, quam nec mancipi usucapionem esse communem alienationem Ulpianus scribit supra- **D** dicto loco. Quod verum est tantum, ne fallamur, in rebus mobilibus, vel se moventibus, puta animalibus, ut sive traditæ sint, sive mancipatæ à non domino justa ex causa, bona fide accipienti, sive mancipi sint, sive non, usucapi possint. Non autem est verum in rebus soli, id est, in prædiis: nam ea tantum prædia usucapi possunt, quæ mancipi sunt, quæ solo Italico continentur: Nam provincialia prædia, sive stipendiaria, & tributaria, quæ nec mancipi sunt, de quibus est *l. cum sponsus, §. in vectigal. ff. de Public. in rem act.* non possunt usucapi. Et licet ea prædia, quæ nec mancipi sunt, non possint usucapi, non tamen ideo minus recte vindicantur, ut in *d. §.* quia in rei vindicatione qualecunque dominium deducitur, *l. si mater, §. eandem, ff. de except. rei judic.* Aggenus Urbicus secundo de limitibus agrorum: *Stipendiarii*, in- **E** quit, *agri nexu non habentur, sed nec mancipatio eorum legitima esse potest, privatis enim possidere, quasi agri colendi causa, & præstandi tributi conditio concessa est, vindicant tamen inter se fines ex æquo, ac si privatorum agrorum.* Hæc Aggenus Urbicus. Et constat etiam prædiis provincialibus recte imponi servitutes, quæ intelliguntur esse res immobiles, quod cohærent rebus immobilibus, *l. 3. ff. de servit.* Et in his quoque prædiis nuntiatio novi operis locum habet, *l. provincialibus, ff. de operis novi nunt.* At in iisdem locum non habebat usucapio, quæ fuit biennii, habuit tamen præscriptio longi temporis, ut declarabitur *tit. 33.* At, ut dixi, res mobiles, sive se moventes, sive mancipi sunt, sive nec mancipi, ubique usucapi possunt,

A in Italia, vel in Provinciis, ut nominatim ait constit. hujus tit. in princ. in qua suo loco reposito verbo, *nexu*, quod insederat incongruo, sic lego: *cum autem antiqui in rebus mobilibus, vel se moventibus, quæ fuerant alienatæ nexu, vel quocunque modo, bona fide tamen detentæ, usucapionem extendebant, non tantum in Italico solo, sed in omni orbe terrarum, &c. & quæ fuerunt alienatæ nexu, vel quocunque modo detentæ*, id est, *quæ fuerunt mancipatæ, vel traditæ*. Nexus enim nomen, quod esse generale Manilius, & Gallus recte existimarunt, in hoc loco specialiter accipitur pro mancipatione, ut in definitione abalienationis tradita à Marco Tullio. Abalienatio est ejus rei, quæ mancipi est traditio alteri nexu, ubi recte Severinus Boetius: *Omnes res*, inquit, *quæ abalienari possunt, mancipi dictæ sunt, aut nec mancipi*. Addo ex vetustis libris hæc **B** verba, *aut nec mancipi*, & sequitur postea: *Mancipi res veteres appellabant, quæ ita abalienabantur, ut abalienatio ea per quandam nexus fieret solemnitatem*, quam solemnitatem mox explicabat prolatis verbis Caii Jurisc. ex *lib. 1. Instit. tit. de nexu faciendo*. Quæ omnia verba Caii sunt de mancipatione. Unde apparet idem esse nexum, mancipium, sive mancipationem, ut in legibus 12. tabul. *Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, apud Festum. Hujus legis interpretationem mox Festus addit, quam vulgo male pro verbis legis accipiunt, *id est*, inquit, *sic legendum pro ita: uti nominarit, locutusve erit, ita jus esto*. Interpretatur scilicet illa verba, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Nexus generaliter dicitur, quæcunque fit datio, vel obligatio, vel liberatio per æs, & libram. Specialiter autem *nexu*, dicitur man- **C** cipatio, sive datio rei per æs, & libram, præsentibus, ut oportet non minus, quam quinque testibus civilibus, puberibus, & libripende, & adhibitis certis, solemnibusque verbis, quæ idem etiam Boetius retulit ex Caio. Et idem hoc confirmat Ulpianus supradicto loco, *& §. 1. Instit. de testament. ordin.* Prolatis autem verbis Caii, attendite diligenter, de solemnitate emancipationis, & nexus, subjicit Boetius: *Quæcunque igitur res lege 12. tabul. aliter, nisi per hanc solemnitatem alienari non poterant. Sui juris autem cæteræ, nec mancipi vocabantur*, quæ verba sunt depravatissima, & hactenus imposuerunt studiosis quamplurimis, ignorantibus quantum discrepent ab ea scripta libri veteres, in quibus ita est scriptum: *Quæcunque igitur res lege 12. tabularum aliter, nisi per hanc solemnitatem abalienari non poterant. Sui juris autem cæteræ* **D** *res, nec mancipi vocabantur*. Unde facta verissima conjectura, ita emendo, *Quæcunque igitur res l. 12. tabul. aliter, nisi per hanc juris solemnitatem abalienari non poterant, (sunt autem certæ hæ res) mancipi vocabantur*. Ac præterea sciendum est, secundum jus vetus usucapionem rei immobilis, seu se moventis esse annum, cujus juris vestigium exstat in *l. nunquam, §. 1. ff. de usucapion.* dum ait, in usucapione rerum mobilium continuum tempus observari, scripserat Jurisconf. continuum annum, non utilem scilicet: alioquin cur dixit mobilium potius, quam immobilium, cum & in usucapione immobilium rerum tempus continuum numeretur? Est etiam aliud vestigium juris antiqui in *l. cum sponsus, §. pen. ff. de Publ. in rem act.* Publiciana in rem actio datur bonæ fidei possessori, qui possessionem rei amisit nondum usucaptæ, & ita dum **E** ait in illo *§. pen.* Publicianam dari de infante servo, nondum anniculo .i. nondum usucapto, quia rei mobilis, sive se moventis usucapio annua fuit ex l. 12. tab. Res autem immobilis ex iisdem 12. tab. usucapio fuit biennium, *usus auctoritas fundi biennium esto*. Et hoc tantum in Italico solo, non in provinciali, ut etiam refert Justin. *in constit. hoc tit.* Et ut summam dicam totius rei: Jure veteri, quantum intelligere licet ex prædictis, erat differentia inter res mancipi, & nec mancipi, & inter solum Italicum, & solum provinciale, & inter dominium ex jure Quiritium, & dominium in bonis. Quas omnes differentias sustulit Justinianus. Ac primum quidem differentiam dominii *tit. 25. sup.* ut omnes essent rerum suarum domini deinceps, eodem jure pleno, & legitimo jure omnes,

nes. Et in hoc titulo differentiam locorum, ut ubique procedat usucapio omnium rerum, ut olim præscriptiones longi temporis, vel 30. ann. ubique locorum locum habebant: & in hoc titulo etiam sustulit differentiam rerum mancipi, & nec mancipi, ut omnes res quoquo modo alienari possint. Ac præterea tempus anni mutavit in hoc titulo, videlicet in triennium, quod exigit in usucapione rerum mobilium, vel se moventium: tempus autem biennii mutavit in decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes: Id exigit in usucapione rerum immobilium. Sed ut hanc longi temporis usucapionem magis ampliaret, declarat primum ad usucapionem sufficere si bona fides interveniat ab initio possessionis, ut obtinuit etiam olim in præscriptione longi temporis. Igitur mala fides superveniens non interrumpit usucapionem bona fide cœptam, & ob id hac in re *l. bonæ fidei, de adquir. rer. dom.* docet separatam esse causam possessionis, & usucapionis, ut & *l. 2. §. separata, ff. pro empt. quoniam mala fides superveniens non interrumpit jure cœptam usucapionem*, quam lex ipsa perficit, & persolvit, sed mala fides superveniens interrumpit possessionem, id est, qui bonæ fidei possessor fuit initio, facit ut desinat esse, & fiat malæ fidei possessor. Atque ideo fructus suos non facit ex eo tempore, quo scivit rem alienam esse, id est, ut non habeat commodum bonæ fidei possessoris, & consequenter ex *l. qui bona, §. 1. D. de adquir. rer. dom.* ut ab eo tempore, quo supervenit mala fides, nihil adquirat per servum alienum, aut liberum hominem, quem scilicet possidet, quoniam cœpit esse injustus possessor, & malæ fidei. Et ita D. Augustin. *lib. de fide, & operibus. In jure*, inquit, *prædiorum tamdiu quisque bonæ fidei possessor dicitur rectissime, quamdiu se possidere ignorat alienum: cum vero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malæ fidei possessor perhibetur, tunc juste injustus vocatur*. Sed non est omittendum etiam jure Pontificio supervenientem malam fidem interrumpere usucapionem, *cap. ult. extra, de præscript.* quod est ex Lateran. conc. cap. 41. ut scilicet qui usucapit, vel præscribit, nulla temporis parte habeat conscientiam rei alienæ. Jure civili satis est, non habuisse initio possessionis. Et postremo addit Justinianus ampliandæ longæ possessionis gratia, ut ei, qui possidet bona fide, prosit ad usucapionem tempus, quo auctor ejus bona fide possedit, id est, ut emptori prosit tempus venditoris, atque etiam donatario in causa lucrativa tempus donatoris, ut in *l. pen. inf. de præscript. longi temp. l. 2. §. emptori, D. pro empt. l. id tempus, D. de usurpat.* Denique ut tempus emptoris, sive antecessoris, ut loquitur, connumeretur in decennium, vicennium, vel triennium, sic omnino legas, non tricennium: nam tricennii nomine significantur triginta anni, & in præscriptione triginta annorum non exigitur justus titulus, *l. 2. inf. de præscript. 30. ann.* quam tamen mox exigit Justin. in *hac lege*. Ergo non loquitur de tricennio, sed de triennio. Et observa, ut venditoris, vel debitoris tempus prosit emptori, vel donatario, & ei accedat, atque jungatur tempus ejus, necessarium esse, ut uterque rem cœperit possidere bona fide, id est, venditor, & emptor, & donator, & donatarius, *l. Pomponius, §. 1. D. de adqu. possess.* Non etiam, ut perseverent in bona fide, quoniam satis est, si uterque cœperit possidere bona fide: nec interrumpitur usucapio, si postea sciverit esse rem alienam, nec si ab alio ad alium res pervenerit ex causa lucrativa, veluti donatione, ut in *d. l. pen.* Quæ omnia Justinian. accipit de successore singulari, ut scilicet requiratur bona fides antecessoris, & successoris: nam idem non est in defuncto, & herede, quoniam bona fides defuncti sufficit, ut currat usucapio cœpta à defuncto, licet heres mala fide possideat, & contra bona fides heredis non sufficit, si defunctus fuerit malæ fidei possessor, *§. diutina, Institut. de usucap.*



AD TITULUM XXXII.

DE ADQUIRENDA, ET RETINENDA POSSESSIONE.

RECTE inter usucapionem, & præscriptionem hic titulus medius interponitur, quia neque hæc, neque illa sine possessione consistit. Et ut à definitione possessionis incipiam, nulla melior dari potest illa, quam Festus retulit ex Ælio Gallo Jurisconsulto in libro de verbor. quæ ad jus pertinent sign. simplicius definitur in *l. quæstio, de V. S.* Possessio est usus: plenius Gallus, ut complectatur prædium rusticum, & urbanum, & recte *quidam*, id est, proprii cujusdam generis usus, ut in definitione legati, *donatio quædam*, id est, proprii generis donatio, quæ neque fit inter vivos, neque mortis causa, quia nec convalescentia legatum revocatur, ut donatio causa mortis, nec qualibet pœnitentia temere. Et ita in *l. rogasti, ff. de præscript. verb.* proprio negotio quodam gesto, & in *l. 1. de oblig. & act.* proprio quodam jure, ut in *l. obligamur, cod.* Ergo illud *quidam*, demonstrat possessionem esse propriam speciem usus, ac proinde non esse possessionem eum usum, qui usus dicitur communiter, quod sic ostendo: Eandem rem in solidum non possunt duo possidere, uti tamen ea possunt pro solido, neque enim ideo minus utor re, quod & ea ipse utaris, *l. si ut certo, §. cum duobus, ff. commod.* forum non possidemus, eo tamen utimur, *l. 1. in fin. de adquir. poss.* servitutes non possidemus, eis tamen utimur, *l. 2. in fin. & l. 3. ff. de precar.* Inde Apulejus I. pro se ipso: *plurimis rebus possessu careo, usu fruor*. Itaque definitio Galli non comprehendit quasi possessionem, qualis dicitur esse servitutum, quæ non possidentur, quia corpore vacant, ut nec apprehendi, nec retineri possint, sed cessio earum, & patientia, & usus pro possessione est. Et hoc est, quod ait *l. 1. in fin. ff. de servitut. urban. præd.* traditionem, id est, cessionem servitutis prædialis, & patientiam inducere officium prætoris, id est, hoc efficere, ut prætor eam cessionem, & patientiam tueatur quasi possessionem, & data actione Publiciana, ut in *l. si ego, §. 1. ff. de Public. in rem act.* Et datis interdictis, quasi possessoriis, veluti de itinere, & actu, *l. quotiens, §. via, ff. de servitut.* Usus igitur in definitione Galli non est qui communiter usus dicitur, id est, χρῆσις, ut servitus usus, vel ususfructus, & commodatum, vel precarium, sed est detentio, sive *detentatio*, ut loquitur *lex ab hostibus, §. ult. quibus ex causis manumissi, & l. 5. ff. de impens. in res dotal. fact.* Et glossæ Philoxeni, detentatores κατοχεῖς, vel subsessio, & incubatio: quamquam hæc duo verba plerunque accipiuntur in malum, ut in *l. 3. inf. ne rei dominicæ, vel templorum*, & illo loco Virgilii, *Devicta Asia subsedit adulter*, id est, interprete Servio, *mala fide possedit*. Itaque malæ fidei possessio, proprie dicitur *subsessio*, vel *incubatio*, ut idem ille Servius: *apud nos*, inquit, *Tyrannus incubator imperii vocatur*. Et Augustinus in Homilia trigesima: *Non erat vox justi possessoris, sed impudentis incubatoris improbitas*, id est, prædonis, & malæ fidei possessoris. Sed ut cætera, quæ Festus retulit ex Ælio Gallo, cum sit ex nostris, exponamus, & iis supplendis, tum corrigendis, sunt enim in iis spatia supervacua, & gravia menda quædam, ut iis, quantum possit, medeamur, cætera etiam exponamus. Gallus ubi definivit possessionem usum quendam esse agri, vel ædificii, subjicit, *non esse ipsum fundum, vel agrum, neque enim esse possessionem iis de rebus, quæ tangi possunt*. Quibus verbis significat fundum, vel agrum esse rem corporalem, cujus scilicet plenam proprietatem habemus: possessionem autem esse rem incorporalem, quæ cerni, & tangi non potest, abstrahi tantum intellectu, & percipi potest, & ex his rebus denique, quæ intelliguntur, sunt ex rebus incertis. Idcirco datur etiam de possessione condictio incerti, *l. in*

debi-

debiti, *§. sed etsi*, *l. qui exceptionem*, *§. si pars*, *ff. de condict. indeb.* adhibita *l. heres*, *ff. ad Trebellian.* Interdum tamen *possessio* accipitur pro corpore ipso, quod possidetur, ut cum prædia provincialia possessiones dicimus, *l. 2. de probat. l. 3. inf. de revoc. donat. l. pen. sup. comm. utriusq. judic.* Et ea prædia possessiones dicimus, quia non sunt propria provincialium mancipio, & oexu, sed usu tantum, & fructu sub onere colendi, arandi prædia, & præstandi tributi, vel stipendii. Et ita Festus, *possessiones quandoque appellari agros late patentes, publicos, privatos, quia non mancipatione, sed usu tenebantur, & ut quisque occupaverat, possidebat.* Quamobrem Flaccus Siculus, & Agg. Urbic. eos agros vocant *occupatorios*, & *arcifinios*, quod accersitis hostibus occupati sunt. Et ita etiam in *l. interdum, de verb. signific.* ostenditur, eum, qui legavit possessiones suas, videri etiam legasse corpora prædiorum suorum. Et ita Apulejus in Asclepio: *Quæcumq;* inquit, *terrena corporali cupiditate possidentur, quæ merito possessionum nomine nuncupantur, quia non sunt nata nobiscum, sed postea à nobis possideri cœperunt.* Sequitur autem in illo fragmento Ælii Galli: *neque qui se possidere dicit, is vere potest dicere.* Quid heic facit vere? loco illius reponimus *hanc ego rem*, quod est ioitium formulæ vindicationis, & creatus est error ex iis singulis, sive notis: pinge literas h. & e. & ambas punctis subdistingue, & subde, re, temone superposito, id est, hanc ego rem, unde fecerunt here, & post, vere. Sensus hic est: *possessionem non posse vindicari veluti rem corporalem, hoc modo: hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo:* Quod & ita mox declarat Gallus: *Itaque*, inquit, *in legitimis actionibus nemo possessionem suam ex iis vocare audet, sed ad interdictum venit.* Loco istorum verborum *ex iis*, reponendum est omnino *ex jure Quiritium*, ut ita scribas: *Itaque in legitimis actionib. nemo possessionem suam ex jure Quiritium vocare audet, sed ad interdictum venit uti possidetis, quod ibi proponitur, vel etiam utrubi.* Sensus igitur est, *neminem legitima actione ex jure Quiritium possessionem suam vocare*, id est, vindicare, ut in Rhetoricis ad Herennium *hereditatem suam vocare lege agnationis, sed ut interdicto uti possidetis, vel utrubi, quo possessionem suam esse affirmat.* Et ita est explicanda *lex 3. §. Pomponius, ff. ad exhibend.* Possessio autem, ut Labeo ait, qui optime callebat origines, rationesque verborum, dicta est à sedibus, quasi positio in *l. 1. ff. eod.* id est, situs, quia naturaliter tenetur ab eo, qui insistit rei, quæ est, quam græci *κατοχὴν* dicunt, id est, detentionem, sive detentationem, possessionem. Et *possidere* igitur est insistere, incumbere rei: incubare, & residere, ut apud Plautum in Epidico, *possidere ferias.* Et in Captivis, *residere ferias.* Et sequitur in *d. l. 1.* dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, id est, ex detentione corporali, ejusque rei vestigium remanere in iis, quæ coelo, mari, terra capiuntur, & in iis, quæ bello capiuntur, & in gemmis, lapillis, margaritis in litore inventis, quæ protinus fiunt ejus, qui primus eorum possessionem apprehendit: ergo in iis rebus apparet, dominium incipere statim à naturali possessione. Et ita in *l. 8. hoc tit.* per procuratorem, id est, corpore procuratoris, nobis adquiri possessionem, & per hanc dominium, ut in *l. traditio, §. ult. ff. de adquir. rer. dom.* Veluti si procuratori sit tradita à domino nostro nomine, quod omnino exigitur, ut statim & possessio, & dominium nobis adquiratur, ut in *l. qui mihi, de donat.* Nam si nomine procuratoris dominus ei rem tradat, non meo, dominium mihi non adquiritur, nisi per traditionem procuratoris mihi factam, quæ est sententia *l. res 25. D. de adquir. rer. dom. l. 2. sup. de his, qui à non dom. manu.* Et ita in *l. 8. h. t. per procuratorem utilitatis causa possessionem.* Et hic subdistingue illud verbum, ut intelligatur, si proprietas à possessione separari non potest, id est, si dominus tradat rem procuratori, si proprietarius tradat procuratori, si in persona tradentis conjuncta fuerit possessio dominio, hoc casu per possessionem mihi quæsitam per procuratorem, etiam mihi dominium adquiritur. Quod si is, qui tradit procuratori meo, non sit dominus, per procuratorem quidem mihi possessio adquiritur, non dominium: sed postquam scicro rem traditam procuratori meo, tunc inchoatur usucapiendi conditio, id est, tum incipio eam rem usucapere, quæ procuratori meo tradita est à non domino. Ergo ne dicamus, quod tentat Accursius in *l. 8.* dominium adquiri per procuratorem, quod est fallissimum, quia non adquiritur dominium per procuratorem simpliciter citra possessionem: nec cavillari oportet verba *l. 1. sup. per quas person.* dum ait, *nihil nobis adquiri per liberam personam, puta per procuratorem, excepta causa possessionis*, quasi aliud sit possessio, aliud causa possessionis: nam idem est proculdubio causa possessionis, id est, possessio. Passim in libris nostris, causa dotis est dos, causa bonorum, id est, bona, causa venditionis est venditio, & causa lethi in aliis auctoribus, id est, lethum. Et apud Tibullum causa: *Neeræ conjugis ereptæ, causa perire suit*, ubi est *ἀνακολουθία* in verbo *causa*: nam aliter sumitor infra, quam supra: Hic enim est sensus, causa Neeræ conjugis ereptæ, id est, Neera conjux ei præbuit causam mortis. Sic igitur concludamus: per procuratorem non adquiri dominium citra possessionem, sed per possessionem dominium adquiri. At dum ait *d. l. 1.* dominium ex naturali possessione cœpisse, idque adhuc apparere in supradictis rebus, satis indicat, non in omnibus rebus dominia incipere ex naturali possessione: nam rei legatæ dominium ipso jure adquiritur, id est, *l. 12. tabul.* Ulp. *in reg. tit. 19.* sine naturali possessione, & probat *lex quotiens, §. ult. D. de pecul. l. 7. & 23. sup. de legat. l. 3. §. quando dies, l. 3. §. si rem, D. de leg. a. 3.* & rei quoque donatæ mortis causa, ut probat bellissime *l. 1. in fi.* conjuncta *l. 2. D. de Public. in rem act.* Et hereditas quoque ipso jure adquiritur, si vel dixeris, *adeo illam hereditatem*, etiamsi nullam rem hereditariam apprehenderis, *l. si ager, ff. de rei vind.* Et contra non semper possessionem etiam dominium sequitor: fideicommissarius est possessor rei per fideicommissum relictæ, non etiam dominus jure civili, *l. qui usumfructum, ff. si usufruct. pet.* Provinciales prædiorum suorum erant possessores, nou etiam domini, ut Theoph. *in §. per traditionem, de rer. divis.* ut non male in *l. naturaliter, §. 1. de adq. poss.* dicatur, nihil affine habere possessionem cum proprietate .i. dominio. Unde Seneca 10. Epistola. *Stulta hominum avaritia proprietatem à possessione discernit.* Et ut opinor, hoc vult dicere, attentionem, & accurationem oimiam hominum io distinguendis rebus discrevisse possessionem à proprietate, nec tamen immerito discrevisse. Diximus heri de definitione, & nomine possessionis Labeonem recte deducere nomen à sedibus, qui etiam in *l. 3. §. ex contrario, ff. eod.* exemplo sessionis, & stationis docet, apud duos ejusdem rei possessionem in solidum esse oon posse, non magis, quam ut tu stare videaris in eodem loco, quo ego sto, vel sedere in eodem loco, quo ego sedeo. Possessionem autem esse *usum quendam rei*, vel dominium usus rei, vel detentionis: Nam multiplex est dominium, proprietatis, ususfructus, & possessionis in *l. si procurator, ff. de adquir. rer. dom.* Cur addit interpretationem, *Dominium*, id est, *proprietas*? ne quis intelligeret possessionem: nam est frequentissimum io jure, ut dominium accipiatur pro possessione, & dominus pro possessore, ut in *l. 4. inf. de aquæductu*: longo dominio, id est, longa possessione. Unde non male dixeris possessionem esse dominium usus, sive detentionis rei. Nunc videamus. Species duas proponit *l. 10. hoc tit.* Unam, quæ jure consistit, aliam, quæ corpore, ut Divus Augustin. in Sermone de vita clericorum: *Exiguum est*, inquit, *quod videtur possidere, sicut jurisperiti loquuntur, jure, non corpore*, ut quæ jure consistit, id est, jure civili, *l. stipulatio ista, §. hæc quoque, de verb. obl. l. si eum, qui, de donat. inter vir. & uxor.* Civilis possessio appellatur, & ita definitur detentio, quæ constat jure, & animo domini, puta detentore credente se esse dominum, & detinente rem ex ea causa, qua dominium, id est, proprietas quæri solet. Unde apparet possessionem civilem

esse

esse facti, quia est detentio, id est, usus rei. Et inde in *l. denique*, *ex quibus causis major.* possessionem plurimum facti habere, διὰ τὸ νέμεσθαι, Græci adjiciunt illo loco, & esse etiam animi, quia animum, affectionem, voluntatem, cogitationem, opinionem domini desiderat, tot utuntur nominibus auctores nostri, ut putet se esse dominum, & possidere rem suam, *l.1. §.Scævolæ, si quis testam. liber esse*, & esse etiam juris, quia justum titulum adquirendi dominii desiderat, veluti emptionem, donationem, aut legatum, quæ imbuant animum possessoris opinione domini. Quamobrem & animus ille, qui jure imbutus est possessionis justæ, dicitur esse juris, non facti, *l. possessionem, D. eod.* Denique possessio civilis est juris, & facti. Juris, quia sine jure non consistit, ut Cornelius Fronto de differentiis vocabulorum recte scribit: *In possidente jus esse, & possidere eum, qui, aut testamento relictæ, aut donatæ rei, aut emptæ dominus est.* Facti, quia sine corpore non consistit, quod possideat, & quod possideatur. Et hoc distat à bonorum possessione prætoria, quæ ut hereditas, sine ullo corpore juris intellectum habet, *l.3. §.1. D. de bon. possess. l. hereditas, de petit. heredit.* quæ autem possessio corpore consistit, naturalis, & corporalis dicitur, & est detentio rei nudæ, citra jus, affectionemque domini, non tamen citra jus aliquod, affectionemque: Nam utraque possessio legitima dicitur, & civilis, & naturalis in hac *l.* 10. quia, ut inferius dicetur, utramque prætor interdictis tuetur possessoriis. Et possessio quoque fructuarii, quæ naturalis tantum est, dicitur plurimum ex jure mutuari, *l. poss. ff. eod.* Ergo utraque possessio est juris, & facti. Quid ergo distant invicem? quia naturalis est facti potius, quam juris, propterea quod destituitur jure, animoque domini, quod est jus summum: at civilis potius est juris, quam facti, quia possidetur summo, & optimo jure, nempe domini. Sed hæc, quæ ita constituimus, exemplis nobis patefacienda sunt. Fructuarius videtur naturaliter possidere, *l. naturaliter in pr. D. eod.* Quæ ex inscriptione referenda est ad interdictum uti possidetis, quod etiam usufructuario competit, *l.1.§. hujus autem, D.uti possid.* Tull. in oratione pro Cæcinna, *Cesenniam*, inquit, *propter usumfr. possedisse non negat.* Possidet igitur fructuarius, vel possidere videtur propter usumfructum, non dominii, sed ususfructus jure, quod sæpe dominii effectum habet, & possidet fructuarius jus utendi, & fruendi potius, quam fundum, aut servum, in quo usumfructum habet, *l.adquiritur, §.ult.D. de adquir. rer.dom. l.1. §.quod ait, quod legat.* Et quasi possidet igitur potius, quam possidet: quia juris est quasi possessio, non possessio, quod ejus nullum subsit corpus, cui incubatur. Et ita in *l.ait prætor, ex quib. causis major. fundi possessionem*, inquit, *& ususfructus quasi possessionem*, & sic etiam in *l. 3. D. de vi, & vi arm.* Denique fructuarius possidet naturaliter jus utendi fruendi, fundum autem fructuarium ipse dominus possidet civiliter. Ne igitur dicas, fructuarium fundum possidere naturaliter, & dominum civiliter, quia duo non possunt esse in solidum possessores ejusdem rei, nec duo, qui possideant civiliter, nec duo, qui naturaliter, nec duo, quorum unus naturaliter, alter civiliter, nec duo, quorum juste unus, alter injuste. Et jampridem explosa est Sabini sententia, qui duos admittebat possessores, *l.& habet, §.eum, qui, D. de precario*, quæ est ex libro ad Sabinum, & ex doctrina Sabini. Et hoc ostenditur in *l.3. §. ex contrario, D. eod.l. duo, D. de prec.l.si ut certo, §. duobus, D. commod.* M.Tull.in Lucull., *Nam aut Stoicus constituatur sapiens*, inquit, *aut veteris Academiæ, sed non potest: Est enim inter eos, non de terminis*, id est, *finibus, sed de tota possessione contentio.* Ergo dominus, id est proprietarius, fundum, in quo alter usumfructum habet, possidet civiliter tanquam dominus, quia propter usumfructum non desiit habere animum possidendi, non deposuit animum possidendi, nec fuit causa deponendi, cum nihil commune habeat ususfructus cum proprietate, id est, cum nec duo hæc permisceantur, sicut nec possessio, & proprietas, nec possessio, & usucapio permiscentur, *l.pen.eod.l.2.§.separata,pro empt.* & hæc de fructuario. Tractemus etiam de aliis, qui possident naturaliter tantum, non civiliter. Creditor rem pignori datam possidet naturaliter, & jure pignoris. Et hæc igitur naturalis possessio, etiam non caret suo jure, *l.3. §. ult.ff.ad exhib.* Et si possidet rem ipsam, solus igitur, ut ante constitui, quia scilicet eo animo debitor eam rem dedit creditori, ut ipse possessionem dimitteret, & eam in creditorem transferret, *l. cum & sortis, §. ult.de pig. act.* Ergo per traditionem pignoris debitor, qui id possidebat civiliter ut dominus, desiit possidere, & creditor, cui traditum est, id incipit possidere naturaliter. Excipitur causa usucapionis, propter quam utilitatis ratione receptum est, ut debitor, licet omnino non possideat pignus, ut dixi, ad usucapionem id possidere intelligatur, id est, ne usucapio cœpta impediatur, vel interrumpatur per possessionem, quæ reapse, & naturaliter est penes creditorem, *l.1.§.per servum, l. qui pignoris, ff. eod.l.servi, ff. de usucap.* Et hoc non est novum, ut perseveret, quæ cœpit, usucapio, licet is, qui usucepit, desierit possidere, ita ut ab initio quidem usucapio non consistat sine possessione, ex postfacto consistat sine possessione: Et ita fit, ut morte non interrumpatur usucapio, imo impleatur jacente hereditate, quia hereditas fungitur vice personæ, *l. cœptam, ff. de usucap.* ut furore non interrumpatur, licet furiosus desinat possidere, cujus animus aberrat, vel exulat, *l.justo, §. pen.eod.* ut non interrumpatur etiam captivitate in rebus peculiaribus, *l. si is, qui pro emptore, eod.* ut non interrumpatur usucapio rei mobilis junctione in ædificium, quo tamen genere desiit possidere, *l. rerum, eod.* proinde, ut non interrumpatur, & interpelletur usucapio cœpta à debitore, possessionis translatione in creditorem pigneratitium. Et hoc est, quod dicitur, *debitorem quantum attinet ad usucapionem videri possidere, licet omnino non possideat.* Jus fingit omnibus illis casibus, eum, qui rite cœpit possidere, & porro possidere, licet reipsa desierit possidere, ut impleatur usucapio. Et hæc de creditore. Similiter vero sequester, apud quem litigatores rem litigiosam deponunt, vel sua sponte, vel auctoritate judicis, possidet naturaliter, si partes possessionem ei dimiserint, id est, si rem apud eum sequestro deposuerint, non custodiæ causa, sed dimittendæ possessionis causa, ut interea neuter rem possideret, *l. interesse, D. eod. l. licet, §.1ri, depos.* Et justa quoque ea possessio est cum voluntate partium teneatus. Denique, & hæc quoque naturalis possessio suum jus habet, non tamen jus dominii optimum maximum. Colonus autem, & inquilinus, & sequester custodie causa, depositarius, & commodatarius, & is, qui precario rogavit, possident certe naturaliter, id est, rem tenent, quod est proprium verbum naturalis possessionis, habere autem civilis: Et hos omnes naturaliter possidere ostendunt *lex 7. §. neque, comm. divid. l.videamus, §.possessionem, D. de usufr. l.1. §.1. D. pro hered.* Neque possident sine jure, sine titulo, non tamen titulo dominii adquirendi possident, justo titulo conducti, vel depositi, vel commodati, vel precarii: non tamen justo titulo, quo dominia rerum adquiruntur: & præterea ii possident sibi ut fructuarii jus utendi fruendi: Possident sibi creditor, & sequester, cui dimissa est possessio, non possident sibi, sed domino, ii, quibus omnibus eo animo possessio conceditur, ut non sibi possideant, sed domino. Hoc agitur inter eos, hoc conventioni inest. Ideoque rei depositæ, commodatæ, vel locatæ, non tantum proprietatem retinemus, sed etiam possessionem per eos, quibus cessimus possessionem, ita ut nos soli vere possideamus, aut quod idem est, per illos, qui tenent rem naturaliter permissu nostro, *l.1. sup.comm.de usucap. l.2. de præscript.trig. annor.* Is autem, qui alium vi dejecit possessione, etiam possidet naturaliter, & quidem sibi, non alii, & qui dejectus est, desiit possidere, quia deposuit animum possidendi. Quem enim posses habere animum possidendi, dum alium conspicis in possessione invito te? Animo solo retines possessionem, si nemo fundo insistat, & incumbat, sed si insistat aliquis per vim, ut posui, qui potes ani-

mo

mo retinere possessionem, qui plane abjecisti animum possidendi? Imo etiam desinit possidere is, cujus animus labascit suspicione, ut in specie *l. si id, quod, §. pen.D.eod.* Si me absente aliquis ingressus est possessionem, & reversus suspicor, ne me repellat: Si quidem ingressus est possessionem fundi mei, & depono animum possidendi: hæc suspicio facit, ut desinam possidere, & consequenter desinit possidere, cujus labascit animus dubitatione aliqua juris sui, aut vacillatione, ut in specie *h.leg.* 10. quæ docet lite contestata adversus possessorem, eum, licet possideat naturaliter, quod non abscesserit fundo propter litem motam, tamen non possidere civiliter ut dominum, quia labascit animus dubitatione juris sui, cui fit quæstio dominii. Et notandum *l.* 10. loqui de possessione: Nam hac de re est longa differentia inter possessionem, & usucapionem. Possessio civilis interrumpitur litis contestatione, usucapio non interrumpitur, quia nec superveniente qualibet mala fide, *l. aliam, de novat. l.si post acceptam, l. si à bonæ fidei, de rei vindic. l. Julianus, §. quantum, D. ad exhib. l. 2. §. ult. ff. pro emptore, l.2. ff. pro donat.*

Ac postremo si maritus donaverit rem uxori, uxor eam rem possidet naturaliter sola, non civiliter, quia cum ea donatio sit illicita, non est justa causa adquirendi dominii, nec justa præsumptio dominii. Maritus nullo modo possidet, quia abjecit possessionem penitus, & eam transtulit in uxorem. Et hoc ostenditur in *l.1. §. dejicitur, de vi, & vi arm. l. si eum, qui, de donat. inter vir. & uxor.* Dices, hæc possessio naturalis, quam possidet, qui vi dejecit dominum à possessione, vel quam possidet uxor, cui vir donavit, est sine ullo jure: Ergo non omnis possessio naturalis ex jure semper aliquid habet: Respondeo, & hos quoque, qui possident naturaliter, habere juris aliquid. Qua de causa pupillus non potest alienare possessionem naturalem sine tutoris auctoritate, *l. pupillus, D. de adqu. rer. dom.* & jus, quod habet, est quod tueri possit possessionem suam adversus quoscunque, etiam non jure receptam. Excepto eo, à quo injuste possidet, ut, inquam, eam tueri possit interdictis possessoriis, quod probat *l. s. §. ult. ff. uti possid. l. s. §. qui à me, & §. dejicitur, de vi, & vi arm. l. 1. §. si vir, ff. de adquir. poss.* Ex iis facile intelligere licebit quid sit naturalis possessio, & quid civilis.

Ad L. I. Per liberam personam *ignoranti quoque adquiri possessionem, & postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est.*

LEx 1. auctoritate utitur *l. solutum, §. per liberam, de pig. act. & §. ex iis, Instit. per quas pers.* Et ejus sententia hæc est: Per liberam personam, quæ non est in nostra potestate, veluti per procuratorem, tutorem, aut curatorem, & addere licet ex Accursio, vel per servum alienum, ut *l. si me in vacuam, §. ult. ff. de adquir. possess.* non tantum scienti mihi possessionem esse traditam procuratori, vel alii meo nomine, sed etiam ignoranti mihi, omnium rerum possessionem adquiri, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit meo nomine procuratori, etiam accipienti meo nomine: Quod ideo dico, quia si tradidit procuratori meo nomine, & procurator accepit suo nomine, dominium mihi, possessio procuratori adquiritur, *l. qui mihi, de donat. l. per servum, §. ult. D. de adquir. rer. domin.* Sin vero tradidit nomine procuratoris, & procurator acceperit meo nomine, procuratori dominium adquiritur, quod tamen præstare mihi tenebitur actione mandati, possessio mihi, *l. res, D. de adquir. rer. dom. l. quod meo, D. de adquir. possess. l. 1. sup. de his, qui à non domin. manum.* quod si non fuerit dominus, qui tradidit rem procuratori meo, hæc lex ait, usucapionis condicionem inchoari posse, id est, usucapionem ejus rei, postquam sciero procuratori fuisse traditam possessionem meo nomine accipienti, non antequam hoc sciero. Unde notanda est una differentia inter usucapionem, & possessionem. Possessio, & per hanc dominium adquiritur ignoranti, etiam per liberum hominem, volenti tamen possidere, *l. 21. quæ, de adquir. rer. dom.* Voluntas requiritur, non scientia traditæ possessionis: Usucapio autem non competit ignoranti, *l. possessio, §. pen. D. de adqu. poss.* Et cum Neratius in regulis scripsisset *l. 13. D. de adqu. rer. dom.* per procuratorem, & tutorem adquiri rerum dominia ignoranti, Paulus ad Neratium notavit in *l. si emptam, de usucap.* usucapionem tamen non competere ignoranti, quod & Neratius non ignoravit, *l. si rem, eod.* nisi ex causa peculiari, id est, si quid nomine peculii servus nanciscatur, id etiam dominus ignorans possidet, & usucapit. Denique hoc solo casu ignoranti usucapio competit, id est, ex causa peculiari, quod *lex peregre 44. §. quæsitum, de adquir. poss.* ait esse receptum jure singulari utilitatis causa, ne domini per singula momenta cogerentur inquirere species, & causas peculiorum, quæ esset molestia maxima. Et in illo *§. quæsitum*, possessioni etiam addenda est usucapio, ut dicamus, ex causa peculiari ignoranti possessionem adquiri, & usucapionis conditionem. De possessione non minus dubitabatur, quam de usucapione, an per servum domino ignoranti adquireretur, quia in ea re, quam nunc adquirit servus non habet jussum domini, aut voluntatem, ut procurator, qui habet mandatum domini, vel ratihabitionem, ut *l. communis, §. ult. ff. de adq. poss. l. si ego, ff. de negot. gest.* Tutor autem, vel curator habet jus, & potestatem in personam pupilli, & consequenter administrationem rerum, ut possit plane per eos, etiam ignoranti adquiri possessio, non etiam inchoari usucapio, antequam sciverint quæsitam possessionem, quia usucapio extra causam peculii ignoranti non procedit. Et eadem ratione utilitatis *hac l. 1. & l. 8. hoc t. & Paul. 5. Sent. tit. 2.* receptum esse ait, ut per procuratorem nobis adquiratur possessio, ne scilicet cogamur semper corpore nostro apprehendere possessionem, quæ sane non potest adquiri sine corpore simul, & animo, sed id possumus expedire corpore alieno, misso homine, cui tradatur possessio, ut volentibus nobis possidere, & tradita, acceptaque possessione nostro nomine, ea adquiratur nobis potius, quam vacet, quæ utique erit vacua, nisi nobis adquiratur, quia neque qui tradidit, possidet, quia dimisit possessionem, neque procurator, cui tradita est, quia non habet animum possidendi rem. Rem enim accepit, & tenet meo nomine, non suo. Vacua igitur est possessio, nisi nobis adquiratur: Et utilitas rerum expediendarum hoc exigit, ut nobis adquisita intelligatur, licet regulariter jus non patiatur, ut liber homo nobis adquirat, sed is tantum qui juri nostro subjectus est. At ab hac regula excepta est possessionis causa, *l. s. sup. per quas personas, l. traditio, §. ult. de adquir. rer. dom.* id etiam *l. 1.* ait esse receptum jurisprudentia, id est, auctoritate prudentum quorundam, ut in *l. si rem, D. de usucap.* sit jam fere convenire inter juris auctores, ut possessio adquiri possit per liberam personam: fuit enim controversum olim, quia pugnat cum regula juris, hodie est certum ex rescripto Severi, & Antonini, id est, ex hac *l. 1.* Tria sunt, quæ adquiruntur, dominium, possessio, obligatio, sive actio. Possessio etiam adquiritur per liberam personam, dominium solum non item, sed per possessionem etiam dominium, si dominus tradiderit libero homini nostro nomine accipienti rem datam nostro nomine: obligatio, vel actio nulla nostro nomine adquiritur per liberum hominem, excepta obligatione creditæ pecuniæ: utilitatis etiam causa excepta est, propter necessarium usum creditæ pecuniæ, ut constat in credita pecunia singularia pleraque recepta esse, *l. singularia, de reb. cred.* Puta, ut mutuum contrahatur, etiamsi non meos nummos acceperis, sed mihi debitos acceperis, vel retinueris, quos ipse debuisti ex alia causa in crediti causam, *d. l. singularia*. Cum regulariter non contrahatur mutuum, nisi fiat de meo tuum, unde scite comminiscuntur deduci nomen mutui. Item ut mutuum contrahatur, etiamsi neque meos, neque mihi debitos nummos accipias, sed alienos, qui tibi numerentur in crediti causam, & à te accipiantur meo nomine, quo casu pla-

cet, ut per liberum hominem suos nummos credentem meo nomine, mihi adquiratur obligatio creditæ pecuniæ, & ex ea causa obligatio pignoris, & consequenter actio si certum petetur, & pigneratitia, *l. 2. sup. per quas person. l. certi, §. si nummos, ff. de reb.cred.* Unde adjectum est non semper in *l. solut.§. per lib. ff. de pig. act.* non semper per liberam personam adquiri pigneratitiam actionem, non scilicet, nisi ex causa crediti ex constitutione Justiniani, quod ante eam non obtinuerat, licet obtinebat adquiri actionem creditæ pecuniæ per liberum hominem, id est, ex *d. l.* 2. SC. etiam Macedon. constat esse singulare in credita pecunia filiofamilias, quod trahitur etiam ad pecuniam creditam servo, vel conditionario homini, vel colono, *l. ult. quod cum eo, &c.* Olim etiam id erat singulare in credita pecunia, ut ex causa creditæ pecuniæ valeret constitutum sine stipulatione, quod ex constitutione Justiniani etiam hodie valet ex omni causa, *l.pen.sup.de const. pec.* Illa autem differentia, quam tradit in *l.* 1. inter usucapionem, & possessionem, ut hæc scienti procedat, illa etiam ignoranti adquirat, nova videri non debet: Sunt enim aliæ pleræque. Mala fides superveniens, & incidens interpellat, & interrumpit possessionem, non usucapionem, *l.bonæ fidei, ff. de adqu.rer. dom.* Item litis contestatione interrumpitur possessio civilis, non usucapio. Amittitur possessio, si transferatur in creditorem pignoris jure, usucapio cœpta à debitore perseverat, *l.* 1. *§. per servum. l. qui pig. ff. de adqu. poss.* Et plerisque aliis modis amittitur possessio usucapione non cessante, ut vere possis constituere sine possessione usucapionem posse consistere ex postfacto, non ab initio. Item malæ fidei possessorem usucapere posse, quod videtur esse *παράδοξον*, si cognoverit rem esse alienam post cœptam usucapionem bona fide, non ab initio. Præterea possessio bonam fidem non exigit: ut adquiratur usucapio omnino exigit bonam fidem, *l.2. §. separata, ff. pro empt.* Ideoque & scientiam exigit, quia *bona fides* nihil aliud est, quam fides recta, sincera. Nec definienda est simpliciter bona fides, ignoratio rei alienæ, sed potius ignoratio injustæ possessionis, injusti tituli: ut bona fide possideo, etiamsi scierim rem esse alienam, quæ mihi vendebatur à non dominis, si modo existimaverim eos jus vendendi habuisse, puta domini procuratores fuisse, aut tutores, qui tamen non habebant. Itaque non juste possideo, id est, ex justo titulo, quia tamen id ignoro, bonæ fidei sum possessor, *l. bonæ fidei, ff. de V. S.* Et ita, si bonæ fidei possessor possideat servum, qui mihi noxam nocuit, & eum mihi dedat in noxam, quia noxali actione bonæ fidei possessor tenetur etiam, nedum dominus: Si, inquam, mihi eum dedat scienti alienum esse, bona fide eum possideo, quia possideo ex justa causa, id est, ex noxæ deditione, *l.generaliter, ff.de nox. act.* atque ita scientia rei alienæ simpliciter non est mala fides, sed scientia injustæ causæ, injustæ possessionis. Et si vis nosse quæ præterea requirantur in usucapione, una tantum lex est notanda, *l.ult. sup. Si quis ignor.rem minor. comp.* bonam fidem requirit, & justum titulum, quo rerum dominia quæri solent, & tempus legitimum, & ut possederit sine interpellatione, & sine controversia: Nam etiamsi litis contestatione non interrumpatur usucapio, tamen interrumpitur vi naturali amissa possessione, id est, usurpatione, *l. naturaliter, ff. de usucap.* aut vi civili, veluti lapilli jactu, *l. 5. §. meminisse, D. de novi oper. nunc. l. 7. D. quod vi, aut clam*, aut aliis modis plerisque, de quibus dicemus seqq. titulis, quorum ratione exigimus, ut possederit sine controversia. Et postremo ut rei dominus sit major ætate, id est, 25. annor. quia res pupilli non potest usucapi, *l. bonæ fidei, D. de adqu. rer. dom.* Adolescentis res potuit olim usucapi: Sed hodie ex oratione D. Severi, nec adolescentis res usucapi possunt, quia in ea oratione, vel SC. alienationis verbo etiam usucapio continetur, *l. 3. §. pen. D. de reb. eor. qui sub.tut. l. alienationes, D. de V. S.*

Ad L. II. Minus instructus est, *qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem ejus; quod per procuratorem emisti, non sis inductus: cum ipse proponas, te diu in possessione ejus fuisse, omniaque ut dominum gessisse: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio: ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.*

EX leg. 2. hujus tituli id tantum notandum est, adquiri nobis possessionem rei, licet in instrumento emptionis non sit comprehensum, traditam possessionem fuisse, si modo emptor sciente venditore, ut ait (quia scientia venditoris, & patientia consensum imitantur) si modo, inquam, emptor sciente venditore in possessione fuerit, & omnia gesserit ut dominus rei. Possessio non adquiritur verbo, aut scriptura sola, sed re ipsa, facto ipso. Et hoc idem ostendit *l. non idcirco, D. de contrah. empt. l. 2. sup. si quis alt. vel sibi.* Et recte *l. 8. sup. comm.utr.judic.* Nihil referre, relinquas, an transferas possessionem, ut in *§. interdum, Inst.de rer. divis.* nihil referre, utrum tradas, an permittas alium rem sibi habere, eamve inferre in domum suam, *ut l.si ego, §.pen. D.de jure dot.* Sed notandum, quod hæc lex pen. loquitur de vacua possessione, ut & *l. 3. & 7. hoc tit.* quia si non sit vacua possessio, quam quis se tibi tradere dicit, qui possis habere animum possidendi, sine quo possessio nulla adquiritur, aut qui possis habere animum possidendi eam rem, quam cernis occupari ab alio, non imbibit nomen possessorie, nisi cui vacua possessio tradita est, *ut l.a.§.1.& l.venditor, de act. empt.* Denique possessio non adquiritur, nisi quæ vacua est, & libera: & ideo non ex facto, *ut ait glossa l.1.* proponit fuisse possessionem vacuam, sed ex mero jure, quod non sit adquisitio, nisi liberæ, & vacuæ possessionis: addamus, quemadmodum *in hac l.* vacuæ possessionis mentionem fieri diximus non ex facto proposito, sed ex mero jure, quod non nisi vacuæ possessionis adquisitio sit: Ita etiam mentionem fieri possessoris, qui diu in possessione fuit, non ex facto proposito, ut Accursius voluit, sed ex jure, propterea quod agebatur de usucapione, vel præscriptione longi temporis.

Ad L. III. Donatarum rerum *à quacunque persona infanti vacua possessio tradita, corpore quæritur: Quamvis enim sint auctorum sententiæ dissentientes: tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quæsitam: alioquin (sicut consultiss. viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.*

Ad L. IV. Licet possessio *nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo prædiorum desertam possessionem, non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti: præjudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest.*

PErtinent hæ duæ leges ad unam, eandemque quæstionem, & notandum ad utramque, possessionem adquiri corpore, & animo, id est, apprehensione naturali, actu, facto, & animo adquirendi, sive possessio sit naturalis, sive civilis, utraque utrumque exigit. Et perperam faciunt, qui ex animo definiunt civilem, ex corpre naturalem, cum utraque utrumque requirat. Ergo & hæc, & illa non adquiritur nisi corpore, & animo, id est, nudo animo, vel nudo corpore non adquiritur, ut ait *l.* 4. Et idem est nudus animus, & solus animus, sicut nudum pactum, & solum pactum, *l. major.inf.de pign.* Sed adquiritur possessio corpore, & animo, animo utique nostro, corpore, aut nostro, aut alieno, veluti corpore procuratoris, tutoris, vel curatoris, cui tradatur nostro nomine, vel corpore filii, vel servi, vel fructuarii, vel coloni, animo utique nostro, non alieno, ut *l.3.in princ.& §.saltus, ff.eod.* Animo, inquam, nostro, quia invito non adquiritur possessio, ignoranti quidem adquiritur, hoc est verissimum, non tamen invito. Et ignoranti adquiritur per procuratorem, vel servum alienum ex man-

mandato, aut per servum, aut filium proprium ex causa A peculiari, vel ex jussu nostro, imo & ex causa peculiari videtur nobis adquiri possessio animo alieno, puta filii, vel servi. Et ita est scriptum in *d. l.3. §. saltus*: sed & hæc ratio adserri posse videtur, quia specialiter ei non mandavimus ut compararet, quod comparavit, neque id declaravimus nos comparare, & possidere velle. Igitur quæritur mihi possessio corpore, & animo alieno, vel filii, aut servi: Attamen videri potest & filius, & servus id parare, & possidere nobis ex causa peculiari animo nostro, quod ei peculium permiserimus, *l.1. §. item adq. ff. eod.* Et hoc colore etiam defendi potest hoc casu, possessionem nobis adquiri non animo alieno, sed nostro, corpore tamen alieno: videtur etiam in casibus relatis ab Accursio in *l.1. h.tit.* possessio nobis adquiri solo animo nostro, non corpore, quod est contra definitionem B initio propositam de non adquirenda possessione, nisi utroque concurrente, corpore, & animo, Et ita scriptum est in *l. quarund. ff. eod.* Iilis quibusdam casibus, quos collegit Accursius, posset videri possessionem adquiri solo animo, ut si jussu meo res, quæ posita erat sub oculos meos alii tradatur, vel si in re præsenti consentiamus, puta ut columnæ, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non posint, meæ sint. Et quæ fit in re præsenti conventio non est traditio corporis, quia res loco non movetur, neqoe attrectatur à me. Ergo ejus rei videor possessionem adquirese, quia utique eam adquiro animo solo. Sed dici potest etiam hoc casu hanc ipsam rem, quæ ita geritur, esse veluti corporis traditionem, id est, præsentiam, & conspectum rei haberi pro traditione corporali, vel oculis quodammodo apprehendi possessio- C nem, velut corpore, sicut si venditor ex turri mihi demonstret vicinum fundum, quem vendidit mihi, & dicat se mihi tradere ejus fundi, quem indicat vacuam possessionem, oculis apprehendo possessionem, & super dicto venditoris, qui demonstratam possessionem se mihi tradere dicit, *l.3. §.penult. & l.quod meo, §.si vendit. ff. eod.* Sicut hodie fit, ut beneficii Ecclesiastici possessio capiatur præsentibus testibus, & inspectione sola turris Ecclesiæ: idemque efficit traditio clavium ædium venditarum, ut ædes intelligantur traditæ corporaliter, si claves tradantur in re præsenti. Idemque efficit ædibus emptis appositus insularius, id est, custos, *concierge*. Et in *d. l. quorundam, in fi.* quod omnino non improbabis, si legem peslegas, videtur legendum, *utrubique*, id est, sive mihi emptori, sive ei, cui jussesim sit tradita custo- D dia rei, corporis quodam genere possessionem æstimandam esse, id est, non solo animo adquiri possessionem, sed & quodammodo corpore. Idemque quoque efficit depositio, vel illatio rei in domum meam, licet eam non attrectaverim. Idemque traditio instrumenti auctoritatis, quo fretus probo emptori me jus vendendi habere, rem mihi jure quæsitam esse, quam vendo, rem omnino esse meam: tradita res videtur, si sit traditum instrumentum auctositatis, quodam genere corposis: instrumentum instar est rei ejus, de qua conscriptum est, ut gleba si apprehendatus, instar habet totius fundi, & habuit olim in rei vindicatione. Et hoc de instrumento est ex *l.1. inf.de donat.* Idem efficit conductio, vel retentio ususfructus, *l. quisquis, eod.* Quod sic declaro: usufructuarius jus utendi fruendi possidet sibi, id est, quasi possidet, E fundum psoprietario alieno nomine, non suo: non possidet igitur ipse fundum, sed is, cujus nomine possidet. Igitur si is, qui sibi fundum possidebat pleno jure tanquam dominus, in eo constituerit habere tantum usumfructum, dum vult propsietatem fundi transferri in Cajum per retentionem ususfructus, vel conductionem fundi, si eum possideat ut colonus, videtur Cajum fecisse possessorem fundi corpore suo, volentem scilicet Cajum eundem fundum sibi adquirere. Voluntate ergo, & animo Caii, & corpore suo. Unde ita concludamus: ut corpose videatur adquisita possessio, non esse necessarium contactum corporis, non esse necessariam attrectationem, & ut Græci dicunt, *κ' χειρῶν ἀντὶ τῆς συμφωνίας κἂν ἀφῆς*: Nam & oculis apprehenditur possessio voluntate domini, aut bonæ fidei possessoris, veluti corpore nostro, & traditione instrumenti auctoritatis, ut dixi: imo & signo imposito rei, ut trabes mihi videntur traditæ, si eas mihi adsignavero, *l. quod si neque, in fi. D. de peric. & comm. rei vend.* Et aliis plerisque modis possessio quæritur si non corpore, saltem veluti corpore, vel quodam corporis genere, & corpore etiam alieno. Restat igitur nullo casu possessionem adquiri solo animo nostro, nullo casu animo alieno: nullo casu solo corpore nostro, vel alieno. Inde vero pendet quæstio *l. 3. an infanti videatur adquisita possessio rei donatæ, quæ ei vacua tradita est?* Et causa dubitandi hæc est, quia infantis non est plenus animi affectus, infantis nulla voluntas est in adquirenda possessione. Corpus solum non sufficit, sed animo opus est adquirendi, affectu, voluntate, *διαθέσει*, & *προαιρέσει*. Et cum placeat tamen auctoritatis causa per tutorem infanti adquiri possessionem, *l.1. §. per procuratorem, ff. eod.* consequens est, ut etiam per infantem, cui traditur ses de manu in manum, videlicet tutore auctore, ut rectissime Joann. supplet ad *l. 3.* & suppleri necesse est ex *l. quamvis, §. infans, ff. eod.* Alioquin possessio videretur adquiri solo corpore infantis, quod fieri nequit, non magis, quam si quid in manu dormientis ponas, non intelligetus adquisivisse possessionem: recte comparat dormientem infanti, ut *l.1. §. adipiscimur, eod.* sed auctoritate tutosis suppletur, quod deest animo infantis. Idque ait *§. infans*, receptum esse utilitatis causa, ut interveniente auctoritate tutoris, quodammodo animo infantis videatur adquiri possessio, qui utique animo præditus est, etiamsi non pleno affectu animi, quia hic defectus ei suppletur, & corrigitur auctoritate tutoris: Nam alioqui infantis nullus est sensus, nullum judicium, nullus affectus, & est ridiculus Dynus, dum asserit in hac *l.3.* infantem solom, sine tutoris auctoritate posse adquirere possessionem quarundam rerum, veluti puparum, aut imaginum, quibus infantes delectantur, & ita intelligendam esse *l.3. hoc tit.* ut illas res, in quas cadit affectio infantis, etiam sine tutoris auctositate adquirat corpore suo, & puerili illo affectu suo. Prudentius Joannes ex jure supplet tutoris auctoritatem, ut scilicet per infantem adquiratur possessio tutore auctore: & hoc supplemento tolluntur omnia, quæ objici posunt huic *l.3.* alioqui infantis nullus est affectus, nulla voluntas, nullum judicium. Et scribens etiam de possessione idem D. August. 14. de Trin. *Infans*, inquit, *licet dominus sit omnium, quæ jure ejus sunt, nihil possidet mente sopita; quia possessio neque adquiritur, neque retinetur sine animo adquirendi, vel retinendi.* Et quod ait *d. l.3.* hoc confirmat responso Papiniani, in eo est singularis, neque id responsum reperitur alibi. Ad hæc notandum est, non adquiri quidem possessionem, nisi corpore, & animo, retineri tamen solo animo, quod est perpetuum in jure, ut si decedam de fundo, atque eundem incultum, & squalidum relinquam, non derelinquendi animo, sed forte metus necessitate, si illinc corpore abscedam nullo relicto, ut fit in bellis civilibus, quæ est species *l. 4.* animo solo retineo possessionem: vel etiam si ea sit conditio agrorum, ut eis continuo insistere non posiim, ut si sint saltus hyberni vel æstivi, vel si sint agri inculti, puta sylvæ, & pastiones: horum agrorum possessionem, dum his longe absum, possessionem retineo nudo animo, *d. §. saltus, & l. peregre, in fine, ff. eod.* Quod & de omni agro dici potest, si eo corpore abscedam, non animo, *l. 1. §. quod vulgo, D. de vi, & vi arm.* Et hinc explicanda species *legis clam, §. qui ad nundinas, D. eod.* Finge: Ad nundinas profectus sum, nemine relicto in fundo meo, retineo possessionem animo solo, & licet me absente aliquis occupaverit possessionem fundi, adhuc tamen possideo solus, ut *l. 3. §. in amittenda, D. eod.* donec reversus à nundinis, intellexero alium occupasse possessionem, & suspicatus fuero me regredientem ad fundum posse ab eo repelli, quia jam depono animum possidendi, & ille incipit clam eum possidere, quod clam ingressus sit in fun-

dum, nimirum me absenta: vel incipit vi possidere, si A ingredientem me repulerit, ego amitto animum possidendi, mihi labitur animus possidendi, *l. & si nolit, l. si id, quod, §. ult. D. eod. l. s. §. sive autem, D. de vi, & vi armata.* Quod autem diximus, animo solo retineri possessionem, hoc significamus, eam non ámitti corpore solo, nisi & animus amittendi fuerit. Et hoc est, quod dicitur in *l. 8. ff. eod. l. fere quibuscunque, de reg. jur.* possessionem non amitti, nisi corpore, & animo, id est, si corpore discedam à fundo, me non amittere possessionem, si mihi non fuerit animus derelinquendi fundi, id est, si animo retineam possessionem, atque ita non amitti solo corpore, nisi concurrat & animus. Et ita nihil obstat *d. l. 3. §. in amittenda*, quæ dicit possessionem amitti solo animo: nam corpore quidem solo non amittitur., nisi & deponendæ, & derelinquendæ possessionis fuesit animus, quia animo solo B retineri potest, *l. quamvis saltus, D. eod.* Animo tamen solo amittitur, licet corporaliter è fundo non discedam, sed eum possidere constituam alieno nomine, ut colonus, & fructuarius, *l. quod meo, ff. eod.* Si quem fundum posedi ut meum, nunc possideam ut alienom, ex causa ususfructus, vel conductionis, eundem possideo corpore meo alii, sed non mihi. Itaque non possideo, sed is possidet, cujus nomine possideo. Atque ita fit, ut animo solo amittam possessionem, licet corpore fundo non excesserim: idem fit expeditius si possessionem retinebam animo solo, non corpore meo, aut alieno: Nam & hanc amitto solo animo. Igitur non eadem est ratio adquirendæ, & amittendæ possessionis. Et comparatio adquisendæ, & amittendæ, quæ fit *in d. l. 8. & d. l. fere quibuscunque*, ut articulus *fere* declarat, quod Harmenopulus in C eam rem notat, & eandem interpretationem sequitur Bulgarus, Placentinus, & Joannes, claudet, quia perpetuum est, non adquiri possessionem, nisi corpore, & animo; amittitur autem animo solo, licet corpus eidem rei incumbat. Contra vero non amittitur corpore solo, nisi & animum abjecerim possidendi, quia solo animo retineri potest. Atque ita apparet claudere comparationem illam, nec omnino eandem rationem servari in amittenda, & adquirenda possessione.

Ad L.V. Cum nemo causam *sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione, ad iniquæ venditionis vitium esse prolapsum: præses provinciæ, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet.* D

EX *l. 5.* notanda est regula juris vetustissima, quæ etiam hodie locum habet, *neminem sibi ipsi, id est, per se solum mutare posse causam possessionis.* Causam possessionis titulum dicimus, quo possidemus, quam mutat in specie *h. l. 5.* qui fundum naturaliter possidet alieno nomine, ut colonus, per quem dominus possidet civiliter, Theoph. in *§. possidere, de interd.* si postea constituat eum fundum suo nomine, & pro suo possidere, & vendat eum tanquam suum, quæ illicita venditio est, quia non potuit sibi mutare possessionis causam, & jus dominii non mutat, id est, nihil domino præjudicat, quin etiam, ut Sabinus scripsit lib. *de furtis*, sicut Gellius refert *lib. 11.* ex ea causa furti condemnatum colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, dominum possessione E ejus interverterat, cum scilicet nondum abolita esset sententia existimantium, etiam fundi furtum fieri, *l. quam rem, D. de usuc.* Hodie ex ea causa colonus teneretur non furti, sed ex locato in id, quod interest, & integra est domino rei vindicatio, si emptor rem non usuceperit, quia non est dubium, quin eum fundum bonæ fidei emptor ulucapere possit, licet eum emerit à malæ fidei venditore, maxime ex *Novell. 159.* si non ignorante domino emerit. Et miror hoc in hac l. 5. Irnerium, & Accursium in dubium revocare: Joannes nihil de eo dubitabat. Quod autem ex Sabino retuli, colonum, qui fundum alii vendit, dominum possessione intervertere, valde notandum est: Nam ex eo intelligitur, quod licet jus dominii non convellatur, ut ait *l. 5.* amittatur tamen possessio, quam dominus possidebat per colonum, fundo à colono alii vendito, neque ob id solum amittitur, quod constituerit possidere suo nomine: quia non potuit sibi mutare causam possessionis, sed quod fundum alii vendat, & tradat, id est, alio ingresso fundum, dominus amittit possessionem, non etiam dominium. Et ita in *l. 3. §. quod si servus, D. eod.* si servus, & colonus decesserint, discesserintve: Si decesserint, quod mortem significat, vel discesserint de possessione fundi, animo retineo possessionem, at si alii tradiderint, sic legendum, amitto possessionem, etiamsi hoc ignorem, ut in *l. peregre, §. ult. eod.* In specie igitur hujus legis mutat sibi ipse causam possessionis, si id, quod possidebat pro alieno, constituat possidere pro suo. Idem non est dicendum ex contrario, si quis, quod possidebat suo nomine, justoque titulo, id constituat possidere alieno nomine, puta ut colonus, vel fructuarius: Nam hic non mutat sibi causam possessionis, sed desinit possidere. Nec enim idem est possidere, & alieno nomine possidere, nam is possidet, cujus nomine possidetur, *l. quod meo, D. eod.* Et præterea hic injuriam nemini facit, ille facit, dum illud, quod possidebat alieno nomine, incipit possidere suo. Item non mutat etiam sibi causam possessionis, qui dimissa prima possessione, & derelicta ejusdem rei, denuo ex alia causa possessionem nanciscitur, sed nova, quæ supervenit causa, possessionem, quam amiserat, ei restituit, *l. qui bona fide, §. ult. eod.* Item si quod possidebam naturaliter alieno nomine, veluti ex conducti, vel depositi, vel commodati causa, si id à domino emero, vel ab eo donatum accepero, non muto mihi causam possessionis, sed mutat eam mihi, quæ extrinsecus accedit causa emptionis, vel donationis, *l. 3. §. illud quoque, eod.* Et ob id *l. 5.* ait, nulla extrinsecus accedente causa neminem sibi ipsi posse fabricare novam causam possessionis.

Ad L.VI. Si nulla ex causa *ingressum agrum tuum, sive vineas, eum, cujus meministi, præses reppererit, nec ulla præscriptione interpellatur petitio: restituere tibi possessionem cum omni causa non dubitabit.*

Ad L.VII. Improba possessio *firmum titulum possidenti præstare nullum potest.* Unde *ingredienti in vacuam possessionem alieni fundi, non consentiente domino, vel actore, qui ejus rei concedendæ potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est.*

Ad L.IX. Nec ex vera vendirione *possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest, ac multo minus is, qui adseveratione, falsa velut emptor, cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpens alienum, retinendi justam causam habet.*

EX *l. 6.* cui adjungenda est *l. 7. & 9.* notandum est, adversus eum, qui ex nulla justa causa possidet fundum alienum, domino dari rei vindicationem cum effectu, per quam ei restituatur possessio, & consequatur etiam omnem causam, id est, fructus, & partus, & alias accessiones fundi, *l. 17. §. 1. D. de rei vind.* videlicet si possessor munitus non sit præscriptione 30. ann. quæ datur sine justa causa possidenti. Male Accurs. in *l. 6.* eum fundum ponit ab eo alii fuisse venditum, quia hoc lex non ponit. Et posito emptore, etiam male idem Accursius ait, eum emptorem teneri utili interdicto unde vi, quia nullam vim fecit, aut quid proximum vi. At eum, qui fundum occupavit sine justa causa, forte absente, vel invito domino, si vi possideat, fateor domino teneri interdicto unde vi, vel si clam, interdicto de clandestina possessione, *l. 7. §. 1 ul. com. div.* Utrumque interdictum restituit possessionem: emptorem si quis ab eo emerit, nego teneri his interdictis, quia nec vi, nec clam fecit quidquam. Et huic *l. 6.* est affinis *l. 7.* quæ definit, eum sine justa, & firma causa fundum possidere, qui fundum ingressus est non consentiente domino, vel procuratore, aut tutore, vel actore fundi, sive villico, qui ejus rei concedendæ potestatem habet: quia scilicet mala fi-

de

de possidet, & ut ait *l.7.* improba possessio, id est, malæ A fidei possessio firmum titulum præstare non potest: quod utique verum est, etiamsi revera venditio intervenerit, & ex ea causa, ut emptor ingressus sit fundum, eumque teneat sine voluntate domini, quia vitiosa, improba, & malæ fidei hæc possessio est, quæ etiam verum titulum corrumpit, & vitiat. At quæro, quid si emptor pretium numeravit, deinde ingressus sit fundum sine voluntate venditoris, an fundum possideat mala fide, & cum vitio? quod non videtur ex *l. nemo prædo, D. de reg. jur.* in jure prædo non est tantum qui vi possidet, sed quicunque mala fide, *l. non solum* 13. *de nox. act.* Ergo secondum illam regulam non videtur possidere mala fide, cui pretium rei abest, quam possidet. Contra puto, quia non est tradita possessio voluntate venditoris: denique ut non sit prædo, qui pretium numeravit, etiam requiro, B ut tradita ei res sit sine vitio, id est, consentiente venditore. Et quamvis ubi res est mobilis (quia rei immobilis furtum non fit) emptor, qui post solutum pretium, rem surripuit, non teneatur furti venditori, quia nihil interest venditoris, qui jam pretium accepit, *l. eum, qui, §. adeo, D. de furt.* Tamen non ideo minus mala fide possidet, si ingressus sit possessionem furtim sine voluntate domini. Nam ut rectissime ait Glos. in *l.9. h. t.* quæ hoc, quod dixi comprobat, simul atque *l. ex stipul. D. eod.* Hæc duo sunt diversa, mala fide possidere, & furtum rei facere, non contraria. Nam est differentia Dialecticorum inter contraria, & diversa. Contraria se motuo impugnant, diversa distinctam rationem habent. Quare perite glossa ait, illa esse diversa, non contraria, quia non omnis, qui fur non est, vel qui furti non tenetur, est bonæ fidei C possessor. Non etiam is tantum est malæ fidei possessor, qui fur est. Idem dicendum opinor, si quis sciens rem alienam emerit, & occupaverit possessionem sine voluntate venditoris, aut domini: Nam & hic, licet precium numerarit, malæ fidei possessor est, quod vitiose rem possideat. Et illa regula, *nemo prædo est, &c.* quæ ducitor ex *l.13. §. si quis sciens, D. de pet. hered.* de eo intelligenda est, qui sine vitio in possessione est, ut si pretium numerarit, non videatur rem mala fide possidere, licet sciens alienam emerit, quia non omnis scientia rei alienæ est mala fides, *l. generaliter, de nox. act. l. bonæ fidei, D. de V.S.* sed scientia injusti tituli. Et injustus non est titulus emptoris, qui pretium numeravit, cui pro re abest pretium, quanti res digna est, licet emerit rem sciens esse alienam. Et ita Ulpiano videtur in *d. §. si quis sciens*. Qui D tamen refert alios quosdam aliud arbitrari, nempe prædonem esse eum, qui pretium numeravit, si sciens emerit rem alienam: & ex iis fuit Julianus, ut apparet ex *l. non solum, §. 1. D. de usucap.* qui duo loci sine calumnia, & crimine juris reconciliari non possunt, cum & Ulpianus dicat quosdam aliud arbitrari, quia id ipse arbitretur.

Ad L. ult. Ex libris Sabinianis *quæstionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum* E *emergat, sed ipse si liberæ conditionis est, competentibus actionibus subjugetur omni jactura ab eo restituenda domino rei, vel ei, circa quem negligenter, vel dolose versatus est. Sin autem nec dum sub manibus procuratoris, vel coloni, vel inquilini, vel servi possessio facta est, sed ipse eam accipere desidia, vel dolo supersedit: tunc & ipse, qui eum transmisit, ex mala sua electione præjudicium, circa eam possessionem patiatur, ex memoratarum personarum, vel machinatione, vel negligentia accedens. Hoc etenim tantum sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit: non ut etiam lucrum sibi per eos aliquid adquirat: cum & antiqua regula juris, quæ definivit deteriorem conditionem per servum domino nullo modo fieri, tunc locum habeat, cum dominus de damno periclitetur, non cum sic lucrum per servum adquiri desiderat. Salva videlicet in hoc casu domino rei, vel ei, qui ad eam detinendam præfatas transmiserit personas, adversus eas omni actione (si qua ex legibus ei competit) servata.*

LEx ultima dirimit controversiam unam, quæ fuit inter Sabinianos, & Proculianos circa istam speciem. Colonus, per quem possidebam fundum, discessit è fundo animo deserendæ possessionis, non etiam fundum alii tradidit, quo casu possessionem amitterem, ut antea dixi, sed tantum discessit è fundo sponte sua, non expulsus, animo derelinquendæ possessionis: quæritur an dominus possessionem amittat, quam nondum alius est ingressus, vel quem ipse nondum neglexit? Proculus dicebat, facto coloni dominum non amittere possessionem, & extat Proculi sententia in *l. cum quis, D. de dolo*. Sabinus autem existimabat, dominum amittere possessionem, si colonus fundo discessit. Et ideo Pomponius scribens ad Sabinum in *l. si colonus, D. eod.* ait: *Si colonus non animo deserendæ possessionis exierit de fundo, eundem fundum dominum possidere*, id est, non interpellari possessionem: cur si non animo deserendæ possessionis? quia si animo deserendæ possessionis, Sabinus putavit, dominum possessionem amittere, ut apparet ex *l. si de eo fundo, §. 1. D. eod.* quæ est Africani, Africanus Sabinianus est, cum sit discipulus Juliani, qui Sabinianus proculdubio fuit: in qua lege manifesto fit differentia inter colonum, qui discessit, & colonum, qui decessit: Nam si colonus vita decesserit, dominus non amittit possessionem: ut morte mea non interpellatur possessio, etsi nondum adita sit hereditas, *l. cœptam, l. justo, §. nondum, D. de usucap.* ita nec morte coloni mei. Et in hoc consentiebant omnes, ut decedente coluno non amitteretur possessio: at discedente colono à possessione, Sabinus existimabat protinus amitti possessionem. Jullinianus hanc controversiam dirimit in hac *l. ult.* & pronunciat pro Proculianis, ut nihil intersit decesserit, an discesserit colonus, id est, ut neutro casu amittat dominus possessionem, ut etiam est definite scriptum in *l. 3. §. quod si servus, D. eod.* Et quæ de colono diximus, eadem obtinent in procuratore, tutore, curatore, actore, fructuario, depositario, commodatario, per quem fundum possidemus, ut non interpelletur possessio nostra, sed perseveret, sive illi discesserint, sive decesserint interim, dum ab alio possessio non arripitur, quia non est æquum, ut dolus earum personarum, vel culpa damnum nobis inferat possessionis. Loquimur de iis, qui discedunt, qui deserunt possessionem, & produnt cuilibet volenti ingredi, licet nondum existat quisquam, qui ingrediatur: Non loquimur de iis personis, quæ missæ possessionis apprehendendæ causa, eam non apprehendunt: Nam hoc casu sane non adquiro possessionem. Denique per eos fieri potest, ut non adquiram possessionem corpore eorum, non etiam ut eam amittam, quam meo nomine tenebant. Et ita, cum de damno quæritur, id est, de amittenda possessione, dolus coloni, vel negligentia, vel culpa domino nihil nocet. Cum autem de lucro quæritur, id est, de adquirenda possessione, dolus coloni, vel culpa, dolus servi, vel culpa (nam & id in servo locum habet) dolus procuratoris, vel culpa, & aliarum personarum nocet domino, ut in *l. bona fide, §. 1. D. ad Vell.* Et hac distinctione inter damnum, & lucrum etiam utitur hæc *l. ult.* quæ ostendit eandem distinctionem adhiberi debere ad regulam juris in *l. melior, D. de reg. jur.* Quæ vult servum conditionem domini etiam ignorantis meliorem facere posse, non etiam deteriorem, si de damno agatur: Nam si de locro agatur, potest domini conditionem facere deteriorem, ut si nolit apprehendere possessionem rei, quam dominus jubet apprehendere. Et uno tantum casu invenio etiam in damno, per servum domini conditionem deteriorem fieri, puta si servus alii noxam fecerit, qua ex re maxime si dominus solveodo non sit, id est, si de

suo

suo non potest sarcire noxam, & damnum à servo illatum, damnum ipsi domino infertur, id est, amittit ipsum servum, quia cogitur eum noxæ dedere. Et in hoc casu tantum dolus servi, & culpa domino damno, & fraudi esse potest, ut *l.1. §.quod ergo, de vi, & vi armata.*



AD TITULUM XXXIII.

DE PRÆSCRIPTIONE LONGI TEMPORIS.

QUÆDAM sunt res, quæ etiamsi usucapi non possint, longi temporis præscriptione adquiri possunt. Hujusmodi olim erant prædia provincialia, sed hodie etiam usucapi possunt, ex constit. Justinia. in tit. *de usucap. transf.* Hujusmodi etiam sunt hodie prædia superficiaria, itemque vectigalia, id est, emphyteuticaria: Nam si à non domino prædium accepero, ut in eo haberem jus superficii, vel jus emphyteuseos, quod quidem jus tribuit actionem in rem, ut *l. superficiario, de rei vind. l.1. §.1. D. si ag. vect. pet.* jus illud usucapere non possum, cum sit incorporale, sed tamen longi temporis usu, & quasi possessione longa adqoiecere possum, *l. cum sponsus, §. in vectig. D. de Publ. in rem act. l. si finita, §. sed in vectigalib. D. de damn. inf.* Hujusmodi etiam sunt servitutes prædiorum, quoniam earum usucapioni lex Scribonia obstat, *l. 4. §. pen. de usucap.* Acquiri tamen possunt præscriptione longi temporis, *l. si quis diuturno, D. si servit. vind. l. apparet, §. pen. D. itin. act. priv. l. ult. in fi. hoc tit.* Et ut alias etiam differentias exequamur, quæ sunt inter usucapionem, & longi temporis præscriptionem: Usucapione dominium adquiritur, non præscriptione, aut possessione longi temporis. Usucapio parit actionem in rem directam; possessio longi temporis exceptionem tantum, & inde præscriptionis nomen: Nam præscriptio, & exceptio idem est, & in h. t. de præscr. longi temporis, id est, de adquirenda exceptione longi temporis, quæ est exceptio peremptoria, ideoque non est necesse eam opponi statim initio litis, quia satis est si contestetur, id est, si is unde petitur testetur se eam exceptionem habere, *l.9. h. t. l.8. sup. de excep. l.2. inf. sent. resc. non poss.* Et hoc distant peremptoriæ exceptiones à dilatoriis, quod dilatoriæ, ut præscriptio fori, aut exceptio procuratoria, non satis est, si contestentur initio, id est, si qui eas habet, testetur se habere, & se iis quandoque usurum, cum animo sederit: non hoc satis est: sed statim in initio, & limine quæstionis opponendæ sunt, & post litem contestatam serius opponuntur, *l. exceptionem. sup. de prob. l. ult. C. de except.* Cum tamen peremptoriæ exceptiones quandocunque ante sententiam opponi possint: Et satis sit si initio fuerint contestatæ, nec oppositæ, sive additæ formulæ actionis, ut in dandis actionibus solebat prætor objectas adjungere. Denique præscriptio longi temporis quandocunque ante sententiam opponi potest. Et sufficit si initio reus, qui convenitur ante protestatus fuerit, ut in *l.9. h. t.* Et hanc quidem exceptionem parit possessio longi temporis, cujus ope possessor retinebit possessionem, & repellet omnino actorem, si eam probaverit, id est, se diu possedisse, & perimet litem, unde *peremptoria* dicitur. Et olim quidem ex possessione longi temporis non dabatur nisi exceptio, sive retentio, per exceptionem longæ possessionis. Sed postea placuit, ut cui adquisita esset longi temporis præscriptio, ei daretur utilis actio in rem, forte amissa possessione, ut in *l. pen. inf. de præscr. 30. ann.* Quam actionem etiam illa lex ait *veteres leges dedisse*, puta *d. l. si quis diuturno, & l. 1. §. ult. D. de aqua pluv.* ut hac ratione quod ex longa possessione paretur, non tantum exceptio, sed etiam utilis vindicatio rei possimus dicere, longam possessionem non minus præstare securitatem possessori, quam usucapionem, *l. 7. sup. de comm. rer. alien.* Sed adnotemus alias differentias: In rebus mobilibus, vel se moventibus, puta in servis, in animalibus cessat longi temporis præscriptio, sed in iis ibique geotium, & in Italia, & in provinciis, ut semper obtinuit, locum habet usucapio, ut in *d. tit. de usuc. transf. & d. l. 2. tit. seq.* Cum ait, *in lite proprietatis servorum, quæ dicitur lis dominii: & pet. dominii in l.5. h. t.* id est, proprietatis: In ea, inquam, cum locum habeat usucapio, superfluo perveniri ad præscriptionem longi temporis, cum usucapio sit brevioris temporis, nempe anni ex jure veteri, hodie triennii. Cæterum ab hac defioitione excipio servos rusticos, qui prædiis adhærent, quia inter res immobiles numerantur, ideoque in iis non minus, quam in prædiis locus est præscriptioni longi temporis, *l.3. D. de diversis, & temp. præsc.* ut idem juris sit in parte, quod in toto, ut in *l.3. pro derelicto*, quia mancipia rustica pars ruris sunt, & fundi. Et ut ait Julianus in *Nov. 7.* sunt veluti membra rerum immobilium, ergo partes. Obstat tamen *lex rescriptis, D. de divers. & temp. præscript.* quæ vexat ingenia multorum, dum ait, *quibusdam rescriptis D. M. Antonini caveri, ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis.* Non dicit *in mancipiis prædiorum, sed generaliter in rebus mobilibus*, quod pugnat cum *l. 2. tit. seq.* Nec verum esse potest ullo modo, nisi in mancipiis rusticis, quæ pro rebus immobilibus habentur. Et magna est quæstio in foro, quæ res mobiles, vel immobiles sint propter societatem, quæ contrahitur moribus inter virum, & uxorem, rerum scilicet mobilium. Unde multum interest scire, quæ res sint mobiles, & immobiles. Et pleræque res sua natura mobiles rerum immobilium jure censentur ex accidenti, ut mancipia rustica, in quibus ea ratione locus est præscriptioni longi temporis, non in omnibus rebus mobilibus, & sane constans non est scriptura *d. l. rescrip.* Flor. & Basil. habent *in rebus mobilibus*: vulgo scriptum est *in rebus soli*, quæ scriptura si accipiatur, oullus est labor, aut soluti sumus omni labore. Alii habent *in reb. soli immobilibus*. Unde arbitror ea rescripta Antonini pertinuisse ad prædia provincialia, & ita accipiendam esse *d. l.* & referendam esse ad agros provinciales, qui usucapi non poterant, sed Antoninus rescriptis caverat, etiam in rebus soli immobilibus præscriptioni longi temporis locum esse, ut sic usucapioni locus non esset: & scripserat *in rebus soli provincialis immobilibus*, sed verbum *provincialis* sustulit Tribonianus, quia sublata est locorum differentia: aut sane si nolis retinere verbum *soli*, omnino legendum est *in rebus immobilibus*, quod mendum etiam in *Bas. ad l. 2. sup. de serv. & aqua*, quæ ait, *servitutem tempore adquiri exemplo immobilium*, quod est verissimum, quia rebus immobilibus servitutes hærent, ut *l. pen D. eod.* Et tamen Eustathius *in lib. de temp.* & auctor. Basil. legunt, *exemplo mobilium*, quod ferri non potest, non magis, quam ut legas in *d. l. rescriptis, mobilibus*. Igitur, vel ut vulgo, legas *rebus soli*, aut quæ vetus est lectio, *in rebus soli immobilibus*, quæ mihi ex eo magis placet, quod prodat flagitium Triboniani, qui non declaravit, cujus soli, quia Justin. *soli Italici, & soli provincialis differentias sustulerat*. Est etiam aliud discrimen inter usucapionem, & præscriptionem. Usucapio litis contestatione non interrumpitur, quod & probavi in *l. 10. sup. t. prox.* imo pendente lite peragitur, & perficitur, & est efficax si forte lis omittatur, aut possessor absolvatur: sed si possessor condemnetur, redditur inefficax officio judicis, quia cogitur rem non restitoere, cum desierit esse actoris per usucapionem, sed actori tradere, quia ipse pendente lite usucapione factus est dominus rei, quam æquum est ei tradi possessore condemnato, quod res ejus fuerit initio litis, cum nondum completa esset usucapio, *l. si post acceptum, de rei vin. l. sicuti, §. sed si quæratur, D. si serv. vind.* Possessio autem sive præscriptio longi temporis litis contestatione interrumpitur, ut nec mora litis proficiat ad complendam præscriptionem longi temporis, ut & omissa lite intelligatur interrupta possessio longi temporis, nec prosit quidquam ei, qui ante litem motam eam non adimpleverat, *l. 1. 2. & 10. h. t. l. mora litis, sup. de rei vin.* Et ratio differentiæ inter usucapionem, & præscriptionem longi temporis hæc est, quia usucapio significat jus, quod utique per se procedit, etsi non possideat is, qui cœpit usucapere. Possessio longi tem-

temporis est facti, quod factum, si non continuetur, & inquietetur, si lite contestata interpelletur, nec procedere potest præscriptio longi temporis. Et explicanda nobis est species *l.1. h. t.* quæ talis est: Post litem possessori motam de fundo, quem possidebat (quæ res eum malæ fidei possess. facit) ut & desinat possidere civiliter, *l.10. sup. t. prox.* Post motam, inquam, litem, & mox omissam, is fuodum vendidit bonæ fidei emptori, qui eum 20. annis possedit sine interpellatione, an tutus est emptor exceptinne longi temporis, id est, an nocet ei mala fides venditoris? Et sane verius est tutum eum esse, quia mala fides venditoris ei non nocet, si ipse non utatur accessione temporis, quo venditor possedit, sed ex sua persona tantum sumat præscriptionem longi temporis, *l. an vitium, D. de diver. & temp. præsc. & l. apud Cels. §. de auct. D. de dol. exc.* Et hoc est, quod Paulus ait *5. Sent. tit. 2.* quod sumpsit ex hac lege, ut opinor, idem omnino exprimens, & statuens, quod hæc *l. 1.* & utens iisdem fere verbis: *si post motam intra tempora quæstionem res ad novum dominum*, id est, possessorem, ut in *l. 1.* dominus, id est, possessor, *emptione transierit, nec ille per 20. annos inquietatus fuerit*, quibus scilicet possedit ex sua persona, *avelli ei possessionem non oportet*; sed hoc ita demum procedit *ex Nov. 119.* si non ignorante domino emerit à malæ fidei venditore. Nam si emerit ignorante domino, vitium ei nocet, ne adquirat possess. longi temporis, puta 20. annor. & sunt ei necessarii 30. anni, qoibus rem possederit sine interpellatione. Et addit hæc *l. in fi. quod etiam in Repub. observare oportet*, quod rejecta glossa Accurs. interpretandum est ex alia sententia Pauli *eod. tit.* ut adversus Rempub. bonæ fidei emptori in eadem specie, qui emit à malæ fidei venditore, prosit 20. annor. præscriptio. Verba Pauli hæc sunt: *Viginti annor. præscriptio etiam adversus Remp. prodest ei, qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus fuit.* Quæ verba Pauli sunt tibi pro glossa hujus versic. *quod etiam*: Nam opinor & hanc, & illam sententiam Paulum sumpsisse ex *h. l. 1.* At (quæ est alia pars *h. l. 1.*) si is, cui mota est lis de fundo, & mox omissa, postea 20. annis fundum possederit, an habeat præscriptionem longi temporis? minime, quia mala fide possedit, & malæ fidei possessori hæc præscriptio non opitulatur, sed præscriptio 30. annorum. Hoc vero videtur pugnare cum constitutione Justiniani in tit. *de usuc. transf.* in qua ostendit, ut in usucapione, ita in præscriptione longi temporis satis esse, si quis ab initio bona fide rem possedit: malam fidem supervenientem, nec præscriptionem, sive possess. longi temporis, nec usucapionem interrumpere, si ab initio, ut dixi, bona fide possederit. Sed addendum est, ut respondeamus, si bona fide ab initio possederit, nec lite mota interpellatus fuerit: Nec enim omnis mala fides superveniens interrumpit præscriptionem longi temporis, ut vult Justin. illo loco, sed illa tantum, quæ litis contestatione inducitur, eoque, ut posui ante, maxime possessio longi temporis distat ab usucapione: Nam usucapio litis contestatione non interrumpitur, imo suspensa lite perficitur dum agitur negotium proprietatis in judicio. Fuit etiam olim differentia in tempore inter usucapionem, & præscriptionem longi temporis: Nam rerum immobilium, aut servitutum prædialium, quæ etiam pro immobilibus habentur, usucapio fuit biennii, præscriptio longi temporis, quæ definitur esse 10. inter præsentes, & 20. inter absentes apud Paulum *d. l. sentent. t. 2. & l. 9. l. pen. h. t. l. pen. inf. quib. non objic. l. ult. sup. si quis ign. &c. l. si cum, §. Aristo, ff. qui, & à quib. manum.* Quod etiam dicitur diutinum, & diuturnum tempus, diuturna possessio. Hodie tamen etiam usucapio rerum immobilium, vel servitutum prædialium est longi temporis usucapio. Nec ulla igitur in tempore est differentia inter usucapionem, & præscriptionem. Illud etiam est commune utriusque, ut utraque exigat bonam fidem, & justum, verumque titulum, *l. 5. 6. 8. h. t.* & ut jure tantum successionis nudæ, quod notandum ex *l. 4. h. t.* longa possessio non prosit successori, puta heredi, aut bonor. possessori, si rem alienam inventam in hereditate diu possederit ut hereditariam, videl. si defunctus eam mala fide possederit, vel sine justo, & vero titulo, quia vitium defuncti nocet heredi, *l. 1. & 4. sup. de usuc. pro hered. l. 3. sup. comm. de usuc.* Et hoc distat successor juris à successore rei, puta emptore. Nam emptori non nocet vitium venditoris: recte dixi emptori: nam donatario nocet vitium donatoris, quia rem habet ex causa lucrativa, ac similiter legatario vitium defuncti, *d. l. apud Cels. §. si quis, D. de doli except.* ut sit in hac re differentia inter causam lucrativam, & non lucrativam. Qui rem habet ex causa lucrativa, puta legati, aut donationis, ei vitium sui auctoris obest, sive redundat in eum: qui ex causa non lucrativa, veluti emptor, qui pretio rem suam fecit, ei vitium, sive dolus auctoris sui non nocet. Et videtur etiam (quantum colligo ex constitutione *tit. de usuc. transf. in fi. & ex l. pen. h. t.*) in quæstione de accessione possessionis fuisse differentia inter causam lucrativam, & non lucrativam, nimirum hæc: ut qui ex causa non lucrativa rem habet, puta ex emptione, possit uti accessione temporis, quo venditor possedit, id est, tempus possessionis venditoris conjungere possessioni suæ, atque ita complere, & conficere legitimum tempus. An autem is, qui ex causa lucrativa rem habet, possit ex persona auctoris sui uti accessione temporis, ad usucapionem, vel præscriptionem, arbitror fuisse controversum, licet in causa lucrativa idem admittat *lex Pomponius, §. pen. de adqu. possess.* sed hoc definivit Justinianus in *l. ult. hoc tit.* ut qui ex causa lucrativa rem habet, utatur accessione temporis, quo possedit auctor suus.

Ad L. ult. Cum in longi temporis *præscriptione tres emergerent veteribus ambiguitates: prima propter res ubi positæ sunt: secunda propter personas, sive utriusque, sive alterutrius præsentiam exigimus: & tertia, si in eadem provincia, vel in eadem civitate debent esse personæ, tam petentis, quam possidentis, & res, pro quibus certatur: omnes eas præsentis legis amplectimur definitione, ut nihil citra eam relinquatur. Sancimus itaque debere in ejusmodi specie utriusque personæ, tam petentis, quam possidentis spectari domicilium: ut tam is, qui dominii, vel hypothecæ quæstionem inducit, quam is, qui res possidet, domicilium habeat in uno loco, id est, in una provincia: hoc etenim magis nobis eligendum videtur, ut non in civitate concludatur domicilium, sed magis provincia: & si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam inter præsentes esse videri, & decennii magis præscriptione ugentem excludi. De rebus autem, de quibus dubitatio est, nulla erit differentia sive in eadem provincia sint, sive in vicina, vel trans mare positæ, vel longo spatio separatæ. Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera: tunc ut inter absentes causam disceptari, & locum esse viginti annorum exceptioni. Nibil enim probibet, sive in eadem provincia res constitutæ sint: sive in alia super bis controversiam judicio provinciali moveri, & multo magis in hac florentissima civitate, &c.*

IN hoc tit. restat hæc quæstio, qui dicantur *præsentes, & absentes*: Nam longi temporis præscriptio inter præsentes continuo decennio, inter absentes continuo 20. spatio comprehenditur, & præsens adquirit præscriptionem decennö adversus præsentem dominum, vel creditorem hypothecarium, absens vero præscriptionem vicennii adversus dominum etiam, aut creditorem hypothecarium. Et Justinian. in *l. ult. h. t.* definit, *præsentes esse eos, qui in eadem provincia domicilium habent*, ut domicilium hoc casu non concludatur in una civitate, vel uno municipio, sed latius in una provincia: Et *in provincia* dicitur *domicilium habere*, qui in ea sedem, & rerum suarum omniom rationem collocavit, ut *l. in lege censoria, de verb. sign. l. si eum servum, D. de fideic. libert. l. cives, inf. de incolis.* In ea provincia dicitur quis domicilium habere, in qua sedem posuit, laremque, & summam rerum suarum. Quid ergo si quis in diversis provinciis domicilium habeat? nam posse fieri, ut quis in diversis provinciis domicilium habeat ostendit *l. Labeo, & l. adsumptio, D. ad municip.* & sane, qui in diversis provinciis domicilium habet, etiam

in

in omnibus iis pro præsente habebitur, ut domus sive domicilium ejus, præsentia ejus sit; licet in ea ipse non moretur semper. Quid præterea dicemus si quis sine domicilio sit? Quid fieri possit, ostendit *L.ejus, §. Celsus, D.eod.* ut si quis relicto suo domicilio naviget, vel iter faciat, quærens, quo se conferat, & ubi consistat. Hic sane est sine domicilio vagus, & errans, *ἄοικος, ἀνέστιος*, animo tantum retinens possess. rei alienæ, quam constat retineri solo animo, vel suæ rei possess. negligens. Et Joan. ait, hunc erronem ubique locorum, ubique gentium pro præsente haberi, ut qui certam, & stabilem sedem non habent, ubique intelligantur habere sedem, & totius mundi cives, & incolæ, ut de Socrate dicitur, qui *se mundanum esse* dicebat. Ad hæc quæritur, *quid sit dicendum, si possessor rei alienæ, aut dominus, aut etiam creditor hypothecarius, quibusdam annis sit præsens, quibusdam absens: finge præsentem fuisse octo annis, absentem biennio, an decennio quæratur præscriptio longi temporis?* Qua de re nuper me consulebat quidam ex Lutetia, & similiter scribebat magnam ea de re fuisse controversiam inter patronos fori, quod miror, cum definita sit hæc quæstio in *Nov.* 119. *cap.*8. Cujus sententia etiam inserta est in h. t. in authentica *Quod si quis, &c.* Et definitio hæc est, ut quantum temporis occupavit absentia, tantum temporis post decennium præsens sit, ut adquirat præscriptionem longi temporis, puta si præsens octo annis fuerit, absens duobus, ut post decennium adhuc exspectet biennium. Præterea Justinianus definit etiam in hac *l.ult.* an rei præsentia sit necessaria, id est, *an necesse sit rem, quæ possidetur esse in eadem provincia*. Et statuit sufficere præsentiam personarum, nec requiri præsentiam rei, quia quælibet res potest ubique vindicari, vel dominii jure, vel hypothecæ. Non igitur tantum eo loci vindicari potest, quo & sita est, sed etiam alibi, & quocumque alio loco, ut in *L.*10. *D. de rei vind. l. ult. sup. ubi in rem actio*, modo possessor conveniatur, ubi domicilium habet, quia sequitur quisque forum domicilii sui, & actor forum rei, ex regulis juris. Et eleganter ait Justinianus in *h. l.ult. actiones, quoniam sunt res incorporales, ut est certissimum, ubique suum effectum corporalem ostendere*; facile res incorporalis ubique suum effectum habet, quæ loco certo non coercetur. Sed quomodo rei incorporalis actio habet effectum corporalem, *effectum in corpore*, ut ususfructus, qui est res incorporalis, dicitur esse jus in corpore, ita actio est jus in corpore, nimirum jus persequendi corporis. Denique effectus rei incorporalis exercetur in re corporali. Et hoc est, quod ait, *rei incorporalis effectum esse corporalem ubique locorum*, id est, agi etiam alibi posse, quam quo situm est corpus, de quo agitur. Præterea addit Justinianus in *h.l.ult. in adquirenda præscriptione longi temporis, non esse spectandum, dominus sciverit, vel ignoraverit rem suam possideri ab alio, quoniam utrobique procedit præscriptio longi temporis*. Et hac distinctione, dominus sciverit, an ignoraverit, utimur tantum uno casu à me inculcato sæpius ex *Novella* 119. si quis à malæ fidei possessore rem bona fide acceperit, ut si hoc fecerit sciente domino, locum habeat præscriptio longi temporis, si hoc ignorante domino, cesset præscriptio longi temporis, & sit ei necessaria præscriptio 30. annorum ne inquietetur à domino.



AD TITULUM XXXIV.

IN QUIBUS CAUSIS CESSAT LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

DOCET primum longi temporis præscriptionem cessare, si dominus agat rei vindicatione adversus colonum, qui ab eo fundum conduxit: Nam colonus petentem dominum longa temporis præscriptione nullo modo repellere potest, cui initio fundum possedit non sibi, ut *l.*1. *sup.comm. de usuc. l.*1. *de præsc.* 30. *ann.l.*1. *h.t.* In specie hujus *l.*1. ponitur, *colonum per illius novercam, cujus fundum conduxerat, ut novercæ solent privignis pertinaciter esse infensæ, & ut Euripides ait, προγόνοις δυσμενεῖς δεσπόται, per novercam igitur subtraxisse instrumenta, quibus dominus, sive locator fundi probare potuit dominium fundi ad se pertinere*, id est instrumenta locationis, ut Græci interpretes, *συμβόλαια τῆς μισθώσεως*, & instrumenta, quibus apparet colonum solvisse mercedem fundi nomine, quæ instrumenta dicuntur antapochæ in libris nostris, ut *L. plures, sup. de fide inst.* Atque ita ponitur, *colonum subtractis instrumentis fundum suo nomine possedisse*: quod nequaquam potuit, quia nec potuit sibi ipsi mutare causam possessionis, id est, sibi ipse adfingere novam causam possessionis, *L.cum nemo, sup. de adquir. possess.* Atque ita vindicanti domino nulla temporalis præscriptio oberit, quam ei objiciat colonus, sive conductor fundi. Item cessat longi temporis præscriptio, si res possit usucapi: Nam ubi usucapioni locus est, supervacua est præscriptio longi temporis, id est, *non necessaria*. Cessat etiam longi temporis præscriptio, si agatur personali actione, quod notandum est, vel etiam actione mista, id est, *reali, & personali*. Nam mista actio personalis est, & perpetua, ut non possit tolli præscriptione longi temporis. Mixta, veluti petitio hereditatis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, ut *l.*3. *&* 4. *hoc tit. L. hereditatis, sup. de petit. hered. L.* 8. *sup. de jure delib.* Item præscriptio longi temporis pertinet ad actiones in rem, quæ sunt de proprietate rei, non ad actiones in personam, quæ sunt de debito rei, de obligatione, quoniam fere omnes actiones in personam sunt perpetuæ, id est, *durant* 30. *annis*, nec perimuntur longo tempore. Et si quæras rationem differentiæ, *cur actio in rem longo tempore perimatur, non actio in personam, petitio dominii, non petitio ejus, quod debetur?* dicam, non tam longum tempus perimere actionem in rem, id est, mutare dominium vi ipsa, quam usum longi temporis, usum diuturnum. In actione autem in personam debitoris nullus est usus, qui perimat actionem, id est, nulla subest res corporalis, cujus usu perimatur obligatio. Et adnotandum ex *d. l.* 4. cessare præscriptionem longi temporis, si socius pro sua parte agat adversus socium rei vindicatione, qui forte fundum communem pro indiviso sibi possidet in solidum: Nam etsi ita cum possederit longo tempore, vindicantem socium partem suam non repellet præscriptione longi temporis, quia mala fide in solidum possedit rem communem, & sine justo, veroque titulo. Et eleganter *l.* 3. quod est commune pro indiviso, vocat commune individuum, aliud est commune dividuum, id est, pro diviso, aliud commune individuum, quod & indivisum dicitur, ut Urbicus scribit, *compascuus alios vocare communalia, quod est etiam idiotismi nostri verbum, alios pro indiviso*. Et postremo notandum ex *l.ult. hoc tit.* ei etiam non dari præscriptionem longi temporis, licet diu re usus sit, qui eam rem non possidet animo domini, ut si servum alienum possideat uti liberum hominem. Et hæc est species: servum meum non habui pro derelicto, alioquin posset usucapi tit. pro derelicto, si non fuerit plane meus, sed à me bona fide possessus: servum igitur meum non dereliqui, sed cum is in acie vulneratus fuisset ab hostibus, cum tuis sumptibus curasti, existimans esse liberum, & diu eum hominem possedisti non animo domini, quia existimabas esse liberum: Ideoque vindicantem dominum non repelles præscriptione longi temporis, sed exceptione doli mali, si non reddat sumptus curationis, quos tu bona fide fecisti, *L. sin autem, §. pen. l. sumptus, D.de rei vind.* Atque ita præscriptio longi temporis non procedit sine possessione civili: ex naturali tantum non procedit, quæ scilicet non tenetur animo domini.



AD TITULUM XXXV.

QUIBUS NON OBJICITUR LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

IN hoc titulo ostenditur longi temporis præscriptionem non objici, ut generaliter hic proponitur, cum effectu, iis, qui juvantur restitutione in integrum: Nam restitutio in integrum rescindit præscriptionem longi temporis. Et ita, ut ostendit *l.1. & ult. h.t.* militi restituto in integrum non imputatur tempus, quo in expeditione fuit, residuum tempus imputatur ei, quo fuit in suis ædibus, vel aliis locis citra expeditionis necessitatem, ut si triennio in expeditione fuerit, triennium ei non imputatur, quo rem suam alius possedit, residuum tempus imputatur, *l.pen. hoc tit.* Eademque ratione ostendit lex secunda, quæ scripta est ad Aurelium archiatrum. Archiatro, id est, medico principis, restituto in integrum adversus præscriptionem longi temporis, non imputatur tempus justæ absentiæ, & publici muneris, *le temps de son quartier*. Illud etiam singulare est, quod trahitur ex hac lege secunda, causas archiatrorum pertinuisse ad cognitionem præfecti prætorio. Quod etiam dici potest de his omnibus, qui serviunt in comitatu principis, *a la Cour*, deque archiatro loqui legem, demonstrant illa verba *ob medendi curam à comitatu nostro, &c.* Et addamus etiam simili ratione Reip. causa absenti, vel forte ex alia justa causa fortuita, & necessaria, non voluntaria, non adfectata, nam hæc omnia requiruntur, non imputari tempus absentiæ, quoniam possunt in integrum restitui ex generali clausula edicti, *Ex quibus causis majores*, nempe ista, *Si qua mihi justa causa* esse videbitur, ex qua restituuntur majores 25. annis ob quamcunque absentiam fortuitam, & justam, *l.4. hoc tit.* Et similiter quia ex eodem edicto captus ab hostibus, & postliminio reversus restituitur in integrum, præscriptio longi temporis non objicitur, quantum attinet ad id tempus, quo fuit apud hostes, hoc ei imputari non debet, *l.6.h.t.* Et similiter, ut ostendit *lex* 3. minori vigintiquinque annis cum effectu non objicitur præscriptio longi temporis *ex l.ult. sup. si quis ign. rem minoris*, quia olim minor vigintiquinque annis restituebatur adversus præscriptionem longi temporis. Currebat igitur ipso jure adversus eum præscriptio longi temporis, sed adversus eam restituebatur in integrum, quæ restitutio præscriptionem infirmabat. Sed hodie amplius beneficium est, quod Justinianus dedit minoribus viginti quinque annis, ut scilicet adversus eos nulla præscriptio temporis ipso jure currat, excepta præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, id est, *ut ipso jure sint tuti, etiam sine restitutione in integrum, l. ult. sup. in quib. caus. in integr. &c.* Qua de causa, ut arbitror, *lib.2.* inter titulos de restitution. in interg. quæ dantur minori viginti quinque annis, ponitur titulus *si advers. usucap.* quia minor indiget restitutione, nullus ponitur titulus *si adversus præscriptionem longi temporis:* quia ipso jure munitus est beneficio Justiniani. Et jam in hoc titulo repetitur, quod habuimus in titulo superiori, agenti in personam non opponi præscriptionem longi temporis, *l.5. hoc tit.* sed agnati in rem, cujus rei rationem exposui.



AD TITULUM XXXVI.

SI ADVERSUS CREDITOREM PRÆSCRIPTIO OPPONATUR.

NIHIL præterea veteres libri habent, quam si adversus creditorem. Et similis est titulus in *lib. 2. Si adversus creditor.* qui tamen pertinet ad restitutionem in integrum, hic vero ad præscriptionem longi temporis. Et ostendit præscriptionem temporis non tantum pertinere ad perimendam actionem in rem, quæ domino competit, sed etiam ad actionem in rem hypothecariam, quæ & Serviana dicitur, & creditori competit: utramque perimi præscriptione longi temporis, quod etiam indicat *l. pen. sup. de præscript. long. temp. & l.7. & ult. sup. de oblig. & act.* Et huic sententiæ nihil obstat *l. cum postulassem, §. ult. D. de damno inf.* cui nescit respondere Accurs. quia ea lex de usucapione loquitur, non de præscriptione longi temporis, & de usucapione legitima rerum immobilium, quæ ante Justinianum fuit biennii, & perimit quidem actionem in rem, quæ est de dominio, quia dominium illa usucapio mutat. Non mutat tamen causam pignoris, neque hypothecariam perimit, *l. usucapio, inf. de pign. l. justo errore 44.§.non mutat, D. de usucap.* At præscriptio longi temporis perimit actionem hypothecariam. Hodie autem usucapione Justiniana rerum immobilium, quia etiam est longi temporis, sicut præscriptione verissime dices utramque actionem perimi, id est, in rem, & hypothecariam, & similiter rectissime dices, si res mobilis hypothecæ data sit, usucapione Justiniana, quæ triennii est, utramque actionem perimi, & errare eos, qui in *l.1. h.t.* in re mobili hypothecæ data, exigunt præscriptionem longi temporis. Proinde ita statuamus, usucapione Justiniani rei mobilis, vel immobilis, hodie utramque actionem perimi, & olim etiam usucapione rei mobilis, quæ vigebat ubique, id est, *usucapione anni:* quia de re mobili nulla erat comparata præscriptio temporis, sed usucapio rei mobilis omnia jura perimebat. Quod antediximus actioni hypothecariæ objici recte præscriptionem longi temporis, verum est, quoties creditor agit adversus hypothecæ extraneum possessorem. Nam quoties agit adversus debitorem, vel ejus heredem, non sufficit præscriptio longi temporis ad submovendam actionem hypothecariam, sed necessaria est præscriptio quadraginta annorum, ut indicat *l.1. & 2. hoc tit.* & apertius *l.cum notissimi, inf. de præscript. 30. annorum*, quæ exigit etiam præscriptionem quadraginta annorum, si creditor agat hypothecaria adversus posteriorem creditorem.



AD TITULUM XXXVII.

DE QUADRIENNII PRÆSCRIPTIONE.

IN hoc titulo agitur de præscriptione quadriennii; quæ datur fisco, vel adversus fiscum. De ea, quæ datur adversus fiscum est *l. 1.* ut scilicet adversus vindicationem bonorum vacantium, sive caducorum, quæ fisco competit, possessori non sit necessaria præscriptio longi temporis, sed sufficiat præscriptio quadriennii adversus fiscum, si post quadriennium vindicet bona quasi vacantia, & caduca, quæ alius justa possessione tenere cœpit, *l. 1.§. Divus, D. de jure fisc. l.intra, D. de divers. & temp. l.quamvis, D.de usuc. l.3.§.si vacantia, D. si quis omissa causa testam.* Ex quibus omnibus locis etiam intelligitur, quadriennium illud numerari à die, quo bona vacare cœperunt, id est, qua omnes, ad quos ea bona pertinere poterant, ea repudiarunt. Ne igitur dicas cum Accursio, Quadriennium numerari à die, quo bona nuntiata sunt fisco, quo hæc res delata est fisco, quod nec posset probari. Additur etiam in *l.1.* eos, *qui bona vacantia ex beneficio, & liberalitate Principis promeriti sunt, statim dominos fieri, & securos esse adversus fiscum, sive officiales fisci, Principem de suo fisco, quantumque velis posse largiri, eamque donationem ratam esse.* De præscriptione quadriennii, quæ datur fisco, est *l.2. & 3.* ut post quadriennium, quam fiscus rem forte alienam, vel quam communem habuit cum privato, ut *l.2. sup. de rer.comm. alien.* vel rem alii pigneratam, quasi vacantem, vel caducam alienavit, dominum, vel creditorem agentem in rem, vel hypothecaria, repellat præscriptione quadriennii, nec ei sit necessaria præscriptio longi temporis. *Is* autem, qui à fisco rem accepit, puta emit, aut permutavit, aut ex causa

transactionis accepit; vel etiam ex largitione principis, ut is statim securus sit adversus dominum, vel creditorem hypothecarium: domino, vel hypothecario creditori non licere congredi cum eo, qui rem à fisco accepit, sed cum fisco ipso intra quadriennium ex *l. 2. h. t.* Olim ei, qui rem à fisco accepisset ne posset inquietari, vel interpellari à domino, erat necessaria præscriptio quinquenni ex edicto Marci, & Commodi, de quo in *§. pen. Instit. de usuc. l. ult. sup. si adver. fisc.* Hodie statim securus fit: sed in fiscum domino, vel creditori integra est actio in rem, vel hypothecaria, quasi dolo desierit possidere intra quadriennium tantum. Quare Tribonianus jus vetus inflectens ad jus novum in *l. neque*, *sup. de restit. milit.* pro quinquennii reposuit quadriennii, quod etiam Basilica sequuntur. Nec tamen quidquam mutavit in *d. l. ult. si advers. fiscum*, quia referebat in ea jus antiquum. Securitas eadem olim erat data certis emptoribus quorundam patrimoniorum, quia ea emissent à fisco ex constitutionibus Leon. & Zenonis in *l. 2. de prædiis tamiacis lib.* 11. Hodie datur omnibus emptoribus, vel aliis, qui à fisco rem acceperunt quasi rem fisci, emendata hac in re Novella Leonis *de bonis vacan.* correcta etiam, ut & Fulgosius recte sentit *l. 13. §. item si quis à fisco, de petit. hered.* quæ ait, *eum, qui hereditatem quasi vacantem à fisco emit, quæ tamen non vacabat, agnato, qui nunc emersit, cum nullus putaretur superesse agnatus defuncti, teneri utili petitione hereditatis, veluti emptorem universitatis*. Ergo, qui hereditatem emit à fisco, non statim tutus est, quia tenetur petitione hereditatis, quod velim intelligi secundum jus vetus, nisi emptor ille munitus esset præscriptione quinquennii. Denique ille §. accipiendus est secundum jus vetus, quod obtinuit ante hanc constitutionem Zenonis. Ideo si obiiciatur, dicam eum *h. l.* corrigi. Ac præterea si obiiciatur huic *l. 2. l. 1. sup. de hered. vel act. vend.* quæ dicit, eum, qui emit à fisco hereditatem tanquam caducam, teneri creditoribus hereditariis, quibus defunctus teneretur: Responde, Zenonem in hac lege dare tantum securitatem eis, qui emerunt à fisco, quibuscum agitur de dominio, vel hypotheca, ut est expressum in *h. l.* 2. non si cum eis agatur de ære alieno, quia respondere tenentur creditoribus hereditariis, *l. eum qui, D. de jure fisci*. Et similiter, si obiiciatur *lex 5. sup. de liber. causa*, quæ ait, *ancillam, quam quis emit à fisco, posse proclamare ad libertatem*, id est, *cum emptore experiri præjudicio*: Dicamus similiter ex Thalelæo, Zenonem dare securitatem emptori, si cum eo agatur de dominio, vel hypotheca tantum, non si de statu empti à fisco mancipii. Additur item in hac *l. 2. §. ult. emptorem, qui solvit pretium fisco, licet de soluto pretio apocham non acceperit à fisco, tamen ut eo etiam nomine securus sit, si modo ex gestis scrinii*, id est, *ex rationibus fiscalibus appareat eum solvisse*, quod confirmat *lex 2. infra de conven. fisc. deb. l. 2. de discurs. lib. 12. l. illatæ, de fide instr.* Nec omittam circa principium hujus *l. 2. illo loco etiam* legendum esse *eos quin etiam, quibus quæcunque res*, &c. Et ita Basilicis, *οἷς τινὸς οἱ ἀδήποτε πράγματα*, *quibus quæcunque res*. Quod autem Zeno constituit in hac leg. 2. de alienationibus factis a fisco, ut ne ullo modo inquietentur illi, in quos factæ sunt, sed securi permaneant, quasi pleno jure domini, atque optimo, firmissimoque Justinianus in *l. 3. hoc tit.* id trahit ad alienationes factas ab Augusto, vel Augusta, non ex rebus fiscalibus, sed ex dominio eorum, & privata substantia, ut hæ etiam alienationes nullo modo revocari possint, sed tantum, ut possit eo nomine conveniri domus Augusti, vel Augustæ intra quadriennium: non dicit conveniri principem: quia cum principe nulla est actio, sed conveniri res ejus privatas, censum ejus, curatores domus ejus, sive procuratores, qui ea bona administrant, id est, curatores rei dominicæ, id est, rei, quæ pertinet ad dominum, id est, principem, qui est dominus rerum, procuratores rei privatæ. Idem est res dominica, res privata, & res divinæ domus, aut dominicæ domus, ad quos curatores scripta est *l. 3. hoc tit.* Denique quod legis sententia statuit de fiscalibus auctionibus, ut ratæ, & perpetuæ sint, id Justinianus trahit ad alienationes, quas fecit Augustus, vel Augusta de suis propriis bonis, aut tanquam suis, quia nihil refert, vendatur res fiscalis, aut donetur, an res privata Principis, quia utraque res est Principis. Et hoc est, quod ait, *omnia esse Principis*. Neque enim intelligit omnia, quæ sunt singulorum hominum, sed omnia, id est, fiscalia: Nam & hæc sunt quasi propria principis, *l. 2. §. hoc interdictum, D. ne quid in loco publico*. Et præterea, quæ pertinent ad dominium, & proprietatem privatam ipsius, sunt in proprio patrimonio Principis, vel Augustæ. Omnia ergo sunt Principis, id est, fiscalia, & privata *ἴδια*. Et tamen Seneca 7. de beneficiis etiam scribit, jure civili omnia esse principis, quæ scilicet quisque habet. Sed recte *cap. 5.* id ita interpretatur, *Omnia esse Principis imperio: singulorum enim dominio.* Et ita c. 6. *Cæsar omnia habet, fiscus ejus privata tantum, ac sua* (id est, *fiscalia*) *ut universa in imperio ejus sunt, in patrimonio propria*. Unde apparet, principem non habere in patrimonio, nisi propria, quæ dicuntur *dominica. du domaine*. Restat illud in hac lege tertia, *Curatores rei privatæ Principis, tantum quid vendunt*. Et est suavis Accursius in *h. l. 3.* dum refert, eo tempore, quo Fredericus Imperator summus belli dux, vastabat Italiam, fuisse interrogatum Martinum Jurisconsultum ab Imp. apud Roncaliam, quæ civitas est supra Padum vicina Placentiæ, ex qua urbe legitur data fuisse constitutio Frederici de privilegiis studiosorum, quæ posita est *sup. tit. lib. 4. ne filius pro patre*, eo, inquam, loci interrogatum Martinum à Principe, an omnia essent principis: respondisse, *Armato principe omnia ejus esse, etiam quantum ad proprietatem, timore, vel amore*, inquit Accursius. Restat igitur in *h. l. 3.* curatores rei privatæ, qui vendunt ex epistalmate Principis, i. ex mandato, non debere se obligare evictionis nomine, ut solent privati venditores: quia ipso jure emptores statim securi sunt adversus omnes, & eis, quorum interest, ob eam rem competit tantum actio adversus divinam domum intra quadriennium, non post quadriennium.

AD TITULUM XXXVIII.

NE REI DOMINICÆ, VEL TEMPLORUM VINDICATIO TEMPORIS EXCEPTIONE SUBMOVEATUR.

IN hoc titulo ostenditur, præscriptionem longi temporis cessare adversus vindicationem rerum dominicarum, ut inde affinitas hujus tituli cum *l. ult.* tituli superioris manifesta fiat, quæ etiam est de rebus dominicis: & cessare etiam præscriptionem longi temporis adversus vindicationem rerum, quæ pertinent ad sacra templa. Quod verbum *sacra*, sive *sacrorum*, quod est in *l. 2. h. tit.* laudo abesse à quibusdam libris, quia in his libris dixit *templa*, quæ fuerunt paganorum, quæ tum esse prophana putabantur. Denique cessare hanc præscriptionem adversus vindicationem rerum privatarum principis, & rerum juris templorum. Et *l. 2.* sic est emendanda, *universas terras, quæ à colonis, sive emphyteuticariis dominicis* (id est, qui terras à curatoribus divinæ domus acceperunt locationis, conductionis jure, vel emphyteuseos) *rei privatæ* (non *Reipublicæ*) *vel juris templorum*: quæ vult prædia dominica, quæ vendiderunt coloni, vel emphyteuticarii dominici contra leges, retrahantur, & revocentur in jura Principis, non obstante præscriptione longi temporis, & ne reddito quidem pretio emptori, qui accessit ad illicitam venditionem, ut in *l. 1. inf. de prædiis Curial.* Et nihil refert, utrum sit res mobilis, quæ ad dominicam domum pertineat, aut animalis, puta servus dominicus, aut colonus, aut coloni filius, vel nepos, qui seq. conditionem parentis, conditionem colonariam, an res immobilis. Et additur item in *l. 3.* emptori harum rerum nec prodesse præscript. longi temporis, nec rescripta obreptitia, quæ impetrarunt forte suæ poss. firmandæ causa, nec etiam professionem novi census, ut puta, si in agendo censu publico, ille rem dominicam, quam emit illicite,

rese-

referat in censum quasi suam, quia non ideo magis fit ejus, *l. quæ quisque, D. de adquir. rer. dom. l. forma, §. si cum ego, D. de censibus.* Cicero pro Flacco: *primo pertimuit eum te audisset, servos suos esse censum: retulit ad Jurisconsultos. Constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua facere posset, eum maximam habiturum esse rerum omnium copiam,* Itaque census falsa professio nihil alieno juri præjudicat, quod optime ostendit *l. ult. hoc tit.*



AD TITULUM XXXIX.

DE PRÆSCRIPTIONE 30. VEL 40. ANNORUM.

QUEMADMODUM usucapioni, quando locum non habet, ut in re incorporali, diximus *sup. tit.* 33. succedere præscriptionem longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes: Ita vero demum illi præscriptioni longi temporis, ubi locus non est, subjicitur præscrip. longissimi temporis: ut si agatur in rem, vel hypothecaria adversus malæ fidei possessorem, vel si agatur in personam, ibi tum succedit præscriptio longissimi temporis, id est, 30. ann. Et rursus cessante præscriptione 30. ann. succedit præsceiptio 40. annorum, quod hic titulus ostendit. Hæc autem præscriptio 30. annorum, si primam originem quæras, proficiscitur ex constitutione Theodosii Magni: nam ante eum, adversus malæ fidei possessorem actio in rem, vel hypothecaria erat perpetua, id est, sempiterna, & nullis sæculis interitura. Itemque actio in personam, & mixta in provinciis erat æterna, atque perpetua. Et cur actio in personam fuerit perpetua, & sempiterna, actio in rem temporaria, id est, 10. aut 20. annorum adversus bonæ fidei possessorem, exposui *tit.* 34. At ex constitutione Theodosii, nullæ actiones sunt perpetuæ, æternæ, vel sempiternæ: Imo omnes qualescunque, sive in personam, sive in rem, vel mixtæ, vel hypothecariæ, id est, sive domino competant, sive creditori, etiamsi agatur adversus malæ fidei possessorem, adversus prædonem 30. annorum continuorum præscriptione tolluntur. Et generaliter, quibus in causis, vel quibus in locis nullam obstare præscriptionem temporis legimus, ut in *l. ult. sup. ne de statu defunct. &c.* & aliis plerisque in locis; illis tamen omnibus casibus obstat præscriptio 30. annorum: quamobrem eam Cassiodorus lib. 5. Variarum vocat *patronam humani generis.* Ex novella Valent. 30. *ann. præscriptio omnibus causis opponenda*, per eam præscriptionem 30. annor. Theodosium humano generi profunda quiete prospexisse, ne quis scilicet cuiquam tot annorum movere possessionem possit. Imo hoc plerisque locis hodie invaluit, in Gallia, ut in hac provincia Biturigum, ut in omnib. causis sit necessaria præscriptio 30. annor. abolita præscriptione longi temporis, quam illa absumpsit, aut redegit in suam potestatem. Denique, ut etiam bonæ fidei possessori adversus actiones in rem, vel hypothecariam nihil prosit præscriptio longi temporis, sed præscriptio 30. annorum, quod est contra Constitutiones Impp. Roman. Hujus præscriptionis auctorem feci Theodosium magnum ex supradicta Novella Valentiniani, & Theodosii junioris, in qua hoc jus, ut silentio 30. annorum omnis actio perimatur, omne jus, quod alii competit, Valentinianus tribuit Theodosio patri suo. Non ergo Theodosio juniori collegæ suo, sed Theodosio magno: Namque solent Imperatores antecessores suos appellare *patres*, pio, & augusto nomine, licet non fuerint eis parentes, ut in eadem Novel. Valentinianus Honorium vocat patrem suum, qui ei fuit avunculus, non pater, & intelligit illo loco *l. 1. C. Theod. de inquilinis, & Colonis:* Cujus inscriptio ex ea Novella omnino ita emendanda est, ut ea lex tribuatur non Constantino, & Juliano, ut perperam formis est expressum, sed Honorio, & Theodosio. Et ex *eadem constitutione Theodosii magni de præscriptione tricennii*, idem Valentinianus *Novella de Episcopali judicio refert, Theodosium magnum non imputasse in tricennium, in præscriptionem tricennii tempus pupillaris ætatis, quo scilicet, quis rem pupilli possedisset:* Nam ut usucapi res pupilli non potest: ita nec longo, aut longissimo tempore adquiri. At eam constitutionem Theodosii magni non habemus. Nam *l. 3. hoc tit.* non est ejus, sed Theodosii junioris, quæ tamen idem statuit, quod illa; & similiter à 30. annis subtrahi domini, aut creditoris ætatem pupillarem. Et ut *hanc l. 3.* soli Theodosio juniori tribuam, moveor C. Theod. in quo extat plenior titulus *de actionibus certo tempore finiendis*, ubi soli Theodosio tribuitur. Moveor inscriptione: inscribitur Asclepiadoto Præfecto prætorio, qui eo honore functus est tantum sub Theodosio juniore, cui etiam idem Theodosius semper solet solus scribere, aut suas dirigere constitutiones. Moveor item subscriptione, quæ Victorem consulem præ se fert, & quidem solum, nec enim addi volo collegam, collegam Castinum, cujus memoria damnata erat ob crimen læsæ majestatis (nam nomina consulum damnatorum eo crimine, eradebantur è Fastis consularibus) Nolo item addi Symmachum, qui non fuit collega Victoris, sicut etiam nullus additur Victori collega in *l. ult. sup. de codicill. l. ult. C. Theod. de inoffic. test. l. ult. C. Theod. de cognitionibus, l. pen. eod. Cod. de collat. donat. poss.* Quam legem penultimam manifestum est esse Theodosii junioris, tum ex serie Imperatorum, & recto ordine, qui utique semper servatur in legum dispositione, tum ex mentione, quam facit avi, patris, & patrui. Theodosio juniori, nimirum avus fuit Theodosius magnus, pater Arcadius, patruus Honorius. Et ut alio argumento comprobem *hanc legem 3.* non esse Theodosii magni. Valentinianus in d. *Novella de triginta annorum præscriptione* refert *in constitutione Theodosii magni de præscript. 30. annorum*, fuisse adscriptum verbum (*omnia*) nimirum, ut omnia jura præscriptione tricennii tollantur, quod verbum Valentinianus vocat peremptorium, quod illo nulla actio excipiatur, quale nullum est in hac *l. 3.* nec in *l. 1. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis:* ubi hæc lex habetur integrior. Non est igitur hæc lex Theodosii magni, sed Theodosii junioris: neque vero usquam extat l. Theodosii magni de præscriptione tricennii, credo quod nunquam fuerit in Occidente perlata, neque vero perferri potuerit, quia tempore Theodosii magni, imperium Occidentale Eugenius quidam invaserat, adeo ut vere scribat Sidonius Apollinaris 8. *Epistolarum*, intra Gallias nescitam fuisse præscriptionem 30. annor. ante Valentinianum Collegam Theodosii junioris, qui præerat Orienti; Valentinianus Occidenti, & ante consulatum Asterii, sub quo data est illa Novella Valentin. *de 30. anno. præscrip.* videl. tum utroque Imperatore in regno suo legem de 30. ann. præscriptione, quam Theodosius magnus tulerat, non pertulerat, suo nomine perferente, atque etiam ampliante interpretationem. Quamobrem non est mirum, si in C. Theod. cujus conditor fuit Theodosius junior, non senior, de præscriptione tricennii, exstent tantum constitutiones Theodosii junioris, ut h. l. 3. & Valentiniani, nulla Theodosii senioris, qui & eam legem perferre non potuit. Quod autem est scriptum *in capite vigilanti, de præscript.* præscriptionem tricennii primum introduxisse Ephesinum Legislatorem, vel ut est *in Tomo 2. Conciliorum sub Alexandro tertio*, Euphegium patruum Origenis, & quod ibi annotatur, *illud caput vigilanti* esse sumptum ex libris stromaton Clementis Martyris, id omne perridiculum est, ut merito annumeretur illud caput inter cassa palearum, qualia multa sunt in decretis, & decretalibus. Porro, ut cætera, quæ sunt in *l. 3.* absolvamus, posita præscript. 30. annor. quæ vult omnes actiones tolli, etiamsi agatur contra malæ fidei possessorem, quia exiguntur 30. anni continui, quibus possederit sine interpellatione, docet etiam lex præscriptionem 30. annorum interpellari tantum per conventionem executoris, & libellum conventionis, qui Gallice dicitur *adjournement li-*

bellè: non interpellari solo libello oblato Principi, id est, precibus oblatis soli Imperatori, quibus conqueratur de possessione rei suæ, quam alius non jure possidet, etiamsi ille libellus precum habeat subnotationem Principis, qua quid Princeps decreverit ea de re, etiamsi responsum illud insinuatum sit in judicio, videlicet, cum hæc omnia petitor fecit, non convento possessore per exsecutorem. Idem erit, si, ut ait, in judicio postulationem deposuerit, quæ in Basilicis illo loco dicitur *μονομερὴς αἴτησις*, quæ fit tantum ex una parte invocata altera, non convento possessore: hoc inutile est ad interrumpendam præscriptionem longi temporis. Et tamen constat actiones prætorias annales, id est, præscriptionem illam anni interrumpi solo libello dato Principi, ex *l.1. & 2. sup. quando lib. pr. dat. pro lit. contest.* præscriptionem, inquam, anni, non etiam præscriptionem 30. annorum, quæ non interrumpitur citra conventionem possessoris, quæ fiat per exsecutorem litis. Item notandum ex *h. l.* tempus 30. annorum imputari etiam fœminis, militibus, absentibus justa ex causa, & puberibus minoribus 25. annor. non etiam pupillis: sed puberibus imputatur etiam minoribus. Qua in re præscriptio 30. annorum differt præscriptione longi temporis: Nam hæc non imputatur minori 25. annis. Et hæc differentia proponitur in *l. ult. sup. in quibus causis in integr. restit. nec. non est.* Fœminæ (ut addam aliam differentiam) quibus etiam majoribus ætate facile datur restitutio in integrum, quod jus ignorent, quod sint imperitæ rerum forensium, *l. ult. sup. de juris, & facti ignor. l. ult. C. Th. de in integrum restit.* Item milites, & absentes justa ex causa, facile restituuntur in integrum adversus præscriptionem longi temporis: minores autem adversus præscriptionem longi temporis ipso jure tuti sunt, *d. l. ult.* id est, non indigent restitutione in integrum, sive beneficio prætoris, quia ipso jure muniti sunt: & tamen adversus præscriptionem 30. annorum minor, neque fœminæ, neque milites, neque absentes ex justa causa *d. l. 3.* ita plectitur tanta annorum desidia, atque silentium, adeo ut, sicut est in fin. leg. nemo possit se excusare ignorantia juris. Adnotandum tamen est, justum esse, ut dominis, vel creditoribus non imputetur tempus, quo prædia eorum hostes possederunt, etiam triginta, aut quadraginta, aut centum annis, sine interpellatione: Nam & idem legimus in *Novella Valentiniani, de Episcop. judicio*, Afris non imputari tempus, quo Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, & apud Procopium *lib.* 1. de bello Vand. Hispanis non imputari tempus, quo iidem Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, nec posse iis objici tricennalem præscriptionem. Et ita prolata quadam constitutione Justin. quæ latebat Obs. 10. ostendi Justinianum Romanis non imputasse in præscriptionem tricennii tempora, quibus Gothi eorum prædia hostiliter possederunt. Unum est notatu dignum, *quod est in Cod. Theod.* ubi hæc *l.3.* relata est integrior, & plenior; ut scilicet hæc præscriptio 30. annorum non pertineat ad actionem finium regundorum, sed ut ea actio sit eodem jure, quo fuit ante proditam præscriptionem 30. annorum. Quod ideo scripsit Theodos. ut intelligeremus, actionem finium regundorum, ne quidem præscriptione tricennii perimi ex sua sententia: Nam jus ita est proculdubio, ut quæstio alia sit de fine, alia de loco. Quæstio de fine, aut finibus, includitur intra 5. pedes. Fines agrorum utique constant 5. pedibus. Si quæratur extra illos 5. pedes quiddam, est quæstio de loco, id est, de proprietate loci, non de finibus, ea actio est in rem, non finium regundorum, & ita Græci, actionem finium regundorum esse, si controversia consistat intra quinque pedes, *ἔσω τῶν πέντε ποδῶν*. Circumscriptio autem illa quinque pedum, id est, fines adeo erant sacri, ut non posset quæstio eorum ulla præscriptione temporis perimi, id est, nec triginta, aut quadraginta annis: quæstio loci posset perimi, non etiam quæstio finium. Et hæc fuit mens *l. quinque pedum. sup. fin. regund.* quæ manifestior fit ex constitutionibus, quas retulit Frontinus *lib. de limitibus agrorum*. Sed hoc quia displicuit Justiniano, ideo partem

A illam de actione finium regundorum; quam exceperat Theod. removit à *l.3.* quia voluit & actionem finium regundorum tolli præscriptione tricennii. Et ita est scriptum à Triboniano immutatis verbis *in l. ult. sup. fin. regundor. & l. 1. §. ad hoc tit. seq.* Postremo notandum est, hanc præscriptionem tricennii pertinere tantum ad actiones, quæ olim erant perpetuæ, & immortales: præscriptio tricennii non pertinet ad actiones, quæ certis temporibus circumscribuntur, non pertinet ad actiones temporarias, ut non pertinet ad actiones in rem, vel hypothecariam, quæ adversus bonæ fidei possessorem dantur, quia habent certum tempus, & finiuntur longo tempore: non pertinet ad querelam inofficiosi testamenti, quæ finitur quinquennio: non pertinere ad actionem de dolo, quæ finitur biennio, non ad actiones prætorias annales,
B quales pleræque omnes sunt, id est, *ut est in Instit. de perpet. & tempor. act. vivunt tantum intra annum*, quo verbo utitur *in hac leg. 3. ne vivant actiones ultra tricennium:* ubi in Basilicis corrupte legitur ζητεῖν, pro ζῆν. Denique hæc præscriptio pertinet tantum ad eas actiones, quæ olim durabant in infinitum, vel deinceps nullæ sint actiones perpetuæ, æternæ, immortales. Et quod ait *l.3. non à suo debitore*, habet hunc sensum, ut actio hypothecaria, qua creditor agit adversus extraneum possessorem, perimatur præscriptione tricennii, non si ea agat adversus debitorem, quia tunc requiritur præscriptio 40. annor. *ut didicimus sup. in tit. 26.* Et tractabimus plenius hac de re *in l. cum notissimis, inf. hoc tit.*

C

Ad L.I. Cum adseveres te *absente eos, qui oculos prædiis tuis imposuerant, operam dedisse, ut annonariæ collationis prætextu vili pretio ab officio præsidiali prædia tua distraherentur, si legitimi temporis spatium ex venditionis die fluxit: qui provinciam regit, inter vos cognoscet: & quod publico jure præscriptum est, statuet. Sin autem nondum ex die publicæ venditionis legitimum tempus transmissum sit: judex examinatis allegationibus tuis, quod rei qualitas dictaverit, sequetur, non ignarus, si injustam esse emptionem perspexerit, pretium, quod pro vitioso contractu datum est, secundum principalium statutorum tenorem malæ fidei emptoribus restitui non oportere.*

D DIximus satis *l. 3. hujus tit.* esse fundamentum, & præcipuum caput totius tituli. Et si quæras, cur ergo *l.3.* priori loco posita non sit? Dicam hoc factum, ne interturbaretur ordo legum, quas prout Imperatores alii alios præcesserunt, ita collocari commode conveniens erat. Et rursus, si quæras, hoc dato, quod & verissimum est, Theodosium de præscript. 30. annor. priorem legem pertulisse in *l.3. Anastas. de præscript. 40. annor. in leg. 4. & 5.* qui igitur fieri possit, ut lex prima, quæ est Diocletiani, & Maximiani, & lex 2. quæ est Valentiniani, & Valentis pertineat ad præscriptionem triginta, aut quadraginta annorum? Dicam eas leges fuisse quidem scriptas de alia præscriptione, cum nondum inolevisset præscriptio triginta, aut quadraginta annorum: sed de industria à Tribon. esse positas sub hoc titulo, ut inflecterentur,
E & accommodarentur etiam ad præscriptionem 30. vel 40. annorum, quod mox apparebit utriusque legis exposita sententia. Species *l. 1.* hæc est L. Titius cum, *ut loquitur lex eleganter*, oculos adjecisset, vel imposuisset prædiis Gaii Seii, id est, habendorum eorum prædiorum cupiditate incensus, absente Gajo Sejo, absentiæ scilicet ejus occasione captata, *ut ait Novell. Theodos. de invasoribus*, operam dedit, ut ex causa à Gajo Sejo, non præstitæ fisco publicæ pensitationis, publici tributi, vel annonariæ functionis, prædia Gaii Seii per officium præsidis, *par ses officiers*, quod etiam potuisset expediri per officium procuratoris Cæsaris, ut *l.3. in fin. si propter publicam pens.* ut, inquam, ea prædia, publice sub hasta, sub pertica tristi, ut poeta loquitur, venderentur, & fraude quadam conquisita, vel ambitione, vel gratia sibi addicerentur viliori pretio. Hoc

egit

egit L. Titius, atque ita ea prædia à fisco, vel officio fiscali comparavit. Venditio valet. Sed quia non est facta justo pretio, nec omni ex parte sincera fide, rescindi potest, ut in *l.2. sup. si propter publ. pensitat. l. si quos, sup. de rescind. vendit. l. 3. inf. de jure hast. fisc.* Et utique rescindi, & revocari poterat Gajo Sejo vindicante sua prædia intra legitimum tempus: Nam constitutio Zenonis proposita supra in *tit.*37. quæ vult, ut statim securus sit is, qui rem alienam emit à fisco, locum non habet eum eam rem fiscus vendidit, quasi sibi obligatam ex causa publicæ pensitationis, sed cum eam vendidit ut caducam. Igitur hoc casu intra legitimum tempus Gajo Sejo integrum est sua prædia vindicare ab emptore. Post legitimum vero tempus, si Gajus ea prædia vindicet, repelletur præscriptione legitimi temporis, id est, longi temporis, quæ tunc sola legibus cognita erat, nondum prodita præscriptione tricennii. Quod si objicias, ut etiam jure potes, præscriptionem longi temporis non prodesse malæ fidei emptori, & L. Titium emisse mala fide prædia Gaii Seii, eo absente viliori pretio per gratiam: contra objiciam L. Titium in hac specie non esse malæ fidei emptorem, hac ratione, quia tametsi sciverit rem esse alienam, & curaverit eam sibi addici pretio viliori, non tamen scivit injustam possessionem esse, injustum titulum, qui vero erat justissimus ex auctione publica, & ut evenit in specie *l. & generaliter, D. de noxal. action.* mala fides non est scientia rei alienæ, aut cupiditas ejus habendæ, vel opera impensa in eam rem, sed scientia injustæ possessionis. Sed quia Justinianus, qui aliorum Imperatorum leges contorsit, ut voluit, hunc habuit pro malæ fidei emptore, ideoque hanc legem posuit sub hoc titulo, ut intelligeremus necessariam esse emptori præscriptionem triginta annorum adversus dominum vindicantem prædia sua: Et esse malæ fidei emptorem, hac ratione, quia dolo, & opera ejus prædia sunt addicta pretio viliori in fraudem domini debitoris fisci. Et quod generaliter definiatur in *l. quemadmodum, inf. de agricol. & censit.* malæ fidei emptorem esse eum, qui contra legum interdicta mercatur. Ideoque ex sententia Justin. *in hac l.*1. legitimum tempus non est longum, sed longissimum tempus. Ideoque, ut opinor, pro more suo Tribonianus adjecit, *in fin. h. l.* Lucio Titio, tanquam malæ fidei emptori dominum prædia vindicantem intra legitimum tempus, id est, intra tricennium, non restituere pretium, quanti ea à fisco emit: Nam hoc est certum, & ratum, dominum rem suam vindicantem malæ fidei emptori, qui scilicet emit à non domino, non restituere pretium, quanti rem emit, sed rem suam vindicare non reddito pretio, *l.2. sup. tit. prox. l. si sciens, sup. ad Vellejan.* Idemque esse opinor, si quis à malæ fidei possessore rem alienam bona fide emerit, ut scilicet ab eo verus dominus possit rem vindicare non reddito pretio, ut *l.3. & l. si mancipium, sup. de rei vindic.* Quia & hic emptor præsumitur esse malæ fidei emptor, ut *l. 2. sup. de furt.* aut certe malæ fidei emptori proximus, & affinis, ut non abs re Justin. in *Novell.* 119. *c.*7. in eo, qui bona fide emit à malæ fidei venditore desideret præscriptionem 30. annorum, ac si mala fide emisset, si modo insciente domino emerit, quia scilicet debuit esse curiosus, & quis venderet inquirere, & cautius negotiari, *ut ait d. l.* 2. Sæpe leges à negotiatoribus exigunt curiositatem, & diligentiam, alioqui præsumuntur mala fide negotiari. Plus dico, idem esse, ut scilicet dominus rem suam vindicet, non restituto pretio emptori, qui emit à non domino, etiamsi quis bona fide emerit à malæ fidei possessore, videlicet si emptor solvendo sit, ut possit emptor suum servare, re evicta actione ex empto, vel ex stipulatu evictionis nomine. Nam & hoc casu dominus ei non reddit pretium, sed integra ei repetitio pretii erit à venditore, qui est solvendo, ut non jure desideret sibi præstari à domino pretium, ut in *l. super empti, C. de evict.* Neque iis, quæ proposuimus quidquam obstat *l. emptor, D. de rei vindic.* quam male accepit Accursius: Nam ea lex non dicit eum, qui emit à non domino, vero domino rem suam vindicante, per doli exceptionem servare pretium, quod solvit venditori, sed per doli exceptionem sibi servare sortem debitam, quam solvit creditori domini, cui ea res obligata erat agenti hypothecaria: hanc pecuniam servabit. Denique non loquitur de pretio servando, sed de pecunia creditori debita, & soluta servanda. Nihil etiam obstat *l. 1. & 3. inf. si vendit. pign.* Quia illæ leges loquuntur de pretio verso in rem domini, quod dominum reddere etiam malæ fidei emptori, æquum est, *l. utere, & l. si prædium, sup. de præd. minorum.* Neque excipio casum *l.1. inf. de prædiis curial.* vel *l.7. inf. de agricol. & censit.* vel *l. ult. inf. de fund. rei priv.* quibus casibus venditor venditionem illicitam, quam fecit, contra utilitatem publicam, ut si Curialis vendiderit sua prædia, quo redderetur minus idoneus ad obeunda munera civilia, venditor, inquam, eam venditionem rescindit, emptori non reddito pretio, quod ab eo accepit, quia his casibus pretium non cedit in lucrum venditoris, quod accepit, sed infertur fisco propter illicitam venditionem, quam fecit, ut recte sentit Accursius in *l.1.* Et idem etiam obtinet in casu *l. pen. sup. de rescind. vendit. & l. pen. de iis, quæ vi, metusve causa.*

Ad L.II. Male agitur cum dominis *prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa defertur, ut eos post 40. annorum spatia, qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo jus sibi proprietatis usurpet: ne cogantur domini, aut amittere, quæ locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.*

LEX 2. est singularis propter constitutionem Constantini, cujus fit in ea mentio: ea quidem non exstat integra, sed meo judicio ejus legis Constantini pars una est in *l. ult. sup. de long. temp. præscrip. quæ pro libert.* & altera in *l. placuit, sup. de jud.* Ambæ habent eandem inscriptionem ad Dionysium, & eand. diem 8. Kalen. Maii, ut emendare oportet, & consules eosdem, Volusianum, & Annianum, ut merito conjungendæ sint. Porro ea lex ult. indicat Constitutionem Constantini fuisse de præscriptione 60. ann. dum scilicet ait congruere æquitati, ut ea præscriptio 60. annor. non opponatur proclamanti ad libertatem, licet 60. annis servitutem servierit. Et ad illa verba *congruere æquitati*, mox adnectenda est *l. placuit*, quæ dicit æquitatis potius, quam stricti juris habendam esse rationem. Et æquum non esse, ut longinquitate ullius temporis libertas cujusquam labefactetur. Excipitur tantum libertas. Ex quo intelligitur adversus alias actiones in rem Constantinum sua constitutione admisisse præscriptionem 60. annorum, alioqui fuisset supervacua, ut videlicet non requisito initio possessionis, id est, ut etiamsi quis rem alienam possedisset injusto titulo, & mala fide, posset se tueri præscriptione 60. annorum. Unde orta est quæstio *l.* 2. an conductor rei alienæ ad obtinendum proprietatem ejus rei adversus locatorem possit se tueri præscriptione 60. annorum, quæ non requirit justam causam possessionis, ex l. Constantini, quod negavit *l.* 2. Quia hoc tantum Constantinus dedit iis, qui suo nomine rem alienam possidere cœpissent sine causa, atque etiam mala fide. At conductor alieno nomine possidere cœpit, non suo, ideoque sibi non possidet, vel simpliciter conductor non possidet, licet rem teneat corporaliter, sed is possidet, cujus nomine rem tenet, *l. quod meo, D. de adquir. possess.* Nec potest sibi ipsi conductor mutare causam possessionis. Denique non potest efficere, ut quod possidere cœpit pro alieno, nunc possideat pro suo, *l. cum nemo, sup. de adquir. possess. l. 1. sup. in quib. caus. cess. long. temp. præsc.*

Con-

Conductor igitur non possidet : ergo præscriptionem temporalem adquirere non potest, quæ tribuitur tantum possessori. Denique nec 60. annorum præscriptio conductori competit, & multo minus 20. 30. vel 40. annorum. Sed abolita illa præscriptione 60. annorum, quia quæ hodie omnium præscriptiunum longissima est, præscriptio est 40. duntaxat annorum, ex Anastasii constitutione, *l.* 4. *&* 5. Quod erat scriptum in *l.* 2. *de præscriptione* 60. *annorum*, ut ex conjecturis satis certis duximus, inflexit Tribonianus ad præscriptionem 40. annorum in *l.* 2. ut nec ea conductori prosit adversus locatorem, etiamsi cessaverit in præstanda mercede, ut rectissime Accurs. sentit hoc loco. Et notandum, quod ait *l.* 2. conductorem precario possidere : Nam est quidem proprie hæc differentia inter precarium, & conductionem: quod precarium sit gratuitum, in conductione interveniat merces. Generaliter tamen conductor non male dicitur etiam precario possidere, quia conductum rogavit, ut est in *l. servi*, *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique hæc sit conclusio : eum, qui rem aliquam possidere cœpit alieno nomine, id est, non conductorem tantum, de quo est specialiter *l.* 2. sed etiam commodatarium, depositarium, fructuarium, creditorem hypothecarium, & eum, qui precario rogavit, nulla se adversus dominum, qui per eum rem possedit, tueri posse præscriptione, nec 40. quidem annorum, quæ omnium longissima est, nec olim præscriptione 60. annorum, quæ non requirebat initium justæ possessionis, & quæ locum habuit in omnibus caussis, excepta causa libertatis.

Ad L.V. Præscriptionem 40. annorum *ab his, qui ad curialem conditionem vocantur, opponi non patimur, sed genitalem statum semper eos agnoscere compelli sancimus. Sacra etenim nostræ pietatis lex de aliis loquitur conditionibus, nec anterioribus constitutionibus per eandem Novellam legem derogatur, quæ manifestissime curiales, & liberos eorum explosis temporalibus præscriptionibus, patriis suis reddi præcipiunt. Lex 6. Comperit nostra serenitas quosdam sacratissimam nostræ pietatis constitutionem, quæ de annor. 40. loquitur præscriptione ad præjudicium etiam publicarum functionum solutionis trahere conari, & si quid per tanti, vel amplioris temporis lapsum minime, vel minus quam oportuerat, tributorum nomine solutum est, non posse requiri, seu profligari contendere : cum hujusmodi conamen manifestissime sensui, propositoque nostræ legis obviare noscatur : Ideoque jubemus eos, qui rem aliquam per continuum annorum 40. curriculum, sine quadam legitima interpellatione possederint, de possessione quidem rei, seu dominio nequaquam removeri: functiones autem, seu civilem canonem, vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cujuscumque temporis præscriptionem oppositam admitti.*

Et ad LL.IV. & VI.

UT præscriptioni longi temporis; id est, 10. aut 20. annorum successit præscriptio 30. annorum : Ita præscriptioni 30. annorum succedit præscriptio 40. annorum, quæ omnium longissima est : nam & 60. annorum præscriptio Constantiniana, & 100. annor. Justiniani data Ecclesiis, hodie abolita est, atque etiam præscriptio 50. ann. qua olim extinguebatur repetitio ejus, quod alea lusum esset : Nam & hodie redacta est ad ann. 30. auctore Thalelæo interprete Græco, ut Eustathius refert in *lib. de temp.* Et similiter illa Constantiniana, & Justiniani præscriptio redacta ad annorum 30. vel 40. Quibus ergo casibus locum non habet præscriptio 30. ann. locus est præscriptioni 40. ann. cujus auctor est Anastas. in *l.* 4. 5. *&* 6. Et proponam quosdam casus. Et primum, si quæ actio Ecclesiæ, vel loco venerabili competere dicatur, excludi potest præscriptione 40. ann. Fuit initio eodem jure Ecclesia, quo privatus, ne scilicet actiones ei competentes viverent ultra 30. annos, vel *Gelasio teste urbis Episcopo in c. facultates* 13. *quæst.* 2. Post Justinianus adversus Ecclesiæ jura, & actiones, vel alios locos venerabiles, & sacros desideravit præscriptionem 100. annorum, *l. ult. sup. de SS. Eccl.* Et *Nov.* 9. cujus rei causam non satis laudatæ aperuit Suidas *in Prisco Emeseno*. Et ad extremum abolita illa præscript. 100. ann. quam favorabiliter requisierat in rebus Ecclesiasticis, fuit Justin. contentus præscriptione 40. annor. *Nov.* 111. *&* 131. qua perimi voluit omnes actiones, omnia jura Ecclesiastica indistincte, tam in Oriente, quam in Occidente, ut plane sibi blandiantur Romani, qui soli Romanæ Ecclesiæ hoc datum esse autumant præcipuo jure, ut adversus eam nulla præscriptio valeat, nisi centum annorum. Est etiam alius casus, quo locus est præscript. 40. annor. nec sufficit præscriptio triennii, si creditor agat actione hypothecaria adversus debitorem. Quod ne dicas etiam ante Anastasium obtinuisse ex *l.* 3. *hoc tit.* in illo loco, *non à suo debitore*, vel etiam ex *l.* 1. *&* 2. *sup. si advers. cred.* quia ante Anastasium actio hypothecaria adversus debitorem fuit perpetua, & immortalis : Sed ex constitutione Anastasii 40. annor. perimitur adversus debitorem, vel ejus heredem, vel adversus posteriorem creditorem hypothecarium debitore superstite, *l.* 7. *h. t.* Quod & Suidas notavit *d. loco*. Sequitur alius casus, si cohortalis, qui aliam militiam, vel dignitatem exercuit per 40. ann. cohorti vindicetur, id est, in cohortem denuo revocetur, ut in *l. si cohor. inf. de cohort.* Cohortales erant gregarii quidam officiales præsidum provinciarum, qui erant perpetui in singulis provinciis, ut *l. præsidis*, *D. de reb. cred.* sed huic erant conditioni obnoxii ii cum sua posteritate, ut servirent officio, & apparitioni præsidis, qui & ταξεῶται dicuntur. Cæterum hac conditione liberantur non spatio 30. annor. sed spatio 40. si per tot annos cohorti non servierint. Et ex hoc casu, adjunctis etiam multis aliis interpretari nos oportet, quod est in fine *l.* 4. excludi etiam eum præscriptione 40. annor. qui alteri facit controversiam status, conditionis suæ, ut si alium dicat esse cohortalem, cohortalis conditionis, quæ conditio, quasi servitus est : idem erit, si quis dicatur esse navicul. si fabricensis, si monetarius, si murilegulus, *faiseur de pourpre*, si gynæciarius, si dicatur esse tab. pistor, si suarius : Nam hi omnes dicuntur in libris nostris *conditionales*, *& conditionarii*, quod huic conditioni cum sua sobole obnoxii sint, ut navigio alii convehant annonam urbis, alii legant murices, alii pistrino principis suas adhibeant operas, & sic de cæteris: & ab his conditionibus liberantur spatio 40. ann. idemque erit, si quis dicatur esse *metallarius*, id est, origine, & conditione sua addictus effodiendo metallo, addictus fodinis : Nam metalli nomen generale est, quod addi vellem ad *l. ult. inf. de metall.* dum ait, nulla præscriptione temporis adjuvari metallarios, ne suæ conditioni reddantur, nulla scilicet præterquam eà, quæ colligitur ex 40. ann. quia generaliter Anastasius definit, ut perimatur omnis quæstio status præscriptione 40. ann. Idem omnino erit, si quis servus esse dicatur : Nam & hic si fuerit in libertate per 40. annos, licet in ea fuerit mala fide, & sine justo titulo, dominum, à quo possessus non fuit, vindicantem, repellit præscriptione 40. annorum. Et omnino ab iis, qui certæ conditioni obnoxii sunt, veluti vinculo servitutis, hac constitutione Anastasii invenio tantum exceptos *curiales*, id est, decuriones, qui etiam erant conditionarii cum suis posteris omnibus, ut nimirum curiæ servirent civitatis, & obirent onera civilia, de suo etiam plurimum in Remp. erogantes, quod erat onus, & conditio igitur. Nam conditionem cum dico, & servitutem dico, & onus. Et ita ab Anastasio definitum in *l.* 5. *h. t.* ut non solvantur oneribus curiæ, vel conditione curiali, ne spatio quidem 40. ann. Cujus ratio nititur publica utilitate, ne ita paulatim destituantur curiæ civitatum, id est, propter publicam utilitatem etiam ab Anastas. constit. Justinianus excepit *adscriptitios colonos*, qui cum sua sobole addicti sunt agris colendis, qualibus utuntur etiam in hoc regno nationes quædam, qui conditione sunt adscriptitii, & quasi servi agri colendi cum sua sobole. Conditione ista ne præscriptione quidem 40. annor. fiunt immunes, & li-

beri

beri propter utilitatem agriculturæ, quæ ad summam Rempublicam spectat, *l. pen. inf. de agric. & censu.* His addamus etiam alium casum, quo eadem præscript. 40. annorum locum habet. Si nomine publico fundi patrimoniales, vel fundi templorum, vel fundi agonothetici vindicentur: Nam & hæc vindicatio eliditur præscriptione 40. annor. *l. ult. inf. de fund. rei priv. l. ult. inf. de fund. patr.* quæ est conjung. cum *l. 4. hoc tit.* Fundi *patrimoniales* sunt, qui etiam dicuntur fundi dominici, vel divinæ domus, id est, qui sunt in proprio patrimonio principis, *l. 3. sup. de quadri. præscript.* Procopius *lib. 1. de bello Goth. domum*, inquit, *principis, quam solent patrimonium vocare*. *Fundi* autem *templorum* sunt, qui quondam pertinuerunt ad paganorum templa, & nunc sunt juris publici, ut *tit. prox. sup. & l. 6. inf. de omni agro deserto*. *Fundi* autem *agonothetici* sunt, ex quorum reditu præmia dantur scenicis, sive histrionibus, datur lucar, quod dicebatur, id est, θεατρικὸς μισθός. Horum fundorum vindicatio ex dictis legibus repellitur præscriptione 40. annorum. Inde apparet, quam verum sit, quod ait hic *l. 4.* non tantum jura privata, sed etiam publica tolli præscriptione 40. annorum, puta si vindicentur prædia publici juris, aut divinæ domus. Nec quidquam obstat, quod dicitur ex *Novella* 30. temporis prolixitatem publico non nocere: Nam & idem scriptum est in *l. 6. inf. de oper. pub.* Juri publico nihil obsistere prolixitatem temporis, quod tamen non est generaliter accipiendum, sed de præscriptione longi temporis tantum, quæ non potest fisco opponi vindicanti, quod habuit, & amisit, sed præscriptio tantum 30. aut 40. annorum, præter quam si nomine fisci petantur tributa præteriti temporis: Nam nemo excusatur à præstatione tributorum, vel annonarum publicarum debitarum, quod per 40. annorum forte publica tributa non intulerint fisco. Quæ est sententia *l. 6. hoc tit.* Et videtur alius casus excipiendus ex *l. ult. sup. de SS. Ecclesiis*: ut si publico, vel civitati quid legatum, aut per fideicommissum relictum sit, aut donatum, aut venditum: His quatuor casibus tantum is, qui nomine publico agit, non possit repelli, nisi præscriptione 100. annorum. Quia etiamsi ea lex civitatibus conjungat Ecclesias, tamen quam legimus abolitam præscriptionem 100. annorum in Ecclesiis, eandem non legimus esse abolitam in civitatibus. Ergo in civitatibus illis quatuor casibus etiam hodie manet præscriptio 100. ann. id est, requiritur necessario ex *d. l. ult.* alias fiscus, qui persequitur, quod non habuit, puta quod sibi competit, necdum habuit, repelletur præscr. longi temporis, *l. in omnib. D. de temp. præscript. l. 2. & 3. D. de req. reis, l. 1. §. pen. & ult. de ju. fisci.* Et aliquando repellitur fiscus brevioris temporis prærogativa, ut si persequatur bona, quasi vacantia, repellitur præscript. quadriennii, *l. 1. sup. de quadriennii præscript.* si persequatur bona ex fideicom. repellitur præscript. quinquennii, *l. 2. sup. de vectigalib.* Observandum est in *l. ult. de fundis rei privat.* quæ est pars *Nov. Th. de rescind. vend. rei dominicæ*: *vetustatem* accipi pro spatio 40. ann. illo loco, *excepto vetustatis auxilio*, quæ verba Tribon. adjecisse apparet ex hac constitut. Anastasii, quæ vult omnia jura perimi *vetustate* .i. præscript. 40. ann. id etiam apparet ex integra illa Nov. Theodosii, in qua non sunt illa verba. Sed ubique dat operam Tribonianus, ut consona sint omnia, quæ sunt relata in libris à se digestis: Nam si hoc non adjecisset, pugnaret hæc *l. 4.* cum *d. l. ult.* Et ita etiam in *d. l. si cohor.* adjecit hæc verba, *præter eam, quæ ex 40. ann. colligitur*, nimirum ex *h. l. 4.* Igitur apparet in illa *l. ult. de fund. rei priv. vetustatem* accipi pro spatio 40. ann. alias vetustas significat annos 30. ut in *l. 1. de fund. patrim.* dum ait, *vetustatem* corrigere vitium possess. quod recte dicitur de præscript. 30. vel 40. annor. qua tuetur se, qui vitiose possidere cœpit, puta malæ fidei possessor, & prædo, & invasor. Alias vetustas est vicennium. In *l. 2. C. Th. de long. temp. præscr.* quæ est Constantii, & Constantis, ita legitur scriptum, *ann. 40. præscript. quam vetustatem leges, ac jura nuncupare voluerunt*: ubi manifeste legendum *ann.* 20. *non* 40. ipse tit. indicat, qui est de long. temp. præscript. i. 10. vel 20. Idem etiam arguit hæc *l. Anastasii*, qui primus introduxit præscript. 40. ann. nec igitur obtinuit ætate Const. Res quoque ipsa coarguit, quia illa lex ait, illa præscript. non tolli actionem personalem, quod tantum dici potest de præscript. 20. ann. non etiam de præscript. 30. aut 40. ann. Præscriptione 20. annorum tollitur actio in rem, non in personam. Et quo magis hoc videatur esse verum, ostendam vere scripsisse Imperatorem in hac *l. 2.* leges nuncupare vetustatem præscript. 20. ann. Nam ita proculdubio vetustas accipitur in *l. 1. §. ult. & l. 2. in princ. l. ult. D. de aqua pluvia arc.* quoniam quam *l. 1.* vocavit vetustatem, mox appellat diutinum usum, & longam possess. quam constat esse vicennii, non infiniti temporis, ut volunt, quib. placet, vetustatem illo loco significare tempus infinitum, cujus memoria exierit. Deinde lex loquitur de servitute, aut quasi servitute aquæ, quam constat acquiri præscriptione 20. ann. etiamsi jus ejus non probetur: Nam satis est probari usum 20. ann. quoniam tot anni requiruntur in servitutibus: nec sufficiunt decem, ut in *l. ult. sup. de præscr. long. temp. l. 2. sup. de serv. & aqua*. Et ita hoc etiam ostenditur *l. si qui. diuturno, D. si servit. vind. l. apparet, §. pen. D. de itin. act. priv.* Denique sic statuamus, vetustate adquiri aquæductum, jus aquæ, id est, spatio 20. annor. Sed huic definitioni obstat primum *l. 2. §. idem Labeo ait, & §. seq. D. de aqua pluvia arcenda*, quæ lex exigit tempus, cujus memoria non exstat, nec contenta est decennio, aut vicennio. Sed ut breviter respondeam, advertendum est, illo loco agi non de jure servitutis, sed de fossa, & opera, quod factum habeo in alieno: jus servitutis, etsi non habeo, id tamen adquiro prærogativa longi usus. Jus habendæ fossæ, in quam immittam aquam, quæ abundat in agro meo, non habeo, nisi sit jure constitutum, vel nisi ejus operis memoria perierit. Deinde etiam nihil obstat *l. hoc jure, §. ductus, D. de aqu. quotid. & æstiva*, quæ ait aquæductum, cujus origo hominum memoriam excesserit juris constituti loco haberi. In constituendo igitur aquæductu requiritur immensum tempus, cujus memoria præterierit omnes homines, nec sufficit 20. Hæc collectio non est vera, neque hæc est mens illius §. nam lex ait, *juris constit. loco haberi aquæductum, cujus origo hominum superstitum memoriam excessit*: juris constituti, inquam, loco haberi .i. memoria illa est justus titulus. At si usu vicennii adquisiero aquæductum, habeo quidem prærogativam illam usus, sed semper dicetur servitus illa non esse jure imposita, nisi jus ejus probetur. At recte dicetur jure imposita, cujus memoria non exstat, & ita illi loci explicandi sunt. Et tandem concludendum est generaliter ex *h. l. 4.* quotiescumque locum non habet præscr. 30. ann. succedere præscript. 40. ann. Indicavi casus quosdam quib. locum non habet præscript. 30. ann. veteres JC. alios plerosque introducebant, & statuebant, eas tantum actiones perimi tricennio, quæ specialiter enumeratæ essent: Nec permittebant illo verbo peremptorio *omnis*, omnes includi, non enumeratas specialiter: Nisi cum erat adjecta clausula, quæ legitur in *l. 2. sup. de quadriennii præscr. licet nominatim præsenti sanctione non sint comprehensa*, *comme le Roy a de coustume de mettre en ses Edicts*, cautione quadam, & similiter in hac l. 4. (tanquam & similiter in *h. l. 4.* per hanc legem specialiter, & nominatim fuissent enumeratæ) hoc si sit adscriptum comprehenduntur omnes, sed cum hoc esset omissum in constitutione Theodosii, ideo quidam triennii præscriptionem admittebant tantum in actionibus specialiter enumeratis in constitutione Theodosii, quas tamen esse juris minutias, & captiosa verba Valent. scripsit in *Novell. de 30. ann. præscript.* si non simus contenti illo generali verbo *omnis*, quod ille peremptorium vocat, sed exigamus specialem enumerationem, & designationem: verum has minutias videmus quotidie in foro servari, & servantur etiam in *l. 4. §. quæsitum, D. si quis caut.* nec absque ratione, ne quid abrogetur per saturam. Ideo his minutiis adhærentes quidam, vel interpretatione for-

tuita,

tuita, ut ait *l.4.* vel excogitata plerasque actiones subducebant à præscriptione 30. annor. quas saltem Anastasius, ut illi interpretationi satisfiat vult tolli præscriptione 40. annor. ac fortuitam interpretationem Anastasins vocat qualemcumque, τὴν τυχοῦσαν, insubtilem, & illepidem. Excogitatam autem, subtilem, & callidam, *quod plus est, quam cogitata*, & illo loco Basilica habent παρεγχειρηματευομένην, ut in Epist. Cic. *rem à me non insipienter excogitatam, ne cogitatam dicis.* Et postremo ostenditur in *hac l.* etiam in præscriptione 40. annor. requiri continuam possessionem, & non sufficere quamlibet interpellationem: interpellari præscriptione 40. annorum conventione exsecutoris, non comminatione, vel admonitione qualibet, non libello dato Principi, ut *l.3. & 6. hoc tit.*

Ad L. VII. Cum notissimi juris *sit actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositæ rei detentatores annorum 30. finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est, etiam per solam conventionem, aut si ætas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores, aut heredes eorum primos, vel ulteriores, nullis exspirare lustrorum cursibus: nostræ provisionis esse prospeximus, hoc quoque emendare, ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur.*

Ad §. Quamobrem jubemus *hypothecarum persecutionem, quæ rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non ultra 40. annos, ex quo competere cœpit, prorogari, nisi conventio, aut ætas (sicus dictum est) intercesserit: ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quæ in debitorem, aut heredes ejus, quæque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambæ similes sint, in actione scilicet personali his custodiendis, quæ prisca constitutionum sanxit justitia, &c.*

IN l.7. tractatur de actione hypothecaria, qua creditores pignora persequuntur, vel hypothecas amissa possessione, vel nunquam apprehensa, quæ & utilis Serviana dicitur. Hæc actio, si intendatur adversus extraneum bonæ fidei possessorem, tollitur præscriptione longi temporis, ut *sup. in tit. si advers. credit.* Si intendatur adversus extraneum malæ fidei possessorem, non tollitur, nisi præscriptione 30. annorum, in qua non imputatur creditoris ætas pupillaris, *l.3. hoc tit.* Quod si intendatur adversus debitorem, vel ejus heredem cujuscumque gradus, hæc *l.7.* ait, *ad tollendam actionem nulla sufficere lustrorum curricula, i. nec sex lustra sufficere, quibus tricennium conficitur, nec ampliora lustra, sed actionem esse perpetuam, & immortalem ex jure veteri:* ex hac vero l.7. *finiri spatio 40. annorum.* Atque ita evenit, ut actio personalis tollatur præscriptione 30. annorum, non etiam hypothecaria adversus debitorem, vel ejus heredem: denique debitor personali actione liberatur spatio 30. annorum, quo non fuit appellatus à creditore: Hypothecaria autem non liberatur eodem spatio. Et ita est proditum in *l. qui occidit, §. 1. ad l. Aquil.* pignus manere, etiamsi debitor tempore sit liberatus ab obligatione personali. Idem evenit & plerisque aliis casibus, ut in casu *l. servum, quem, D. de pign.* Ubi creditor, qui causa cecidit, puta quod plus petierit, amittit personalem actionem, non tamen hypothecariam act. Idem evenit in casu, *l. debitor, D. ad Trebell.* Confusione tollitur personalis obligatio, & civilis, & naturalis, puta si creditor succedat debitori, hypothecaria non tollitur, atque ita sublata obligatione personali, jus pignorum salvum creditori restat, nec quantum ad pignus attinet, id est, obligationem realem, videtur sublata esse naturalis obligatio. Idem evenit in casu *l.1. & 2. inf. de luit. pignor. l. unus, inf. de dist. pign.* Finge: duo sunt heredes debitoris, qui pignus creditori obligavit, vel dedit: singuli heredes personali actione tenentur, non in solidum, sed pro hereditariis portionibus ex 12. tabul. quæ divisit inter heredes actiones personales pro rata portionum hereditariarum, ne convenirentur singuli supra modum suæ portionis. At actione hypothecaria tenentur in solidum, quia hæc est conditio pignoris, seu hypothecæ, ut pro parte soluta pecunia pignus non liberetur, imo teneatur in solidum pro reliqua parte. Denique hoc jus est pignoris, ut omnem pecuniam solutam esse oporteat, antequam pignus ulla ex parte solvatur, *l. si rem, §. omnis, D. de pign. act.* Et hoc est, quod dicitur individuam esse pignoris causam, *l. cum rem, ff. de evict. l. hered. §. idem observatur, ff. famil. ercisc.* Obligationem personalem divisit *lex 12. tabularum.* Obligatio realis, sive hypothecaria indivisa remansit. Finge igitur, unum ex heredibus pro sua parte solvisse æs alienum defuncti: non tenetur actione personali, quia solvit, quod debuit, tenetur tamen hypothecaria in solidum, si pignus possideat. Ergo, qui liberatus est personali, non continuo liberatur & hypothecaria. Nec obstat regula juris, cum principalis causa non subsistit, nec ea quidem, quæ sequuntur locum habere, *Sublato principali*, inquiunt, *tollitur accessio*. Personalis obligatio est principalis, hypothecaria accessio: ergo sublata personali, tollitur etiam hypothecaria. Dicam in illa regula adjici *plerumque*. Veram igitur esse plerumque, non semper, & hoc sufficere. Sed tentemus actionem hypothecariam non esse accessionem obligationis personalis: Imo duas esse per se principales obligationes diversi juris, quod est argumentum, non accedere alteram alteri, non esse alteram sequelam alterius, & diversæ etiam qualitatis: nam una est personalis, altera realis: fidejussoris obligatio est personalis, & sublata principali obligatione personali, verum est tolli etiam sequentes accessiones, & obligationes personales. Fidejussoria obligatio vere est sequela, quod & *adpromissoris* nomen significat, quo significatur fidejussor, quasi affixus, & adhærens principali obligationi, sive promissori principali. Quid dicemus de actione hypothecaria, quæ intenditur adversus posteriorem creditorem? Finge ab eodem eandem rem fuisse duobus creditoribus ex diversis contractibus separatim obligatam pignori: in causa pignoris potior est prior creditor, licet posterior pignus teneat, & habet adversus posteriorem creditorem, qui pignus possidet, prior creditor actionem hypothecariam, ut revocet possessionem pignoris: an ea etiam actio hypothecaria excluditur spatio 40. ann. an sufficiunt 30. Et ita distinguamus: aut vivo debitore agitur adversus posteriorem creditorem, aut mortuo debitore. Si vivo, actio hypothecaria non excluditur, nisi spatio 40. ann. quia vivo debitore, secundus, sive posterior creditor vicem, & imaginem obtinet debitoris, quia possidet pignus, non suo nomine, sed nomine debitoris: ergo ut in debitorem, ita & in secundum creditorem actio hypothec. durat ultra 30. annos. i. *usque ad 40. completos*. Mortuo autem debitore, quia tunc secundus creditor incipit pignus possidere suo nomine, ei sufficit præscriptio 30. annorum, quibus post mortem debitoris pignus possedit suo nomine sine controversia, & interpellatione legitima, videlicet, nisi secundus creditor velit conjungere tempus, quo debitor pignus possedit, vel ipse nomine debitoris, cum tempore, quo ipse possedit suo nomine post mortem debitoris: Nam hoc casu, quia utitur suffragio temporis, quo debitor possedit, obtinet etiam imaginem debitoris, ut sit perinde ac debitori ei necessaria præscriptio 40. annor. ad excludendam actionem hypothecariam, quæ primo creditori competit, quæ est sententia h. l.7. qua utimur. Unde valde notandum est, *creditorem pignus possidere nomine debitoris, non suo nomine*. Creditor pignus possidet naturaliter, non civiliter, quia non animo, jureve domini, sed animo, jure pignoratitii creditoris: & naturaliter quoque possidet non sibi, sed alii, id est, debitori, ut in *l. pign. ff. de usuc.* Denique non ipse creditor proprie, sed debitor possidet pignus, cujus nomine possidet, *l. quod meo, ff. de adq. poss.* Et hoc vivo debitore. Mortuo autem debitore, creditor incipit pignus possidere suo nomine, quia nullus est, cujus nomine possideat. Nam etiamsi defuncto heres extiterit, possessio defuncti non continuatur in here-

heredem, etiamsi sit suus heres, nec ei adquiritur, nisi A eam apprehendat. Possessio plurimum facti habet, nec acquiritur animo solo, sed animo, & corpore, id est, apprehensione corporali: ergo quod per creditorem possidebam, vel per alium, heres meus non possidet, licet adierit hereditatem meam, antequam nactus sit possessionem corporalem, *l. cum heredes*, *l. qui universas*, *§. quod per colon. ff. de adquir. poss.* Adquirit quidem aditione heres omnes actiones, omnia jura, adquirit dominium, possessionem non adquirit sine facto suo, ut plane tum creditor, qui pignus habet, id sibi habeat, nemine existente amplius, cujus nomine pignus teneat, & possideat: Nam quod in hoc regno obtinuit, ut à defuncto protinus possessio continuetur in heredem qualemcunque: hoc est, quod dicitur, *le mort saisit le vif*, id est, protinus defuncti possessio continuatur in heredem, B hoc est contra jus civile populi Romani, ex quo tamen perperam tractum est in *l. cum miles*, *ff. ex quibus causis maj.* dum ait, *possessionem defuncti*, *quasi junctam continuari in heredem*: Nam illo loco possessio non significat *detentionem rei*, sed usucapionem. Usucapio cœpta à defuncto, completur etiam nondum apprehensa possessione rerum hereditariarum. At possessio non transit in heredem, antequam eam apprehenderit suo corpore, vel corpore suorum. Et ita etiam in *l. denique*, *eod tit.* possessio significat usucapionem, cum dicitur, possessionem, id est, usucapionem sine possessione non consistere, est πλοκὴ, quæ dicitur à Grammaticis, quia aliud significat possessio *supra*, aliud *infra*, ut cum M. Tullius ait, *Avium cantus nos ducere ad avium*, possessio, id est, *usucapio sine possessione*, id est, sine detentione rei non C consistit, ab initio scilicet. Illo autem jure recepto, ut possessio protinus continuetur in heredem, *que le morte saisit le vif*, consequens est hodie, mortuo debitore, creditorem pignus non possidere suo nomine, sed alieno, quia morte debitoris non est interrupta possessio, ideoque ei non sufficiet præscriptio 30. annorum adversus actionem hypothecariam competentem priori creditori, sed erit hodie ei necessaria præscriptio 40. annorum. Est etiam manifesto contra jus, quod tractamus, id, quod etiam in hoc regno receptum est, *ut ex pacto nudo non detur creditori hypothecaria actio de re mobili*, quæ pacto nudo pignori obligata sit adversus extraneum possessorem, sed adversus debitorem tantum: & hoc est, quod dicitur, *meubles n' ont point de suite en hypotheque*, *quand ils sont hors de la puissance du debiteur*. Nam jure hono- D rario de pignore etiam rei mobilis ex pacto nudo est actio hypothecaria creditori, *l. si tibi*, *§. de pignore*, *ff. de pact. §. Item Serviana*, *Instit. de actio.* Moribus nostris de pignore rei mobilis non est actio hypothecaria ex nudo pacto, sed ex traditione sola, si initio pignus traditum fuit possessori. Et illud, quod exemplo pignoris est usu receptum in hoc regno, *ut donatio rei mobilis non perficiatur nudo consensu*, sed traditione corporali tantum, & hoc est, quod dicitur, *donner, & retenir ne vaut*, quod dicitur tantum de re mobili, non immobili, hoc est contra jus, cui damus operam: Nam donatio, sicut pignus hodie ex constitutione perficitur, etiam sine traditione corporali, puta retentione ususfructus, si donator retineat usumfructum rei, atque ita rem ipsam, quo genere donatoris ministerio donatarius possidet, E & retentio ususfructus pro traditione est. Idemque erit, si donator constituat se precario possidere: nam desinit possidere rem, quam ante possidebat, & hoc modo donatarium possessorem suo ministerio facit, *l. quisquis*, *inf. de donat.* Et tamen, quod in usu est, confirmatur *l. ult. Cod. Theod. de donat.* ut retentio ususfructus non perficiat donationem, sed sit necessaria corporalis traditio, quæ tamen lex statim abrogatur *l. ult. eodem*. Et generaliter constituit Justinianus in *l. si quis argentum*, *§. ult. inf. de donat.* donationem omnem perfici nudo consensu, sicut emptionem, locationem, & pignus. Et hæc quidem ad actionem hypothecariam. Adnotandum nunc aliquid est de jure offerendæ pecuniæ

A priori creditori, quod posterior creditor habet. Sciendum igitur est, *priorem creditorem in causa pignoris esse potiorem posteriori*: sed posterior creditor si velit in se transferri possessionem pignoris, & in causa pignoris esse potior, & confirmare pignus, quod accepit à debitore, habet jus offerendæ pecuniæ debitæ priori creditori. Et si nolit accipere, obsignandæ, & deponendæ, quæ obsignatio pro solutione est, atque ita evincet pignus, & in se transferet, ut in *l. 2. 3. & 5. ff. de distract. pign. l. 1. inf. qui pot. in pignor.* Denique quæritur, hoc jus offerendæ pecuniæ priori creditori qua præscriptione tollatur, & perimatur? Et ostenditur in *§. eodem jure*, *hac leg. 7.* jus offerendi, quod habet secundus creditor non perimi, nisi præscriptione quadraginta annorum: si tot annis cessaverit offerre pecuniam, intra quadraginta annos B offerens auditur: post quadraginta annos non item. Sequitur hæc quæstio, an etiam jus luendi pignoris, quod debitori competit præscriptione 40. annorum tollatur, an triginta anni sufficiant, *le droit de desgager, & retirer son gage en payant.* Sicut pignus possidente secundo creditore jus agendi hypothecaria actione, quod primo creditori competit adversus secundum, vivo debitore finitur spatio 40. annorum, mortuo 30. vel si secundus creditor ex persona debitoris accessione temporis uti velit 40. ita pignus possidente primo creditore, jus offerendæ pecuniæ primo creditori debitæ, quod secundo competit, ut in se transferat possessionem pignoris, quam habet primus creditor, tanto tempore finitur, quanto adversus eum, si pignus possideret, actio hypothecaria finietur, & hæc est sententia *§. eodem jure l. 7.* Unde na- C scitur hæc quæstio, an etiam jus luendi pignoris, quod debitori competit, id est, jus solvendæ pecuniæ debitæ, & repetendi pignoris dati creditori actione pigneratitia, an tollatur præscriptione triginta, vel quadraginta annorum? Et Rogerius in dialogo de præscript. recte scripsit, *jus luendi pignoris nullo tempore perimi*: Nam etiamsi creditor quocumque tempore non possit appellare fidem debitoris agendo personali, vel hypothecaria actione, quia excluditur præscriptione longissimi temporis: ipse tamen debitor ultro si velit, fidem liberare potest, & conscientiam suam exonerare, ne creditor ex pignore si id reddere non cogatur post longissimum tempus soluta pecunia, vel oblata: ne, inquam, ex pignore, cujus pretium plerumque solet excedere quantitatem debiti plus ferat, quam debeatur: quæ ratio etiam D efficit, ut in pignoribus locum non habeat *lex commissoria*, puta ut ad diem pecunia non soluta creditor pignoris dominus efficiatur, id est, ut ei nunquam pignus avelli possit pignerat. actione. Hæc pactio est illicita, *l. ult. inf. de pact. pig.* Et ita etiam Harmenopulus 3. Epitomes Tit. 5. scribit, *debitorem non posse repelli præscr. longi temporis*, *quo minus pignus soluta pecunia recipiat*. Et interpretatur longum tempus tricennium, dum addit hæc verba, *τουτέστι τῇ τριακονταετίᾳ* .i. tricennio. Et male Latinus interpres, actionem pigneratitiam tolli tricennio, cum Græce dicat, ne quidem tolli tricennio: nos nec spatio quadraginta annorum, nec alio quocunque temporis spatio debitorem posse repelli, quo minus optima mentis conscientia fretus bonam fidem agnoscant, exoneret conscientiam suam, & soluta pecunia pignus recipiat, E ut quæ præscriptio 30. annor. vel 40. debitori solet prodesse adversus creditorem agentem personali, vel hypothecaria, non prosit hoc casu etiam creditori, ut lucrifaciat pignus, quod longe debitum exuperat, debitori autem maxime nocet. Unde sic statuo, jus luendi pignoris esse perpetuum, & immortale. Nec moveor *l. 4. h. tit.* qua nituntur, qui in alia sententia sunt, quod dicat, nullum jus esse, quod non perimat continuum silentium 40. ann. Non dicam, quod possum vere confirmare, non duci idoneum argumentum ex particula nullus, vel omnis: nam *omne* non semper comprehendit omne, & hic articulus *nullus* non rejicit semper quemcunque. Sed dicam legem 4. loqui de jure actionis, & omne jus actionis perimi velle præscriptione 40. ann. non etiam jus lui-

tionis: Nam jus luitionis pignoris, quod & repigneratio A dicitur, & reluitio, non tam est jus, quam facultas: non est jus, ut jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, quod dicitur actio. Non est jus, ut jus offerendi, quod competit secundo creditori invito primo, sed est facultas posita in arbitrio debitoris, & conscientia bona, qua quo minus utatur, quandocumque volet, nulla ratione impediri potest, maxime à creditore, qui captat luctum ex pignore, quod quidem sibi non possedit, sed debitori. Non obstat etiam *lex nec creditores*, *&* *l. ult. sup. de pign. act.* quæ dicit, *actionem pigneratitiam de pignore recuperando, quæ debitori competit, non perimi præscriptione longi temporis*, sed ut Joannes adjicit rectissime, præscriptione 30. *ann. perimi*: Nam in ea lege hoc dicitur, de jam nata actione pigneratitia, & competente debitori ad recuperandum pignus, vid. post luitionem pignoris, post B solutionem integræ summæ debitæ. At quæ nondum nata est actio pigneratitia tolli non potest ullo tempore, ullo curriculo temporis: non nascitur autem ante luitionem pignoris. Ergo integrum est debitori reluere pignus oblata pecunia debita, ut ei competat actio pigneratitia. Et hæc facultas erit perpetuo danda, quo jure etiam utimur. Nunc pergamus ad alia, quæ sunt in hac *l.7.* Notandum est ex *§. illud* in præscriptionib. tempora computari ex die, quod agi potuit, ex die, quo actio personalis, vel hypothecaria competere cœpit, ut diximus in *§.1.* Ergo ex die apposito in obligatione, cum venerit dies, si obligatio fuerit in diem certum, vel incertum, vel si fuerit conditionalis ex conditione, id est, *cum extiterit conditio*, *ut hoc §.* etsi forte pensiones sint, quæ debeantur ex stipulatione, vel legato, vel ex alia causa C in an. singulos, vel menses, aut dies singulos, præscriptionis tempora computantur, non ab initio obligationis, sed ab initio cujusque diei, quo pensio inferri debuit, ut qui ab eo die longissimo tempore cessavit, eam pensionem petere, ejus diei pensionem amittat præscriptionis jure, non sequentis diei, quæ est sententia *§. ult. h. t.* à Martino recte percepta, nulla facta differentia inter stipulationem, & legatum, quam tamen Accurs. facere tentavit contra expressa verba legis, quæ calumniatur: ita scilicet, ut sive pensiones debeantur ex legato, sive ex stipulatione, quot sunt pensiones, tot sint etiam actiones, licet una sit stipulatio, quot, inquam, sunt pensiones conventæ, vel constitutæ, tot etiam sunt actiones, quæ non nascantur omnes simul eodemque tempore: Ita suum quoque singulæ tempus præscriptionis D habent, ita ut primi anni pensio præscribatur citius, quam secundi anni, & sic deinceps, ut adversus priores annos citius currat præscriptio, quam posteriores. Idemque servatur in usuris, quæ plerumque etiam debentur in calendas, vel in annos singulos, ut scilicet cujusque anni usuræ, quæ debentur, inspiciantur, ut si in fine primi anni non sint solutæ usuræ ejus anni, non petitæ, licet sequentium annorum usuræ petitæ, & solutæ sint, tamen primi illius anni usuras non possim petere post 30. vel 40. annos, quæ est sententia *leg. seq. §. ult.* Et recte *l. eos in prin. sup. de usur. Singulis annis nasci actionem usurarum*, singulas ergo actiones sua habere tempora, & non computari tempora ab initio contractæ obligationis usurarum, sed à fine anni cujusque, quo usuræ peti potuerunt. Ideoque sicut sublata actione personali, E vel solutione sortis, non intelligitur etiam sublata obligatio usurarum in stipulatione deductarum, *l. centum Capuæ, ff. de eo, quod cert. loc. l. 1. sup. de jud.* Ita sublata actione personali præscriptione 30. vel 40. annorum, non tollitur actio usurarum, licet sit accessoria, quia 30. anni elapsi ratione sortis, non sunt elapsi etiam ratione usurarum, sed 29. tantum, ut adhuc primi anni peti possint usuræ intra annum, qui est tricesimus: secundi intra biennium: tertii intra triennium, ut quo tempore tollitur principalis obligatio, plane non possit tolli usurarum. Et ita olim obtinuit, ut Patricius notat *ad d. l. eos. Sed ex constitut. Justin.* id est, ex *d. l. eos*, sublata actione personali, vel hypothecaria, præscriptione 30. vel 40. an. non quovis modo etiam finitur quæstio usurarum, & fructuum. Et hoc vult *d. lex eos*, at durante actione personali, de sorte principali, quæ utique durat, si præscriptio interrupta fuerit quorundam annorum persolutis usuris, *ut l. plures, sup. de fide inst.* non tamen durat actio de usuris ejus anni, quo solutæ, vel petitæ non sunt, si ab eo anno transierint 30. *anni*. Et ita est explicandus *§. ult. l. seq.* Et nunc sequitur, ut de interruptione præscriptionis tractemus. Interrumpitur præscriptio litis contestatione, interrumpitur conventione executoris, *l. 3. hoc tit. l. ult. tit. seq. l. 2. sup. ubi in rem actio*, *l. pen. sup. de recep. arbit.* conventio executoris pro litis contestatione est, *l. constitutionibus*, *ff. de oblig. & act.* Nec nos movere debent, quas in contrarium adducit Accurs. in *l. 3. hoc tit. l. ult. ff. de eo, per quem factum erit, l. ait prætor*, *§. ult. ff. ex quib. caus. major.* quia loquuntur de usucapione, & usucapio nec litis contestatione interrumpitur, *l. Julianus in fine*, *& l. sequ. l. si à bonæ fidei*, *ff. de rei vind. l. Julianus*, *§. quantum*, *ff. ad exhibend. l. 2. §. ult. ff. pro empt. l. 2. ff. pro don.* Præscriptio non tantum litis contestatione interrumpitur, sed etiam conventione executoris. Item interrumpitur præscriptio actionis personalis, vel actionis hypothecariæ si intra legitimum tempus dominus, vel creditor pignus sine vi detinuerit, ut ait in *§. imo & illud*, & ait *sine vi*, *sine violentia*, *ut l. seq. §. ult.* quia & hæc detentio est similis contestationi litis. Idemque est, si medio tempore debitor debitum agnovit emisso novo chirographo, nova cautione, *§. sed & si quis*. Quam novam cautionem eleganter Græci vocant hoc loco *δευτέραν γραμματείου ἀσφάλειαν*, sicut etiam in *l. laudabile*, *sup. de advocat. div. jud.* cum ait, apud patronum fisci acta eorum, qui debitum agnoscunt fieri posse: acta inquiunt, *τῶν γραμματισάντων*. Interrumpitur etiam præscriptio solutione partis debiti, ut *l. ult. inf. de duob. reis*, vel solutione usurarum, ut in *l. plures*, *sup. de fide instr.* quæ solutio usurarum facit ut duret actio personalis, licet possit non durare actio usurarum certo anno debitarum, nec petitarum, vid. si ab eo anno durante actione personali, per solutionem usurarum factam aliis annis, transierint 30. anni. Imo Acc. in *l. cum quis*, *§. pen. ff. de solut.* existimat præscript. interrumpi datione fidejussoris, ut tantum possit datio fidejussoris, quantum nova cautio. Et in hoc *§. sed etsi quis*, corrigendus est hic locus, in quo ita legitur, *qui ne sub accusatione creditoris more debitoris fiat*: Nam & creditoris, & debitoris nomen circumscribendum est, ut sit hæc sententia: *debitorem, qui agnovit debitum exposito novo chirographo* improbe *contradicere agenti creditori*, *il faut une distinction*, ut legatur: *qui ne sub accusatione moræ fiat*, *secundam cautionem exposuit*, id est, *ne argueretur moræ comissæ*, *voluit iterum cavere creditori*. Et quod est in fine *l.* jam est explicatum in *l. 2.* colonum, conductorem, vel procuratorem rei alienæ, vel emphyteuticarium, qui quasi colonus est, ad obtinendam proprietatem rei, cujus possessionem cepit jure emphyteuticario, vel colonario, vel jure conductionis, vel tanquam actor possessionis, & custos, non posse sibi asserere præscriptionem ullius temporis, quia nec sibi possidere intelliguntur, & non possidenti nulla præscriptio competere potest. Non possident, quia alii possident, qui pro alieno, non pro suo possident, ut plane eis ad adscribendam sibi proprietatem, & vindicandam, nullum temporis suffragium opitulari possit, quia non potuit sibi mutare causam possessionis, qui cepit pro alieno possidere. Et ita dominus non desinit per eum possidere, etiamsi gerat animum invasoris, & intervertit tantum uno casu domini possessionem, si rem, quam possidebat, alii extraneo tradiderit; hoc modo facit, ut dominus desinat possidere, quod sola animi destinatione efficere non potest, sed re tradita alii, & vendita, tunc sane intervertitur possessio, *l. cum nemo*, *sup. de adq. poss.* videlicet, nisi conductor, vel similis, qui alii possidet, rem venditam, & traditam extraneo iterum condocat ab emptore, & mercedem inferat domino,

mino, ut solebat: nam mercedis illatio facit, ut non videatur interversa possessio domini, quia nunquam destitit mercedem solitam domino inferre, licet eam rem vendiderit, & alii tradiderit, *l. quamvis, §. ult. ff. de acq. poss.* At si rem alii conductor non tradat, sed ipse ei insistat semper, non potest sibi mutare causam possessionis, atque ita adquirere præscriptionem adversus dominum, nec 40. ann. vel amplioris temporis, etiamsi tanto tempore desistat mercedem inferre, ut recte sentit Accurl. *in l. 2. hoc tit. l. plures, sup. de fid. instr.*

Ad L. penult. Si quis emptionis, *vel donationis, vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per 10. vel 20. annos possederit, & longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit: posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eamdem habere sancimus. Hoc enim & veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

Ad §. Quod si quis eam *rem desierit possidere, cujus dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione 30. vel 40. ann. expulsus est: prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei præstari censemus: ut si quidem bona fide ab initio eam non tenuerit, simili possit uti præsidio: sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen ut novus poss. si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositus eam habebat, et memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat. Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit: tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecæ rem obligatam habuit, & heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor triginta, vel quadraginta annorum exceptione eum removeat: nisi ipse injustus possessor triginta, vel quadraginta annorum, ex eo tēpore computandorū, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est, &c.*

INitio l. pen. ostenditur, qui rem alienam immobilem longo tempore possedit bona fide, & justo titulo sine controversia, non tantum adversus dominum rem vindicantem, vel creditorem agentem hypothecaria, habere exceptionem longi temporis, sed etiam amissa forte possessione, habere utilem rei vindicationem, quod & veteribus legibus cautum esse ait, *puta l. si quis diuturno, ff. si servit. vind.* quæ dat utilem vindicationem servitutis, utilem confessoriam actionem ei, qui non jure imposita servitute longo tempore usus est, nec vi, nec clam, nec precario. Usucapio parit directam actionem: possessio longi, vel longissimi tantum utilem: nec enim ut heic facit Accursius, permiscenda est usucapio cum præscriptione, quod semper accurate observavi. Et hæc ita procedunt, ut etiam is, qui adquisivit præscriptionem longi temporis, habeat utilem rei vindicationem adversus dominum, si ad eum possessio pervenerit, vel adversus hypothecarium creditorem. Et hæc de bonæ fidei possessore. Quid si rem mala fide possederit? hoc casu dominus, aut creditor non excluditur præscriptione longi temporis 10. aut 20. ann. sed ut excludatur, possessori necessaria est præscriptio 30. vel 40. ann. Et ita si possessor malæ fidei semel excluserit dominum, vel creditorem præscriptione 30. vel 40. annorum, & postea ad dominum, vel creditorem possessio sine vi pervenerit, quæritur an prior possessor habeat adversus dominum, vel creditorem utilem vindicationem? Haberet adversus alium possessorem tacente domino, vel creditore, sed lex ait, eum, qui mala fide possedit, non habere utilem adversus dominum, vel possessorem. Atque ita fit, ut adversus quem habet exceptionem, sive præscriptionem, non continuo habeat actionem, *l. 1. §. si reus, ff. de eo, per quem factum erit.* Qui habet actionem, & multo magis exceptionem: Sed non contra, qui habet exceptionem, & protinus habet actionem. Dixi, *sine vi*, ut proponitur in h. l. pen. Nam si dominus, vel creditor vi possessionem obtinuit ereptam priori possessori malæ fidei, ea possessio priori possessori, cui erepta est malo more, actione momenti, quæ & celeris reformatio dicitur, quod hæc celeriter peragi debeat, *l. si colon. infra, de agric. & cens.* Ea, inquam, possessio protinus priori possessori restituenda, & redintegranda est *beneficio momenti*, ut vocatur in libris nostris, quod dejectus per vim (etiamsi dejectus sit à domino) qui mala fide possidebat, sit ante omnia restituendus suæ possessioni, tum quærendum de jure utriusque. Imo si malæ fidei possessor nondum adquisierit longissimi temporis præscriptionem, & medio tempore dominus, aut creditor possederit per vim rem, de qua agitur, possessio illa medii temporis non intelligitur interrupisse tempora longissimæ præscriptionis, *ut in l. prox. §. imo & illud*, quæ tamen interrumpetur si dominus, aut creditor eam obtinuisset sine vi, & vitio. Et ita etiamsi absque vi dominus nactus sit possessionem rei suæ ab alio mala fide possessæ, vel creditor hypothecarius, in causa possessionis potior est creditor, vel dominus, qui rem sine vitio tenet, quam prior possessor, qui eam rem mala fide tenuit: imo si ea possessio, non pervenerit ad dominum, vel creditorem, sed ad extraneum sine justa causa, domino, vel creditori, tametsi à priori possessore semel exclusus fuerit præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, competit vindicatio rei adversus extraneum, nisi extraneus à die adeptæ possessionis adquisierit sibi præscriptionem 30. vel 40. ann. vel etiam nisi ille extraneus possessionem illam vi apprehenderit, ereptam priori possessori: Nam hoc etiam casu ea possess. reformanda est, & restituenda priori possessori potius, quam domino, vel creditori, quod ad extraneum improbato more ea possessio pervenerit, quem protinus corrigi conveniat, restituto priori possessore in integrum, & rejecto tantisper domino, vel creditore. Est etiam alius casus, qui proponitur in *§. pen.* quo prior possessor licet mala fide possederit, in causa possessionis præfertur domino, vel creditori, ut si à priori possessore, qui rem non defendit, postea quam conventus est per executorem, judicio non adfuit. Si, inquam, à priori possessore, qui rem non defendit cum conveniretur à domino, vel creditore, ob id possessio sit translata in dominum, vel creditorem, ut fit *in l. priusquam, ff. de novi oper. nuntiat. l. à quo fundus, de damno infec.* Quo genere, qui initio erat reus, suscepit partes actoris, translata possessione in eum, qui initio actor erat. Denique actor fit reus, & contra, ut coerceatur absentia, aut negligentia ejus, qui rem non defendit. Sed hoc genere si per sententiam judicis, dum prior possessorem non defendit, possessio translata sit in dominum, vel creditorem, integrum est priori possessori intra annum oblata cautione de accipiendo judicio possessionem suam recipere, ut in *§. ult. h. l.* qui valde singularis est in hanc rem, & perturbat multos definitio §. qui pugnat *cum l. properandum, §. sin autem, sup. de jud. & l. 2. sup. ubi in rem act.* Ubi si reus deserat litem, quam contestatus est, nec judicio adesse velit sæpius admonitus, contrahit *eremodicium*, id est, desertor litis est. Et jam causa disceptari potest *μονομερῶς*, adversario scilicet absente ex contumacia sine conflictu utriusque partis, & ex hac causa, si actor missus sit in bonorum possessionem rei contumacis, nulla est spes restitutionis, nulla est spes recipiendæ possessionis reo contumaci. Quid ergo est, quod ait in hoc *§. datur ei annus oblata cautione de re defendenda.* Et animadverti magnam esse differentiam inter eum, qui deserit litem, & latitat post litis contestationem, & eum, qui judicio abfuit semper, & omnino rem non defendit: & evidenter proponitur hæc differentia *l. 7. §. Celsus, ff. quibus ex caus. in poss. eatur*, ubi etiam & in *§. item videamus* ostenditur, graviorem esse conditionem latitantis post acceptum judicium, & deserentis litem inchoatam, quam ejus, qui rem omnino non defendit, quia in ejus omnia bona non fit missio; in omnia bona latitantis fit missio. Et præterea latitans non habet spem recuperandæ possessionis: is, qui rem non defendit, recuperare possessionem potest intra annum, rem defendere, eoque nomine cavere idonee.

Ad L.ult. Sæpe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, & judiciariis certaminibus ventilatis non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium, vel suam imbecillitatem, vel alios quoscunque casus (cum sortes humanæ multæ sint) qui nec numerari possunt, deinde jure suo lapsi esse videbantur, eo quod post cognitionem novissimam 30. ann. spatium effluxerit, & hujusmodi exceptione oppositas suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem sine remdio ante lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quæ ex 30. ann. oritur, in hujusmodi casu opponi minime patimur: Sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in 40. ann. extendimus: cum non similis sit, qui penitus ab initio tacui ei, qui & postulationem deposuit, & in judicium venit, & subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus præpeditus est. Sed licet ipse actor defecerit, tamen suæ posteritati hujus causæ cursum eum relinquere posse definimus, ut ejus heredibus, vel successoribus, liceat eam adimplere, nullo modo 30. ann. exceptione sublata. Quod tempus, id est, 40. ann. spatium, ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit.

EX hac l. ult. intelligimus actionem personalem post litis contestationem, atque etiam nonnullam judicii exercitionem, si omitatur ab utraque parte, ut ab ultima cognitione judiciali, qualis omissa est, porrigi ad annos 40. Olim actio personalis, sive lis contestata fuisset, sive non, erat perpetua, id est, sempiterna, & nullis sæculis interitura. Lex ult. est scripta de actione personali, unde quidam negant eam pertinere ad actionem realem. Male: quia non loquitur specialiter de actione personali, sed ita, *ut licet sit actio personalis instituta ab initio, ea tamen litis contestatione non perpetuetur in infinitum, ut olim erat perpetua, sed porrigatur tantum non in 30. sed 40. ann.* qui sermo & omnes alias actiones includit, licet personales non sint. Atque ita evidenter scriptum est in *l. 1. §. ad hæc, tit. seq. in omnibus actionibus, licet personales non sint*, id locum habere, *ut si contestatæ primum sint, deinde ante definitivam sententiam omissæ, silentio perpetuo perimantur, continuo silentio, non 30. sed 40. annorum*. De actione personali magis dubitabatur, quæ olim erat æterna, atque perpetua, & constitutione Theodosii facta est 30. ann. si contestata non esset, *l. 3. h. tit.* Dubitabatur, inquam, an contestata ut jure veteri multo magis censeretur esse perpetua, quæ in judicium deducta esset, & contestata: Ita etiam convenienter constitutioni Theodosii post litis contestationem produceretur in alios 30. annos, non 40. quod voluit Valentiniani Novella *de Episcopali judicio*, ut actio personalis post litis contestationem producatur in alios 30. annos, quot annos ante durare potuit sine metu præscriptionis, nisi scilicet post 25. annos contestata fuisset, quo casu Valentinianus eam protendit ad 10. tantum. Sed abolita illa Novella Valentiniani, Justinianus in hac *l. ult.* definit non esse similem eum, qui contestatus est ei, qui omnino litem contestatus non est. Hic excluditur præscriptione 30. ann. Ille si denuo agat, & repetat intermissam litem, non excluditur, nisi præscriptione 40. aonorum. Rectius autem dices hanc constit. Justiniani locum habere tantum in actionibus perpetuis, quæ constit. Theodosii redactæ sunt ad 30. annos: cujus generis etiam sunt actiones in rem, & hypothecariæ adversus malæ fidei possessorem. At hanc legem locum non habere in actionibus temporalibus, id est, quæ finiuntur præscriptione anni, quales sunt omnes fere actiones prætoriæ, vel præscriptione biennii, qualis est actio doli, vel præscriptione quinquennii, qualis est querela inofficiosi testamenti, quæ sane actio in rem est, aut certe mixta actio est, ut petitio hereditatis, vel præscriptio 10. vel 20. annorum, ut quælibet actio in rem hypothecaria adversus bonæ fidei possessorem: has actiones temporales dicimus litis contestatione perpetuari, id est, extendi in infinitum, quæ & origine sua sunt perpetuæ secundum jus vetus, ut *l. nam posteaquam, §. si quis temporali, ff. de jurejur. l. ult. ff. de fidei. tutor. l. aliam, ff. de novat. l. 2. supra, quando libellus principi datus*. In quibus locis omnibus ne dicas perpetuari, id est, continuari, quamdiu durat lis, ut Nicolaus Valla dixit, sed continuari etiam post finitam litem, & perdurare, id est, ut ait *l. ordinata, ff. de lib. causa*, in tutum redigi, ne pereant tempore post annum per contestationem. Et ut ait *l. omnis, de R. I.* permanere salvas, quasi minime tempore perituras, aut morte, sic in *l. 1. sup. de præscript. long. temp.* possessor, cui mota lis est, ea lite deinde non peracta, sed omissa, si rem possederit longo tempore post litem omissam, non utitur longi tempor. præscript. quia litis contestatione perpetuata actio est: At secundum jus oovum litis contestatione actionem perpetuari, id est, extendi in tricennium, ex constitut. Theodosii quandoquidem ea constitutione nullæ sunt actiones perpetuæ, omnes finiuntur spatio 30. vel ad summum 40. annorum, quæ omnium longissima præscriptio est: Nam 100. annor. & 60. & 50. præscriptio sublata est. Sic igitur statuamus: omnem actionem temporalem litis contestatione perpetuari, id est, extendi in tricennium: omnem autem actionem perpetuam litis contestatione perpetuari .i. in quadricennium extendi. Neque ut facit Accursius excipio ab hac definitione actionem de dolo: Nam *l. ult. sup. de dolo*, hoc tantum dicit eam esse inchoandam, & finiendam intra biennium, quibus verbis non negat eam perpetuari litis contestatione, licet biennio perempta fuerit instantia lite cœpta quidem, sed non perfecta: Nam & aliæ actiones civiles intra tricennium finiendæ sunt ex *l. properandum, sup. de judic.* Nec tamen ideo minus litis contestatione perpetuantur, id est, extenduntur in 30. vel 40. annos. Et quod dico de actione de dolo, eam esse temporalem, id est, biennem, possumus tentare non idem esse in *adjectione* de dolo: aliud est *actio de dolo*, aliud *adjectio*: ut actioni de peculio additur adjectio de dolo, quæ sic appellatur in *l. in bonæ fidei, in fine, ff. de pecul. & si quid dolo malo domini captus, fraudatusque auctor est*: agit de peculio, & petit sibi dari quantum est in peculio, si tantum sibi debeatur ex contractu, ac præterea si quid dolo domini factum erit, ut *l. 1. ff. quando de pecul. act. ann. sit.* Quærebatur, an ut actio de dolo est temporaria, ita etiam adjectio de dolo sit temporaria, in *l. quæsitum, §. ult. ff. de pecul.* In qua ex supra dictis locis videtur JC. potius scripsisse, *in dolo adjiciendo*, non *objiciendo* .i. in clausula de dolo adjecta actioni de peculio non haberi temporis rationem, nisi cum ita forte prætori videtur, ne plus duret adjectio, quam actio de dolo. At intarea quod dicamus actionem de dolo intra biennium esse inchoandam, & perficiendam: Actionem restitutoriam, quæ paratur beneficio restitutionis in integrum, inchoandam, & perficiendam intra quadriennium, *l. ult. sup. de temp. in integr. restitut.* Quæstionem libertinitatis, & ingenuitatis esse inchoandam, & perficiendam intra quinquennium, *l. 2. ff. de collus. deteg.* Quos omnes casus à superiori definitione Accursius excipere tentat: Non tamen id inde sequitur, videlicet eas non perpetuari litis contestatione. Alioqnin nulla perpetuaretur litis contestatione, quia omnis actio certo tempore circumscribitur, quo finem accipiat & civilis, & criminalis. Invenio tamen unum casum, quo dici potest litis contestatione non perpetuari actionem, puta, si actor desistat à lite .i. si in totum deponat animum litigandi: Hoc enim est desistere, *l. destitisse, ff. de judic. l. destitisse, ff. ad Senatusc. Turpill.* Et ita recte in *l. 2. in fin. ff. ne de statu defunctor.* Si vivo Titio feci litem status, dicens eum esse servum meum, vel libertinum, & destiti à lite longo silentio, id est, ut Accursius interpretatur *triennio*, quia agitur de servo, de re mobili, si destiti, id est, in totum deposui animum litigandi, si in totum renunciavi liti, hoc casu post mortem Titii,

si li-

si litem repetam, quia destiti, judex me non admittet, & obstabit mihi præscriptio quinquennii, quia de statu defuncti post quinquennium quæri non potest. Ex hoc solo casu videtur ex jure, id est, ex *d. l. 2.* unde videtur desumpta, locum habere nova Const. Caroli noni Christianissimi principis, quæ ait: *l'instance intentée ores qu'elle soit contestée, si par le laps de trois ans elle est discontinuée, n' à aucun effect de proroger, & perpetuer l' action, mais la prescription à lieu*, id est, litis contestatione actionem non perpetuari, si quis eam triennio intermiserit. Et ita litis contestatinne præscriptio non interrumpitur; fateor hoc esse æquissimum, si actorem pœnituerit litis motæ, si renuntiaverit liti, si destiterit, non etiam si distulerit litem, quod plerunque faciunt, qui non habent spatium ad litigandum, sed contestantur lites suas, ut interim eas in tutum redigant, ne tempore, aut morte pereant, *l. 3. ff. de feriis*, vel ubi contestati sunt litem, eamque aliquantulum exercuerunt, differunt litem propter potentiam adversarii, vel propter imbecillitatem suam, vel propter aliam justam causam, quales notantur in *hac l. ult.* His casibus actor non desistit à lite, sed differt litem, atque perpetuat. Cur mihi non liceat actionem differre quoad mihi major litigandi copia suppetat, eamque in tutum redigere, ne tempore, aut morte pereat? Etiam ille casus non est omittendus, qui est in *l. 1. §. sed interdum, ff. ne de stat. def.* Quidam cum de ejus statu quæreretur, ingenuus pronunciatus est, receptum est ut in assertione secunda, ut causa ingenuitatis possit retractari, id est, ut iterum possit excuti sit ingenuus, nec ne, licet semel pronuntiatos sit ingenuus. Non est novum, ut iteretur eadem lis: sed retractari potest tantum eo vivo, qui ingenuus pronuntiatus est, non post mortem, ne intra quinquennium quidem, quo permittitur agere de statu defuncti: Imo etsi cœpta sit retractatio ingenuitatis vivo eo, qui ingenuus pronuntiatus est semel, post mortem ejus peragi non potest, quod est ex edicto Divi Marci, & habet summam rationem, quod semel pronuntiatus sit ingenuus.



AD TITULUM XL.

DE ANNALI EXCEPTIONE ITALICI CONTRACTUS TOLLENDA, ET DE DIVERSIS TEMPORIBUS, ET EXCEPTIONIBUS, VEL PRÆSCRIPTIONIBUS, ET INTERRUPTIONIBUS EARUM.

IN ipso contextu Rubr. legendum non est *& præscriptionibus*, quod etiam abest à veteribus, sed scribendum, ut in *l. 1.* duobus locis, *exceptionibus, vel præscriptionibus*. Utrumque verbum idem potest. Nunc veniamus ad rem. Olim actiones personales in provinciis erant perpetuæ, & sempiternæ. In Italia iis obstabat præscriptio anni utilis. Hodie ex *l. 1. h. tit.* sublata illa præscriptione anni utilis, ubique locorum personales actiones vivunt intra 30. annos: moriuntur statim post 30. ann. nisi interrupta fuerint tempora legitimo more: Nam ut litis contestatio, ita quælibet interruptio legitima perpetuat actionem, *l. 3. hoc tit.* id est, protendit in annos 40. nam pro litis contestatione cedit. At ut ostenditur in *h. l. 1.* hypothecaria actione servatur præscriptio 40. ann. videlicet contra debitorem, vel debitoris heredem, vel secundum creditorem vivo debitore, vel etiam mortuo debitore, si secundus creditor velit uti accessione temporis, quo debitor possedit, *l. 7. sup. tit. prox.* Et hoc est, quod ait *l. 1.* sola hypothecaria actione 40. ann. utente curriculis, quo in loco duplex error errari videtur. Primo, quod à personalibus actionibus excipiat hypothecariam, quæ tamen est realis, *l. pignoris, inf. de pig. l. 2. inf. si unus ex plur. hered.* Sed hoc ideo forte, quia hypothecaria actio est accessio personalis actionis, & quia non proprietatem, ut aliæ actiones reales, sed nudam possessionem avocat, *l. si cum vendit. ff. de evict.* Deinde quod dicat *solam* hypothecariam

A actionem uti curriculis 40. annorum, cum dixerimus in *l. 4. sup. tit. prox.* alias plerasque actiones non perimi præscriptione 30. annorum, sed 40. tantum. Non ergo sola hypothecaria utitur curriculo 40. annorum, sed verbo *sola*, non statim excluduntur & similes actiones, quæ non sunt comprehensæ constitutione Theodosii, quæ introduxit præscriptionem 30. annorum. Et ita in *§. in bonæ fidei, Instit. de actionibus*, compensationem ipso jure minuere omnes actiones, excepta *sola* actione depositi, cui nihil compensationis nomine opponi potest: nam constat etiam excipi actionem commodati, *l. ult. sup. commod.* Et item *l. 1. sup. de bon. poss. contra tabul.* Liberos præteritos bonorum possessione contra tabulas præstare legata *solis* liberis, & parentibus: cum tamen constet ex edicto prætoris eos etiam præstare legata dotis nomine relicta uxori, vel nurui. Et sic in *l. pen. sup. de oper. libert.* manumissos liberis manumissoris præstare *solam reverentiam*, cum tamen & operas præstare debeant. Igitur quod ex verbo *sola* argumentum ducitur, imbecille est. Cæterum omnes actiones personales, quibus minora tempora legibus definita non sunt, finiuntur spatio triginta annorum: Realibus actionibus jamdiu certa tempora definita sunt adversus bonæ fidei possessorem, puta 10. annor. inter præsentes, & 20. inter absentes. Et ita olim actio personalis erat perpetua, & sempiterna: realis temporaria: hodie personalis perdurat longissimo tempore, non etiam realis, quæ finitur longo tempore. Et ratio differentiæ hæc est, quia actionem realem non perimit longum tempus: Nec enim tempus est idonea causa producendæ, aut perimendæ actionis, sed actionem realem perimit usus longi temporis, usus rei diuturnus: in actione personali nullus est usus debitoris, qui perimat actionem: Obligationis enim nullus est usus, & tempus utique solum non potest perimere actionem: Unde dubitatur, cum scilicet hæc sit differentia certa inter actionem personalem, & realem, quid sit statuendum de actionibus mixtis, quæ sunt tam reales, quam personales, ut communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum: Nam qua reales sunt, videntur finiri spatio 10. aut 20. annorum, qua personales, spatio 30. annorum. Et magis placet mixtas actiones ea parte spectari, qua personales sunt, ut non intereant, nisi triginta annorum spatio, ut definitur in hac *l. 1.* Quib. addi potest petitio hereditatis, quæ etiam mixta actio est. Ergo & actio finium regundorum non perimitur, nisi spatio 30. annorum, nec citeriori spatio. Et tamen constitutione Theod. integra de præscriptione 30. excepta erat actio finium regundorum, ut esset perpetua, & sempiterna, *l. 2. C. Theod. de action. certo tempore finiendis*, quia intra quinque pedes, inter quos tantum consistit quæstio finium regundorum, *ut ex 12. tab.* non erat usucapio auctore Tullio *lib. de legibus*, quia erant sacri fines intra quinque pedes: ita constitutionibus intra eos fines nulla admittebatur præscript. longi, aut longissimi temporis. Sed Justinianus eam quoque actionem redegit ad 30. annos, immutatis verbis legis, quæ perpetuam faciebant actionem finium regundorum, ut constat ex Julio Frontino, immutatis, inquam, in *l. ult. sup. fin. regund.* Dubitari etiam poterat de omnibus aliis actionib. quæ nominatim recensentur in hac l. ne amplius dubitaretur, ut dubitari poterat de actione pro socio, quod & hæc videretur esse mixta, vel ex *l. 1. ff. comm. divid.* dum veluti per comparationem ait, actionem pro socio magis pertinere ad personales ultro, citroque præstationes, quam ad divisionem rerum, quo significat, quodammodo eam pertinere ad divisionem rerum, ac proinde quodammodo mixtam esse: sed placet eam quoque, ut cæteras mixtas, licet verius sit hanc non esse mixtam, sed personalem, perimi præscriptione 30. annorum. Dubitari etiam poterat de actione furti, & vi bonorum raptorum, quæ est etiam actio furti improbioris: ut raptor in jure dicitur fur improbior. Et cur de iis dubitari poterat, an perimerentur longissimo tempore? quia re furtiva sæpius à fure contrectata, sæpius

etiam

etiam nasci videbatur actio furti adversus furem, quotidie re contrectata, & quotidie videtur nasci actio furti in furem. Et ita nunquam implebatur tricennium, quia subnascebatur quotidie actio: & ideo in *l. si cum quis, §. quamdiu, ff. de furt.* dicitur, non perire actionem furti, quamdiu fur vivit, quod quid aliud est, quam actionem furti esse perpetuam? id est, dum fur vivit, *l. 1. ff. pro soc.* Et ita furti actionem perpetuo dari in *Instit. §. 1. de temp. & perpet. action.* Sed hæc quoque redacta est ad triginta annos, improbata veterum sententia, quia subinde nasci volebant actionem furti, ita ut recte dicatur in *l. 9. ff. de furt.* assidua, & frequenti contrectatione non magis nasci actionem furti, non recreari ideo sæpiur actionem furti, quæ si sæpiur ita recrearetur, nunquam impleretur triceonium, quod tamen hæc lex definit, & actionem furti, & vi bonorum raptorum perimi. Id B etiam notandum est ex *hac l. 1. §. ult.* filiisfamil. in his rebus, quarum proprietatem patri non adquirunt, qualer sunt hodie omnes res adventitiæ, non imputari tempora præscriptionis, sed ab eo duntaxat die adversus eos præscriptiones computari, quo sui juris effecti sunt, ut *in l. 1. in fin. sup. de bon. matern.* quia ab eo demum tempore suar actiones exercere possunt, non quamdiu sunt in familia, & potestate patris: quia filiifamil. persona in judicio legitima non est sine vuluntate patris, sicut nec servi: & interim dum est in potestate patris actionum exercitio pertinet ad patrem, perinde atque si bonorum adventitiorum proprietas ei adquisita fuisset, ut in *d. l. 1. & l. ult. sup. de bonis, quæ lib.* non pertinent ad filiumfamiliar sine voluntate patris: ergo ei nihil imputari poterit, opposita præscriptione aliqua, qui etiamsi C vellet, agere non posset, *l. ult. §. pen. ff. quis ordo in bonor. poss.* Et generaliter ab eo die demum nobis imputantur tempora præscriptionum, quo agere potuimur, ut in *l. in rebus, §. ult. ff. de jure dot. l. 7. §. illud, sup. tit. prox. l. ordinata, §. 1. de liber. cau.* Et hæc de leg. 1.

Ad L. II. Ut perfectius omnibus consulamus, *& nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus adverserii sui noceat, sed sit aliqua inter desides, & vigilantes differentia: sancimus, si quando absuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet, & desiderat dominus rei, vel creditor suam intentionem proponere, & non ei licentia sit absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, & neminem tutorem, vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate* D *(eas res usurpare) licentia ei detur adire præsidem (provinciæ) vel libellum ei porrigere, & hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, & interruptionem temporis facere, & sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo præsidem adire, saltem ad locorum episcopum eat, vel defensorem civitatis, & suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem absuerit, vel præses (vel episcopus, vel defensor civitatis) liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: & hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive 30. vel 40. annorum sit. Omnibus aliis, quæ de longi temporis præscriptione, vel triginta, vel quadraginta annorum curriculis, constituta sunt, sive ab* E *antiquis legum conditoribus, sive à nostra majestate, in suo robore duraturis.*

LEX 2. & 3. sunt de interruptionibus præscriptionum. Præscriptionem non interrumpit sola denuntiatio domini, vel creditoris hypothecarii, ut *l. alienam, ff. pro empt.* Non interrumpit comminatio, non postulatio μονομερῶς facta apud judicem, ut dixi *l. 3. tit. prox.* non libellus principi datus, id est, querela delata ad principem per libellum de rebus suis ab alio possessis: libellus hic, inquam, non interrumpit præscriptionem longi temporir, aut longissimi, sed annuam tantum, ut *l. 2. sup. quando libell. princ. oblatus.* At præscriptionem lon- A gi temporir interrumpit litis contestatio, & conventio executuris, & nova cautio, quam vocant γνωριμαχικὰ ἀσφάλειαι. Et interrumpitur etiam præscriptio medio tempore sine violentia rem possidente domino, vel creditore, & solutione partis, & solutione usurarum, & libello principi dato, si annua fuerit præscriptio, ut diximus in *l. 3. & 7. sup. tit. prox.* Ac præterea in *l. 2. hujus tit.* ostenditur, etiam præscriptionem interrumpi, si nemo sit, qui conveniri possir, ut si possessor absit, vel si infans sit, vel furiosus, qui nec tutorem, vel curatorem habeat, vel si sit potentior aliquis, qui sit difficilis conventu. Et definiuntur poteotiores, qui gratia, & opib. valent, non ii tantum, ut Accur. heic vult, qui habent merum imperium. Ergo & ii, qui non habent, puta locupletiores. Et ita potentiores definiuntur in *Nov. Basilii, & Romani de potentiorib.* Et illa Basilii vult non injuria, B ut potentiores, nec quidem quadraginta annorum præscriptione rer suar, quar illi possident, repetentibus tenuioribur hominibus objicere possint, quod hac via paulatim potentiores sua facerent omnia bona tenuiorum. Et ostendit *potentiores* non esse taotum eos, qui in magistratu sunt, sed illustres, vel spectabiles, qui pollent gratia, & opibus. Si igitur ex his quatuor causis, quæ notantur *in hac l. 2.* non possit conveniri possessor, aut vix possit conveniri, fiet interruptio præscript. ex scripto habita contestatione apud præsidem provinciæ: vel si ejus noo sit copia apud Episc. civitatis, vel eo deficiente apud defensorem, vel deficiente defensore, publice ad domum possessoris *adfixo libello* conventionir, adjuncta subscriptione trium testium, qui modur affigendi libel- C li ad domum adversarii ex jure nostro in plerisque locis observatur, ut docui *observat. 7.* Hæc contestatio pro petitione cedit, id est, pro litis contestatione, *l. 2. ff. de naut. fæn.* Interruptio definitur recte ab Harmenopulo 1. *Epitom. tit. 3.* ἐποχὴ τοῦ χρόνου, & illo loco refert sententiam propositam in hac *l. 2.* Et illud, quod retuli ante, ut fiat ea contestatio, si non extet, qui conveniatur apud præsidem, vel episcopum, ubi ex *h. l. 2.* posset quis existimare legendum esse, ἢ τοῖς ἐκδίκοις, id est, *vel apud defensores civitatis*, sed puta consulta opera hoc verbum fuisse mutatum in Basilicis, quod *Novella Leonis 46. & 47.* sublati essent decuriones, ac omnes magistratus municipales, ex quibus erant defensores civitatum, qui erant instar tribunorum plebis. Quamobrem & defensorer plebir dicuntur *in tit. de defens. civitat.* Ideoque in D Basilicis scriptum est, *si non sit copia præsidis, vel episcopi, superiorem contestationem fieri apud potiores, & principales*, ἐγκρίτοις τῶν πόλεων, ut Apollonius de auro egregio, & Josephus de bello Judaico, *lib. 2. cap. 28.*

Ad L. III. Si ex multis causis *quidam obnoxium habens, & maxime ex similibus quantitatibus, in unius quidem causæ summa libellum conventionis composueris, causam tamen non expresseris, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in judicium deduxisse, an vetustissimam earum, aut omnino nihil fecisse, cum ejus sensus incertus esse apparebat. Sed & in judiciis, in multis tales altercationes ventilatas invenimus, & maxime propter longi temporis interruptionem: Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariæ autem actionis nulla mentio procedat: quidam putabant, personalem quidem esse temporis interruptione perpetuam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam. Et si quis generaliter dixerat, obnoxium sibi aliquem constitutum: aliæ dubitationes emergebant, si omnes ei competentes actiones hujusmodi narratione contineri credantur, an vero, quasi silentio circa eas habito tempore expirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo ei adquisito. Sancimus itaque nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem: sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit, & libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causæ mentionem habentem, & vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones, vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum in judicium deduxisse,*

& esse

& esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines, & sui juris contemptores odiosæ exceptiones compositæ sint (†).

EST etiam de interruptione *l.* 3. cujus species est elegantissima. Finge: Titius mihi debet eandem quantitatem ex variis causis, puta debet mihi 100. ex testam. 100. ex venditione, 100. ex mutuo. Ego volens interrumpere præscriptionem, qua ille posset uti adversus personales actiones, quæ mihi in eum competunt, vel hypothecariam, si intervenit hypothecaria, in judicio petii centum, non expressa causa, vel etiam generaliter petii quod mihi debebatur, ubi notandum est admitti *generalem conceptionem libelli* conventionis, incertum libellum admitti, puta si per executorem te conveniam, ut solvas, quod mihi debes, quantitate non expressa, vel causa. Et ita in *§. curare, Instit. de act.* curare debere judicem, ut certæ rei, vel summæ sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit, *l.* 3. *inf. de inutil. stipulat.* Adde, etiamsi incertus libellus petitoris fuit, qui datus est per executorem ante litem contestatam. Vel etiam finge: ego egi actione personali, non hypothecaria, cum haberem utramque ex eadem causa, vel contra egi hypothecaria, non personali: Quæritur, an videar libello conventionis, & postea secuta litis contestatione interrupisse tempora omnium actionum mearum, quæ mihi in eundem hominem competebant: Et ait in specie proposita, qui petit 100. non expressa causa, omnes suas actiones in judicium deduxisse videri, id est, actionem ex testamento, qua debebantur 100. & actionem ex venditn, qua totidem, & actionem ex mutuo, qua etiam 100. Denique eum videri omne jus suum in judicium deduxisse, & interrumpisse tempora præscriptionis, etiamsi libellum generaliter conceperit, nulla causa expressa: Nam dum generaliter libellum concepit, nihil nocet, si non exprimat causam, sed debet exprimere quantitatem. Nam, ut recte Joannes sentit, qui neque exprimit causam, neque quantitatem, quoniam alteruttius expressionem hæc lex exigit, non videtur omne jus suum in judicium deduxisse, sicut etiam, qui petiit certam summam ex certa causa, non videtur cæteras causas in judicium deduxisse. Et verba legis, *vel unius quidem causæ specialiter*, sic sunt accipienda, unius summæ ex causa una, quæ tamen exprimatur, ut initio hujus legis. Et ita Joannes.

RETRACTATIO L. 3.

Antequam veniamus ad tit. 41. explicanda iterum est *l.* 3. *sup. tit. prox.* cujus species hæc est: eum, cui quis debet eandem quantitatem ex diversis caulis, veluti 100. ex testamento, 100. ex stipulatione, 100. ex mutuo, omnes causas in judicium deduxisse: & per hoc tempora præscriptionum interrupisse videri, si petierit centum non adjecta causa, quoniam videtur ea centum petere ex omnibus causis, cum non adscribat causam, videlicet petere videtur centum ex testamento, 100. ex stipulatione, 100. ex mutuo. Qui specialiter petit 100. nec adjicit causam, omnem causam complecti intelligitur: denique videtur trecenta petere. Idem etiam erit, si ille generaliter petierit *quod sibi debeatur: quod sibi debet Lucius Titius: Nam id omne, quod debet*, petere intelligitur quacunque ex causa. Et nota, generalem, & incertam conventionem admitti, quam postea judex redigit ad certam quantitatem. Item, si quis egerit actione personali duntaxat, vel actione hypothecaria, cum haberet utramque ex eadem, vel iisdem caulis, etiam eam actionem, qua non egit nominatim, quæ modo competat ex iisdem causis, in judicium deduxisse intelligitur. Ideoque quasi interrupta præsctiptione, nulla temporis præscriptio ei objici potest: quia eæ præscriptiones objiciuntur tantum desidiosis: & qui ita egit, desidiosus non est, id est, qui petiit 100. non expressa causa, vel qui generaliter petiit quod sibi debetur, vel qui personali egit, non hypothecaria, aut contra hypothecaria, non personali: Nam hic satis diligens fuisse videtur in omni jure suo persequendo: Et præscriptiones nocent negligentibus, non diligentibus: in dormientibus desidies, non in vigilantibus. Et eleganter ait *in fin.* odiosas exceptiones, id est, præscriptiones temporum esse compositas contra desides, & negligentes, juris sui contemptores. Quibus verbis non hoc vult: Exceptiones temporales per se odiosas esse, quod tamen vulgu asserunt, sed comparatas esse in odium negligentium. Ut Senatusconsultum Macedonianum per se non est odiosum, sed tamen factum est in odium fœneratorum, *l. qui exceptionem, D. de cond. indeb.* vel similiter condictio furtiva, quæ dicitur comparata odio furum, *§. sic itaque, Instit. de act.* Tamen per se non est odiosa: imo justitiæ plenissima. Hæc est sententia *l.* 3. Ex qua colligendum est, ex contrario non esse locum huic legi, si quis ex certa causa certam quantitatem petierit, puta 100. ex causa mutui: Nam hic non censetur & alias causas in judicium deduxisse, ut Joannes sentit recte, qui hæc verba *h. l.* quæ sunt in fine: *Vel unius quidem specialiter, &c.* ita recte interpretatur: Unius quidem causæ summa, causa tamen non expressa: ut scilicet omnem causam intelligatur in judicium deduxisse, qui exprimit quantitatem, causam autem non exprimit. Et idem omnino dicendum erit, si quis egerit ex certa causa, si petierit ex certa causa, quod sibi debetur, non expressa quantitate, quia cæteras causas non videtur in judicium deduxisse, qui exptimit certam. Idem erit, si dissimiles quantitates debeantur ex variis causis puta 100. ex testamento, 20. ex stipulatu, 30. ex mutuo: Nam si petet decem, manifestum est, eum non videri alias summas in judicium deduxisse, quæ sunt dissimiles. Ideoque (†) quod ait in prima parte *h. l. & maxime ex similibus quantitatibus*, sic accipias, ut minime idem sit ex dissimilibus quantitatibus. Et ita omnia sunt perspicua in *l.* 3.

AD TITULUM XLI.

DE ALLUVIONIBUS, ET PALUDIBUS, ET PASCUIS AD ALIUM STATUM TRANSLATIS.

HUJUS tituli de alluvionibus coaptandi cum superioribus titulis, qui sunt de præscriptione, non una tantum, sed triplex est ratio. Prima hæc est, quia alluvione, & inundatione, de quibus agitur hoc titulo, possessio, & consequenter præscriptionis tempus interrumpitur, *l.* 3. *§. Labeo, ff. de adquir. possess.* Nec mirum, cum & iis modis dominium amittatur. Possessio igitur, & dominium, & ususfructus, *l. si ager, ff. quib. mod. ususfr. amit.* De alluvione est *l.* 1. *& 3. h. t.* De inundatione est *l.* 2. ut scilicet in Ægypto, quorum agros inundatio Nili feraciores facit, quod idem est, si contingat in alia provincia, ut hi, inquam, plus inferant tributorum nomine, quorum agros uberiores inundatio fecit. Ii autem, quorum agri minores, vel deteriores facti sunt, ut releventur, & pro qualitate ejus, & quantitate, quod in censu agendo possidere videbuntur, publicis pensitationibus respondeant. Hæc est *l.* 2. sententia. Secunda ratio coaptandi hujus tituli est, quia præscriptio longi, vel longissimi temporis non tantum fundum complectitur, sed etiam quod fundus crevit per alluvionem, sive creverit ante, sive post adquisitam præscriptionem, quia id, quod per alluvionem adcrescit, sequitur jus, conditionemve fundi principalis, cui adcrevit. *l. & puto, §. id, quod amnis, ff. famil. ercisc. l. si fundus, in princ. D. de pign. l. item si fundi, §. huic vicinus, D. de usufr. l. si ego, §. quod tamen, D. de Publ. in rem action.* Tertia ratio hæc est, quia, ut in fine superioris tituli scriptum est, præscriptiones compositas, sic legitur *compositas*, inquam esse, *non oppositas*, contra desides, & negligentes rerum suarum contemptores: Ita jura alluvionum

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 13.*

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 13.*

dum sunt recepta contra negligentes; qui scilicet ripam, qua agri eorum terminantur, non muniunt, non reficiunt. Auctor Cassius Longinus JC. apud Urbicum *lib. de limitib. agrorum*. Et apud Boetium 2. *de Geometria*. Et Cassii verba hæc sunt: *Quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessorem amittere, quia scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debuit*. Et sequitus quod omnino est ex jure, & proponitur differentia hæc in §. *præterea Instit. de rer. divis. Si vero*, inquit, *vi majore, non paulatim lambendo flumen alveum mutasset, suum quemque modum agnoscere, quia non possessoris negligentia, sed vi tempestatis abreptum apparet*. Et hanc eandem differentiam demonstrat Siculus Flaccus *libr. de conditionibus agrorum*, in hæc verba: quæ referam, quia non sunt emendate expressa. *Rivus*, ait, *quoties finem facit, appellatur rectus curvusve, qui si alicujus terras minutatim ex alia parte abstrahat, & alii contrariæ relinquat, quod vocant alluvionem, repetitio finium non datur. Inducit enim necessitatem muniendarum riparum. Quod si vi tempestatis rivi torrentes subito alveum, cursumque mutent, justius tum (ut mea fert opinio) erit, ut alvei veteris fines suos quisque obtineat*. Hæc Siculus. Et ratio differentiæ est evidens, & aperta, quia adversus vim majorem nulla est ratio muniendi se, & ideo quod vi majori mihi flumen abradit, id non amitto. At quod paulatim veluti lambendo abradit, id meum esse desinit, ut plectatur negligentia mea, qui potui me præmunire adversus id. Non licet quidem cuiquam flumen avertere mutato alveo opere manufacto, mutato naturali cursu fluminis, *ut in l. 1. hoc tit.* alioquin tenetur interdicto ne. quid in flumine publico. At licet cuilibet ripam suam munire, qua suus terminatur ager, dummodo id faciat sine injuria accolarum, *l.1. §. si autem, D. de fluminib.* Et ea de re propositum interdictum de ripa munienda, ne prohibeatur ripam munire, facto aggere, ductove vallo. Additur etiam in *l.1. hoc tit.* fundum, quem amnis circumiit, & redegit in formam insulæ, priori alveo derelicto, ejus manere, cujus fuit, quod etiam est proditum in *l.1. §.item si amnis, D. de flum.* Id M. Tullius vocat *circumluvionem*, non alluvionem. Alluvio dominium mutat, circumluvio sola dominium non mutat. Festus vocat *circumluvium*, quod & jus prædiorum esse dicit, quia vix unquam circumluitur ager, quin etiam paulatim alluendo augeatur, ut in *l. ergo, §. tribus, D. de adquir. rer. dom.* ex quo loco idem etiam potest appellari colluvium. Ergo & alluvio est jus prædiorum, & circumluvio, quod vix existat circumluvio sine alluvione aliqua: & jus prædiorum, quia quod per alluvionem agro nostro adcrescit, jure gentium nostrum fit, ut in *h. l.* 1. Et si vis etiam tibi dari alluvionis definitionem: *alluvio* est incrementum latens, vel est jus prædii, quo portio fundi portioni contrariæ accedit, donante flumine publico. Primum si dicas, *jus prædii*, hoc non sufficit: nam & servitus est jus prædii, nec tamen est alluvio, nec satis si dicas, *incrementum latens, ex d. l. item si, §. huic vicinus, D. de usufr.* quod fiat paulatim, & minutatim veluti lambendo: Nam non omne incrementum latens est alluvio. Nam ætatis cujusque rei, & doctrinæ, & artificii etiam est incrementum latens, *l. legatis, §. ornatricibus, de leg.3.* Idcirco adjeci, quo portio fundi portioni contrariæ, id est, quæ est è regione, accedit, *ex l. si Titio, in fin. ff. de usufr.* Et adjeci *donante flumine publico*, ex Lucano: *Illos terra fugit dominos, his rura colonis Accedunt, donante Pado.* Et recte de Pado flumine, quod etiam Urbicus ait esse rapidum, & torrens flumen, quod aliquando tam violenter decurrat, ut & mutet alveum, & multorum late agros trans ripam transferat, sæpe etiam insulas efficiat. Id autem, quod per alluvionem adcrescit fundo nostro, adeo nostrum fit, ut à fisco vindicari, & vendi non possit, *l.1. h.t.* itaque ut non possit vendi à principe, quasi possessio vacans. Et præterea id singulariter constituitur in *l. 3. h. t.* ut nihil fisco inferatur pro incremento alluvionis. Cujus constitutionis ratio hæc est, quia incerta possessio, incertum ejus dominium est, *ut ait Theodosius in integriore Novella de alluvionibus*, ex qua sumpta est *l.3. hujus tit.* Incerta est possessio, incertum dominium ejus, quod per alluvionem adcrevit, quia quod hodie possidemus alluvionis beneficio, plerunque altera die vicini fundi domino in alteram ripam translatum adquiritur, & non semper remanet apud eum, cui adcrevit, quia plerunque redit ad priorem dominum, etiam cum augmento, aliquando nec ad priorem, nec ad posteriorem redit, sed inundatione fluminis in arenam dissolvitur. Est igitur plane incerta possessio: & tributa tantum indicuntur certæ possessioni, certoque dominio. Id, cujus incerta est possessio, veluti quod possidetur alluvionis beneficio, non potest onerari tributo. Et qui ei indicit tributum, ut ait *h. l. 3.* videtur ignorare vitia alluvionis, quod non intellexit Accursius, id est, inconstantiam, mutabilitatem, & crebram veluti tempestatum commutationem. Videtur ignorare incertum alluvionis, & indicendo tributo tam incertæ possessioni possessoribus rem noxiam videretur *indicere*: sic est legendum, non *inducere*: eodem jure sunt, ut ostendit *h. l. 3.* paludes, & pascua, quæ infertilia cum essent, & squalida prædia, domini sumptu, & diligentia fertilia facta sunt, ut scilicet ea quoque non possint onerari tributis. Hanc immunitatem mereri dominum, qui palustrem, & inutilem agrum exsiccavit, exaravit, excoluit, ut non statim sua diligentia fiat ei damnosa exacto tributo, *pour une terre qu'il à defrichée de nouveau*. Hæc est sententia *leg.3.*



AD TITULUM XLII.

DE SENTENTIIS PRÆFECTORUM PRÆTORIO.

SUPERIORI tractatui de possessionibus, & ejus effectis, veluti de usucapione, & præscriptione temporis, vicinus est tractatus de missione in possessionem, quæ fit sententiæ judicis exsequendæ causa, quæ missio in possessionem numeratur etiam inter species possessionis in *l.3. §.ult. D. de adquir. possess.* Et sæpe possessio in jure dicitur, & de ea quia dicturus est *titul.72. inf.* ideo prius instituit dicere de sententiis, quarum exequendarum causa illa possessio comparata est: & primum dat titulum *de sententiis præfectorum prætorio*, quoniam hi sunt majores magistratus post Principem, qui summa judiciorum obtinent, ut licet non possit appellari ab eorum sententiis, quo satis demonstratur amplitudo imperii eorum, tamen liceat per libellum adversus eas supplicare Principi, ut causa retractetur, *que l'on renvoye la cause*, quod vocatur retractatio. Et hunc libellum posse offerri Principi, non quamdiu sunt in magistratu (erant enim temporarii omnes) sed postquam acceperunt successores intra biennium, *Novella* 82. Et non intellexit Accursius illa verba, *Post successionem judicis*. Namque id voluit, postquam præfecto prætorio successum est, intra biennium posse retractari sententiam eorum jussu principis, supplicante eo, qui sententia præfecti prætorii condemnatus est. Et notandum, quod ait lex, hoc esse verum, etiamsi sententia dicta sit pro curia, vel pro utilitate publica, ut scilicet adversus eam possit supplicari. Et hæc fuit causa ferendæ hujus legis, ut indicat *Novella Theodosii de sententiis præfect. prat.* ex qua hæc l. trahitur, ut abrogaretur Constitutio, quæ ne supplicari quidem volebat adversus sententiam præfecti latam pro curia, vel utilitate publica.

Et notanda est hæc differentia inter appellationem, & retractationem: Nam appellatione interposita, nihil innovatur, id est, suspenditur exsecutio sententiæ. At libello supplice dato principi, ut causa retractetur, hoc nullum adfert impedimentum exsecutioni sententiæ præfecti prætorio, *Novel.119.* Est alia differentia inter supplicationem, & restitutionem in integrum: Nam ipsemet præfectus prætorio adversus sententiam suam dare potest restitutionem in integrum, *l. in causa, §. ult. & l. seq. D. de min.* At causam retractare ipsemet non potest,

causa

causa retractanda demandatur non eidem, qui sententiam dixit, sed successori alii. Igitur quod vellem hodie servari, ut non apud senatum retractaretur causa Senatusconsul. decisa, sed apud alios judices: Nam ut recte ait Plinius *6. Epist.* scribens ad Ursum, senatoribus re integra dissentire fas est: re peracta, quod pluribus placuit, postea cunctis placet. Et vix unquam rescindent sententiam, quam dixerint: argo non probe iisdem mandatur causæ retractatio, ut apparet in hac *l.* in qua successori mandatur, non eidem: unum tantum notandum est ex *d. Nov.* 119. aliquando & causæ retractationem permitti eidem præfecto prætorio, puta, si intra decem dies eidem offeratur libellus, vel principi, ut rursus inspiciat causam attentius, qui dicitur *libellus didascalicus*. Et sic ille libellus impedit executionem, si eidem offeratur intra decem dies, nisi victor sit paratus satisdare de restituenda re, si rescissa forte sententia fuerit; & inde origo hodie in foro *libelli civilis*, *une requeste civile*: quoties arguitur dolus malus adversarii, quando dolo malo adversarii factum est, ut ita judicaretur: *la requeste civile est fondée sur le dol de la partie adverse*: unde etiam origo propositi erroris, quoties error allegatur, error facti, quod judices non bene tenuerunt factum, & per consequentiam, quod non tenuere jus: nam judices principaliter non arguuntur ignorantiæ juris, sed per consequens, jus scilicet ignorat is, qui factum ignorat, *& c'est ce qu'on dit, que la proposition d'erreur est fondée sur l'erreur du fait, & de l'erreur du fait resulte l'erreur du droit.*



AD TITULUM XLIII.

QUOMODO, ET QUANDO JUDEX SENTENTIAM PROFERRE DEBEAT PRÆSENTIBUS PARTIBUS, VEL UNA ABSENTE.

TITULUS est explicatu difficilis, in quo explicando biduum consumere par erat, sed explicatus distincte videbitur facilis, quia omnis opera est in distinguendis, & componendis legibus, quæcumque ad hanc quæstionem pertinent, quæ prima specie confligere invicem videntur, quod ordo judiciorum, qui fuit olim valde obscurus, & incertus sit. Verum ad rem. Regulariter de unoquoque negotio sententia ferri debet præsente utraque parte, præsentibus omnibus, quos causa contigit, *l. de unoquoque, D. de re jud.* Quod est *ex illa l. 12. tab. præsente ambobus litem addicito*, ut veteres dicebant præsente amicis, præsente testibus. At hoc titulo duo casus proponuntur, quibus altera parte absente, sententia ferri potest, & uno casu rescindi remedio appellationis, altero casu nec appellatione rescindi. Primus casus hic est: Si præsentibus partibus *lis inchoata sit*, id est, si contestata sit: Nunquam enim contestatur, nisi utraque parte præsente. Si igitur lis contestata sit, si inchoata præsentibus partibus, & postea una pars abesse cœperit, in absentem, & indefensam partem dicta sententia valet, nec sine appellatione rescinditur, *l. ult. hoc tit. l. 2. sup. de contr. jud. tut.* Quod utique verum est, si non absit per contumaciam, sive, quod idem est, ex eremodicio, quod non contrahitur, nisi quis tribus edictis evocatus sit. Ergo qui post litem contestatam abesse cœpit, si non sit tribus edictis evocatus, atque ita non sit contumax, non desertor litis, tamen in eum data sententia valet, quod rem suam in judicium deduxerit, seque, & rem suam judicio permiserit, sed appellatione rescindi potest, nisi acquiescat sententiæ. Et hoc observatur in liberalibus causis, licet sint favorabiles, ut post litem inchoatam inter præsentes, deinde una parte absente discuti, & sententia ferri possit, *l. 4. l. juxta, sup. de lib. caus.* Sed hoc ita verum est, nisi sententia dicta sit die feriato. Nam hæc sententia ipso jure nulla est, ipso jure rescinditur sine appellatione, *l. si feriatis, D. de feriis, l. 4. h. t.* Nam & hic absens causari potest se absuisse, quod non existimavit eo die judicium

A futurum, ut plane excusetur, qui die feriato non adfuit: Item nisi dicta sit sententia alio loco, quam quem judex condixerat, id est, alio loco, quam quo de causa cogniturum edixerat. Nam hæc quoque sententia ipso jure nulla est, si dicatur in absentem, quem judex fefellit, alio loco reddito jure, judiciove, quam quo edixerat, *l. 5. hoc tit.*

Alter casus hic est, si post litem contestatam una pars per contumaciam abesse cœperit: Nam sententia ferri potest, non utique contra absentem contumacem semper, nisi contumaciæ perjurium admixtum sit, ut in *l. 1. sup. de adsert. tol.* Sed etiam pro absente contumace, si bonam causam habere videatur. Non ergo semper contra contumacem pronuntiatur, sed & pro eo si bonam causam habuerit, *l. properandum, §. sin autem ex gestis, sup. de jud. l. & post edict. D. eod. l. 1. h. tit.* Quæ lex ait, quod B habetur rescripto Adriani, contra absentes sententias dari solere, quæ est accipienda de absentibus contumacibus, *& solere*, id est, hunc morem esse judiciorum, ut contra absentes contumaces feratur sententia. Hoc vero quod ita rescriptum est, non imponit necessitatem judici semper pronuntiandi contra absentem contumacem, sed ut pro eo sententiam dicere possit, si bonam causam habeat: si id æquitatis efflagitet ratio. Ergo *l. 1. h. t.* est de absente contumace. Addendum vero, hoc observari non tantum in privatis judiciis, sed etiam in publicis, si capitalia non sint, ut valeat sententia, quæ fertur in judiciis publicis, absente reo per contumaciam, & ut adversus eum ferri sententia possit, nisi sit reus capitalis criminis, quod irroget mortem naturalem, vel civilem, *l. absentem, ff. de pœn.* Sed quis est contumax? *Ex l. contu-* C *macia, ff. de re jud.* Contumax est is, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, vel literis evocatus, præsentiam sui facere contemnit: vel literis, sic est legendum in *d. l.* vulgo deest illud vel, ut significet, vel evocandum esse literis, vel edictis propositis. Et addi potest, *vel denuntiationibus*, ex sententiis Pauli. Et qui ita evocatus est solemniter, si præsentiam sui facere contemnat, contumax est, & contrahit eremodicium, id est, habetur pro desertore, litis moratore, frustratore, tergiversatore. Et ait contumax est, qui contemnit, παρετυμολογῶν, ut Velius Longus de Orthogrsphia scribit, in contumaci, melius hoc observari, quod veniat à contendendo, tametsi Nisus contumacem per v. putavit scribi posse à tumore, sed omnes deducunt à contemnendo, unde in glossis anti- D quis καταφρονητής, *contemptor, spernulus, contumax.* Et ita M. Tullius in arato leporem παρετυμολογῶν, *jacet*, inquit, *levipes lepus.* Nam & apud Varron. L. Ælius leporem dictum, quod sit levipes, & à celeritudine. Sunt in aliis auctoribus frequentes παρετυμολογίαι, ut apud Homerum. Dionys. Arstum. Verum ad rem; nihil refert utrum absens, qui litem inchoatam deseruit, evocetur edictis publice propositis in foro, ut legi possint ab omnibus de plano, an literis ad eum transmissis, aut denuntiationibus factis per exsecutorem in personam ejus: sunt hæc tria diversa, edicta, literæ, denuntiationes, *l. item veniunt, §. petit. D. de pet. hered. l. cum vero, §. evocari, D. de fideic. libert.* Et Paul. *5. sent. de effect. sent. tractans etiam de contumace.* Aliquando vero post tria edicta datur edictum peremptorium, aliquando non, sed sufficiunt tria edicta, vel tres E lineæ, aut denuntiationes, *l. 2. & 9. h. t. l. 2. C. Theod. de per. desist.* Aliquando tria edicta non proponuntur, sed unum pro omnibus peremptorium proponitur, *d. l. contumacia, & l. consentaneum, h. t.* Hoc totum positum est in arbitrio judicantis, ut vel proponat tria edicta, vel non edicta, sed literas mittat, aut denuntiationes, vel proponat tantum unum edictum peremptorium, vel etiam ut post tria adjungat peremptorium, aut non, quia, ut ait *l. s. cessante* quoque causa peremptorii edicti, id est, peremptorio edicto, recte ferri sententia potest adversus eos, qui tribus edictis admoniti, judicio adesse neglexerunt. Sed quia illa *lex consentaneum*, quam adduxi ante, est clavis hujus tituli, ea nobis explicanda est, in qua hoc proponitur: *Post litem inchoatam, si qua ex partibus ab-*

sit, ut servata juris solemnitate priusquam sententiam dicat præses provinciæ absentem evocet, puta tribus propositis edictis publice, quibus absenti diem dicat, in quem se judicio sistat, & dicat etiam locum, quia non fuit certus locus Romæ juri dicendo, sed dicebatur locus arbitrio judicis, sicut Senatus habendi non fuit locus, sed modo in hac habebatur Basilica, modo in illa. Ergo præses provinciæ tribus edictis propositis absenti dicet diem, & locum, in quo se sistat; vel etiam debet eum evocare uno edicto, si ita videatur causæ cognitio exigere, quod dicitur unum pro omnibus, & edictum peremptorium, at post ea si absens sui præsentiam non faciat, tum potest audire judex præsentis allegationes, & de re pronuntiare. Quæ quidem pronuntiatio judicis est summaria. Summatim itaque de re pronuntiare, vel contra absentem, vel etiam pro absente poterit. Et hoc dicto subjicit Imperator, quod vel successor ejus facere curabit, nimirum successor præsidis provinciæ: Nec enim erant perpetui. Et ad hujus loci intelligentiam maxime pertinet *l. edictum, ff. de judic.* Si præses provinciæ, qui antecessit dederit unum edictum adversus absentem, successor ejus dabit reliqua duo edicta, & adfiget publice: vel si antecessor finierit numerum trium edictorum: adhuc à successore unum edictum dabitur, ne ei objiciat absens, *tu me non evocasti*. Unde quod sequitur *in h. l. à quo ter citatus*, videtur velle dicere eum, qui ter citatus est ab antecessore, si antecessor non dixerit sententiam, & à successore ter esse citandum, & evocandum, quod est contra *d. l. edictum*, & manifesto est superfluum: Nam hæc verba *à quo*, sic accipienda sunt, a quo successore, de quo proxime agit: ideo manifestum est non esse legendum *à quo ter*, *sed iterum*, id est, *πάλιν, non δεύτερον*, *à quo rursus citatus*, & semel si sui præsentiam facere contemnat, tunc successor ejus ex duobus efficiet alterum, ut vel absentem obsequi compellat, vel si sit quæstio de re aliqua, quam absens possidet, possessionem ejus rei transferet in petitorem, qui præsens est: atque ita possessorem absentem per contumaciam, ex reo faciet actorem, id est, tædio ablatæ possessionis, & translatæ in actorem, eum venire compellet in judicium, & suscipere partes actoris, vel satisdare de re defendenda, ut in *l. pen. §. ult. sup. de præscript. 30. ann. l. si priusquam, D. de novi oper. nunt. l. à quo fundus, ff. de dam. infect.* Hoc genere non pronuntiatur de lite, sed suspenditur lis, & coercetur contumacia, à contumace rei possessione translata ad præsentem, qui eam petit, vel etiam ut judici videbitur de re ipsa pronuntiabit pro absente, vel contra, plerunque ut fit contra absentem, & indefensum: & si pronuntiaverit contra absentem, id est, si absens sit damnatus ex eremodicio, id est, quasi contumax frustrator, & desertor litis inchoatæ: nam quid est eremodicium? desertio litis inchoatæ: si, inquam, damnatus sit absens ex eremodicio, ex contumacia, sententia, neque appellatione rescindi potest, neque causa ex integro ab eo, si venerit, agi potest, instaurari, sive redintegrari causa non potest. Hæc est gravissima pœna contumaciæ, ut qui ex contumacia damnatus est, non possit appellare, aut litem redintegrare, *l. properandum, §. cum autem, sup. de jud. l. & post edictum, §. ult. D. eod. l. 1. inf. quor. appell. non recip. l. ex consensu, §. ult. D. de appell. & Novel.* 82. Unde pendet ratio, quam vulgo non intelligunt *leg. liberto, §. ult. D. de neg. gest.* Reus litem in judicio deductam deseruit, amicus ejus eam ultro egit sine mandato, absentiæ causam allegans judici, & nihilominus absens frustrator ut frustrator damnatus est ex contumacia: Non appellavit amicus, qui ultro accesserat ad negotium ejus, an hæc culpa ei objici potest, quod non appellarit? minime: ratio hæc est, quia ut frustrator condemnatus est, id est, quia ex eremodicio condemnatus est, ex quo non est appellatio. Et hoc est, quod ait *lex contumacia, D. de re judic.* contumaciam plecti damno litis, quia scilicet, neque appellari potest à sententia dicta in contumacem, neque causa redintegrari potest: sed ut ait lex *properand. §. sin autem*: lite cadit, nullo modo potest redintegrari sententia, quinimo etiam si pro absente contumaci dicta sententia sit, pœnas aliquas contumaciæ sustinet, quandoquidem etiamsi sententia pro eo dicta est, litis sumptus adversario refundere debet: Quod valde est novum, ut victor victo refundat impensas, cum regulariter eas refundat victus victori, sed ita plectitur contumacia.

Item absens per contumaciam, pro quo sententia dicta est, si ei in totum non satisfaciat, non potest ab ea appellare, nec alio modo instaurare judicium, sive litem ex *d. l. properandum*: atque ita damnum litis patitur ex parte aliqua is, secundum quem lis data est. Ex quo patet nos appellare posse à sententia pro nobis dicta, si in plenum non satisfaciat, nisi contumacibus nobis dicta sit: semper excipitur is, qui restituitur in integrum, quia absens fuit ex justa causa: Nam contumax non est, qui caret dolo: Et ita est proditum in *l. prætor ait, ff. de minorib.* etiam majoribus 25. annis dari restitutionem eremodicii, mortuæ, & desertæ litis, si doceant se ex justa causa abfuisse, quod etiam ostendit *l. pen. h. tit. l. 1. sup. ex quib. caus. majores, l. 4. sup. de proc.* Semper etiam excipio minorem 25. annis, vel absentem Reip. causa, quia adversus eos nec edictum peremptorium, licet in notitiam eorum pervenerit, nec ulla alia sententia adversus illos valet, id est ipso jure nulla est, ipso jure muniti sunt: alii indigent restitutione eremodicii, & restit. in integrum, hi non indigent, videlicet cum absentes, & indefensi fuerunt, *ut l. 6. h. tit. l. actæ, §. ult. l. contra, ff. de re jud.* Ergo apparet, duos esse casus, quibus absente parte jure ferri sententia potest, si post litem inchoatam absit per contumaciam, vel etiam citra contumaciam. Sed hoc posteriori casu sententia appellatione rescindi potest, non autem priori: alias ita constituamus: secundum regulam initio propositam, in absentem, & indefensum, qui litem non inchoavit, latam sententiam nullius esse momenti, *l. certum, §. si quis, ff. de confessis*, ita ille locus est accipiendus, id est, de absente, qui nunquam comparuit in judicio. Item in eum, qui litem inchoavit, non per contumaciam absentem, dicta sententia, quasi contra contumacem, etiam ipso jure nullius momenti est, & sine appellatione irrita constituitur, ut si quis damnatus sit ex edicto peremptorio, quod nec propositum est, ut de plano recte legi posset, nec in notitiam ejus pervenerit, & ita loquitur *l. 1. §. item cum, D. quæ sentent. sine appell.* Satis est, si edictum peremptorium publice fuerit propositum, ut videatur absens esse contumax; licet in ejus notitiam non venerit, quia nemo potest causari ignorantiam ejus, quod publice proponitur, *l. sed etsi, §. proscriptum, ff. de inst. act.* Satis etiam est, si edictum peremptorium in ejus notitiam pervenerit, licet publice propositum non sit: Nam literæ, vel denuntiationes sufficiunt, ut dixi. Denique satis est, si quoquo modo conventus sit, conventio non fit nisi in personam, *l. de unoquoque, in fi. de re jud.* Alioqui non conventus ignarus est, aut esse potest edicti peremptorii, vel cui nihil denuntiatum est, si condemnetur ut contumax, sententia ipso jure nulla esset, quia non est contumax. Contumacia cadit tantum in scientem, non in ignorantem, *l. 3. 4. 5. 6. 7. h. t.* Et observandum in *l. 4.* vulgo legi *absente, vel ignorante*, cum recte omnes libri veteres habeant *absente, & ignorante*, ut in *l. 3. absentibus, & ignorantibus*. Et notandum est, in illo *l. 4.* duplex esse vitium, quod sententiam facit ipso jure nullam, quia dicta est die feriato, & quia quasi in contumacem, qui non erat contumax: ignorans enim vocationem non fuit contumax. Alterutrum vitium sufficeret: & ita duplex vitium potest constitui in specie *l. 5.* quod judex alio loco sententiam dixerit, & quod dixerit in absentem qua contumacem, qui non erat contumax. Et ita in specie *l. 3.* proponitur, dictam sententiam in ignorantem, absentem, & indefensum, ignorantem videlicet edictum peremptorium, & nullam esse hanc sententiam ipso jure, si damnatus sit quasi ex edicto peremptorio, quod ignoravit. Sed tamen, ut proponitur, sustinetur sententia ex consensu ejus, si ei adsensum accommodaverit, sicut testamentum ipso jure nullum, sustinetur ex consensu filii præte-

riti,

riti, *l. filium, ff. de inj. rupt.* Et irriti codicilli consensu heredis, *l. cum quasi, §. ult. D. de fideicom. lib.* Sic sententia ipso jure nulla consensu ejus, cujus interest, si querelam non detulit, puta dicendo sententiam ipso jure nullam: sic est explicanda *l. 3.* non dicit, si non appellavit, quia frustra appellatur à sententia ipso jure nulla; sed si querelam non detulit: aliud est querela, aliud appellatio, *l. si nominatus, C. Theod. de appell.* De qualibet sententia queri licet, non etiam appellare. Et ita, ut concludamus, in hoc titulo ostenditur quomodo absente una parte sententia ferri possit, nempe servata juris solemnitate, ut ait *l. 8. h. t.* peracto ordine edictorum, ut ait *lex si prætor, ff. de judic.* Item quando, id est, quibus casibus absente una parte sententia ferri possit, & quibus non nisi utraque parte præsente.



AD TITULUM XLIV.

DE SENTENTIIS EX PERICULO RECITANDIS.

IN titulo superiori propositus est unus casus, quo sententia ipso jure nulla est, & sine appellatione rescinditur, ita ut ex integro causa agi possit, & judicari, puta, si sententia dicta sit adversus eum, qui post litem contestatam abesse cœpit, quasi adversus contumacem, ex edicto peremptorio, quod tamen nec propositum erat, nec in notitiam pervenerat. In hoc tit. proponitur alius casus, quo sententia sit dicta memoriter, sine scripto, si dicta sit, non lecta: Nam judex, sive sit magistratus, ut in *l. 3. h. t.* sive sit judex, vel arbiter datus à magistratu, ut in *l. 1.* debet sententiam suam scriptam, & manu sua obsignatam, ut est in Novella Leonis 45. habita deliberatione, perpenso, maturoque judicio, quod etiam hodie solet exprimi in sententiis, maturo consilio rem fuisse perpensam: ita, inquam, judex debet sententiam suam per se ipsum ex libello, ex scripto publice partibus legere, & recitare: Alioquin sententia, quæ sine scripto lata est, ne sententia quidem nominari debet, & sine appellatione rescinditur, *l. 3. h. t.* Nam cum dicimus aliquam sententiam ipso jure nullam esse, ex eo tria sequuntur, nec nomine sententiæ dignam esse, & ex integro causam agi posse, & ad rescindendam illam sententiam non requiri appellationem: ipso enim jure rescindi. Dixi eum debere publice sententiam suam legere, vel recitare: Nam si vel sententia non sit publice lecta, sed in secreto loco, ἀντιμαχανίστως, & non præsente officio, i. non præsentibus officialibus judicis, hoc solo sententia est ipso jure nulla, *l. 6. & seq.* Dixi præterea per semetipsum judicium debere ex scripto sententiam suam recitare litigatoribus: sed excipiendi sunt præfecti prætorio propter culmen dignitatis, & quicumque habent illustrem administrationem in Repub. ut præfecti urbi, quæstores sacri Palatii, magistri militum, & cæteri illustres judices, qui scilicet in Repub. nulla administratione funguntur, *ut ait l. 2.* sed tantum sunt illustres, & judices forte delegati à principe ad speciem litis aliquam, & uno verbo illustres viri, non spectabiles, non clarissimi: & multo minus pedanei judices possunt sententias suas recitare per suum officium, inquit *l. 2.* id est, per officialem, vel inquit, per eos, qui suum ministerium eis accommodant, veluti per præconem. *Apulejus 1. Floridorum, præconis vox garrula*, inquit, *ministerium est proconsulis*. Et ideo præco dicitur vox *legum*, *Novell.* 20. ut Julian. interpretatur, *& vox judicii*, apud D. August. 3. *de Trinitate*, & 16. *sermone de verbo Domini in Matthæum*, Quin etiam, quod non additur in *hac l. 2.* Illustres personæ sine scripto sententias suas proferre possunt: Cassiodorus de præfect. prætorio, *verbo sententiam dicit*. Et sequitur: *Quid est, quod non habeat commissum, cujus est, vel ipse sermo judicium*: alterius judicis sermo non est judicium, sed scriptura tantum est judicium, ultimum scilicet, id est, sententia.

Præterea additur in *l. 2.* recitatam ex scripto semel sententiam, judicem nec corrigere, nec mutare posse, quia perfunctus est suo officio, sententiam suam revocare non posse, *l. 1. in fin. ff. de quæstion.* etiam si male judicaverit, quia in ea re desiit esse judex, de qua pronuntiavit, *l. judex, de re judic.* Et si dicas, *male judicavi*, respondebo, *at judicasti*. At rursus si dicas, *non debui*: dicam, *at potuisti*. Et publice interest ne revocentur sententiæ semel prolatæ, nisi legitimo remedio, veluti per appellationem, vel supplicationem, *l. servo, §. cum Prætor, ad Trebell.* Exactio quidem ex sententia potest propter inopiam rei remitti, *l. 6. §. ult. ff. de offic. præsid.* qui dixit mulctam alicui, propter ejus inopiam postea remittere potest, id est, remittere exactionem mulctæ, non mulctam, quæ semel dicta est. Plinius 4. Epistol. *Prætor senatori mulctam dixit: egit ille causam suam in Senatu, egit autem sic, ut deprecaretur*, id est, ut peteret remitti mulctam, *remissa mulcta est, at ipsa sententia non potest corrigi, nec mutari*. Et si quid corrigatur, aut mutetur, id ipso jure nullum est, *l. 1. in fine, inf. sententiam rescindi non posse.* Seneca in declamation. & controversiis: *judex*, inquit, *quam tulit de reo tabellam, revocare non potest: quæsitor non mutat pronuntiationem*. Apulejus 1. Floridorum: *Tabella semel lecta, nec augeri uno verbo, nec minui potest*, & hoc quidem distat sententia ab interlocutione: Nam interlocutio judicis mutari, corrigi potest, *l. quod jussit, de re jud.* Item interlocutio judicis scripturam non exigit, *l. omnem, C. Theod. de appellat.* Item à sententia appellatur: ab interlocutione judicis jure civili non appellatur, jure canonico appellatur, quo utimur hac in re.

Quod autem ait *l. 2.* ex libello ferendam esse sententiam, & *l. 4. C. Theod. eod. & d. l. omnem*, & D. Augustinus in *sermone de sancto Cypriano*, quod item ait *l. 3.* de scripti recitatione, ferendam esse sententiam: quod in passione sancti Cypriani, latam esse sententiam damnationis ex tabella, *& apud Tertul. Apologet. cap. 2. d. l. 3. in hac rub.* & in *l. 2. C. Theod. eod. est ex periculo*. Ergo ex periculo sententiam recitare, est recitare ex libello, ex tabella, ex scripto. Unde in notis juris civilis junctim leguntur scriptæ notæ D. P. D. L. id est, *de periculo, de libello*, quoniam utrumque idem potest. Et inscite fecerunt Alciat. & alii, qui nomen *periculi*, mutarunt in nomen *breviculi*, ignorantes periculum significare libellum, sive tabellam, in quo sententia perscripta est, ut apud Æmilium Probum in Epaminonda: *Non recusavit quo minus pœnam legis subiret, sed unum à judicibus petiit, ut in suo periculo conscriberent: Epaminondas à Thebanis morte mulctatus, quod eos coegit superare Lacedæmonios*. Quod Probus *periculum* vocat, id Plutarchus in Apophtheg. & Ælianus 13. Hist. var. vocant στήλην, id est, ut sermone utar Probi, *Pilam lapideam*, in qua conscribitur sententia judicium, ut innotescat præsentibus, & posteris, *Pilam lapideam*, vocat in Alcibiade: & ita proscriptus à Græcis dicitur στηλίτης, & legitur etiam in fœdere inter Allariotas, & Parios, quod etiam hodie exstat in Creta insula, scriptum lingua Dorica, ut id fœdus inscribatur, ἐν στάλαις λιθίναις quod Attici, εἰς στήλην λιθίνην. Legimus etiam apud Cicer. in 1. de LL. eum appellare parvum suum poema *de Mari*, parvum libellum, periculum: *faciunt*, inquit, *imperite, qui in isto periculo veritatem exigunt, tanquam à teste, non tanquam à Poeta*, & idem 5. in Verrem loquens de scribis publicis ait, *iis committi tabulas publicas, & pericula Magistratuum*. Quo nomine puto significari iis dari sententias, damnationes, vel absolutiones, & ratio nominis hæc est, quod ex sententia semper periclitetur aliquis, aut reus, aut etiam judex, si male judicaverit, quod litem faciat suam. Et ita inscriptionem accusatoris in crimen, recte dixeris *periculum*, quod ex ea periclitetur accusator ne fiat reus calumniæ. Neque tamen, quod quidam tentant, ita volo accipi periculi nomen in *l. vi facit, D. quod vi, aut clam*, dum ait, *eum vi facere opus, qui prohibitus id facit, vel quo minus prohiberi posset, dedit operam, puta janua præclusa, sed subjicit: vel periculo adversario denuntiante*, sic est scriptum Florentiæ, vulgo: *periculum adversario denuntiando*:

tiando : Sed ex Florentina scriptura apparet scribendum, & legendum, *periculo adversario denuntiato :* id est, adversario perterrefacto, comminatione mortis, aut verberum admota, si prohiberet opus fieri, ut non sit necesse periculum eo loco pro libello accipere. Igitur retineamus veterem scripturam, quæ etiam est in *C. Theod. de sentent. ex periculo recitandis*.



AD TITULUM XLV.

DE SENTENTIIS, ET INTERLOCUTIONIBUS.

IN hoc tit. proponuntur alii casus, quibus sententia judicis ipso jure nulla est, qui & cum illis, qui ante propositi sunt, comprehenduntur generali definitione *l. 4. h. tit.* Ut contra solitum ordinem judiciorum lata sententia nullam vim obtineat, ac ne sententiæ quidem nomen habere mereatur, *l. 3. sup. tit. prox. Sententia igitur est decretum à judice interpositum servato ordine judiciorum, de summa, vel capitulo quodam litis, quod absolutionem rei continet, vel condemnationem certam actoris, aut rei.*

Dico esse decretum : omnis sententia est decretum, non tamen omne decretum est sententia, ut decretum, quo permittitur alienatio rerum minoris 25. ann. quo fit missio in possessionem. Hæc decreta non sunt sententiæ, quia neque absolutionem continent, neque condemnationem ullam. Decreti igitur nomen latius patet, quam sententiæ, & omnis tamen sententia decretum est. Et ita in *l. decreta, ff. de re jud.* Decreta à prætoribus Latine interponi debent, id est, sententiæ, vel quæ alia decreta, Et ne pugnare videatur ea lex cum *l. 12. h. t.* quæ ait, *Judices tam Latina, quam Græca lingua sententiam ferre posse*, observandum est, *l. decreta* pertinere ad urbem, quia de prætoribus loquitur : hanc vero *l. 12.* ad provincias, quia est inscripta ad proconsulem Asiæ, & judices igitur, id est, præsides Provinciarum, qui judices ordinarii dicuntur judices judicum in Novellis. Utraque lingua sententiam ferre possunt, secundum loci consuetudinem, vel Græca, vel Latina : at in urbe latina tantum lingua, ut etiam apud Svet. legimus, splendidum quendam virum, quod ignarus esset linguæ Latinæ D. Claudium erasisse albo judicum, imo & in peregrinitatem redegisse, adempta scilicet civitate Romana : forte lites, & sacra agi peregrina melius esset, quam nostra lingua : Nam si lites egeris vernacula lingua, fortassis sic eas longiores effeceris : si sacra, forte de eorum veneratione, & majestate nimium detraxeris. Verum ad rem.

Dixi in definitione sententiæ, *de summa, vel capitulo quodam litis*, quod duxi ex *l. pen. hoc tit.* Græca à me luci reddita ex Basilicis. Ut si unius litis sint varia capitula, quod sententiam plenam esse oporteat, sive plenariam, ut constit. loquuntur, non ideo de omnibus capitulis simul judici ferendam esse sententiam, sed posse eum, si velit sigillatim de unoquoque capitulo ferre sententiam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Sententia ergo jure fertur, vel de summa litis, vel de uno capitulo, una specie litis.

Desidero etiam in sententia *absolutionem, vel condemnationem :* Nec enim est sententia, nisi quæ absolvit, vel condemnat : quæ liberat, vel obligat, *l. 3. hoc tit.* Ut si judex iubeat jurari de re, de qua agitur, & adiiciat quid dato, vel recusato jurejurando dari, fierive oporteat, sententia est, quia continet condemnationem ut dato, vel non dato jurejurando, sed recusato detur certum quid, fiatve. Et ita est accipienda definitiva sententia, quæ jusjurandum imponit in *l. 11. & 12. sup. de reb. cred.* videlicet, quæ habet subjectam ex jurejurando dato, vel recusato absolutionem, vel condemnationem, non quæ simpliciter jurari jubet : Nam simplex jussum præstandi jurisjurandi non est sententia, *l. 11. h. tit.* quia neque condemnationem continet, neque absolutionem. Et ita quoque accipiendum, quod non observant vulgo, quod ait *l. 3. sup. de reb. cred.* per judicem inopia probationum jurejurando causa cognita rem decidi posse : quod utique fit, si indicat jusjurandum actori, aut reo, subjecta jurantis, aut non jurantis condemnatione, aut absolutione : alioquin non deciditur lis : sententia est finis, & terminus litis, & si jubeat tantum jurari, nullum video terminum litis : cum dato jurejurando, vel recusato simul statuit quid dari, fierive oporteat, tum demum finem liti impositum video. Denique eam pronuntiationem esse sententiam definitivam. Et ad hæc requiro, ut sit absolutio, vel condemnatio certa. Et hoc est, quod dicitur in *l. 7. & 9. hoc tit. sententiam certis finibus concludi, aut sententiam non esse : sententiam certos fines, certas leges habere, non incertas, aut suspensas, concludi certa decisione litis, certa, & plena pronuntiatione, certa quantitate, vel re*, ut tit. seq.

Præterea dixi in definitione, sententiam continere condemnationem actoris, aut rei propter *l. cum Pap. hoc tit.* quæ est singularis propter sententiam Papiniani, quæ alibi non exstat. In ea l. proposita sententia Papiniani hæc fuit, ut licet in formula actionis sit scriptum, ut judex reum condemnet, quod olim præscribi solebat his verbis, *Si paret L. Titium Sejo debere* 100. *ex causa legati, condemna eum judex*, quales formulas proponit frequentissime Theophilitzes noster. Ergo licet ita concepta sit formula actionis, tamen si in ea ipsa lite, quam intendit actor, deprehendat judex actorem reo debere, non etiam reum actori, nihilominus poterit actorem judex condemnare. Quam sententiam Papiniani Justinianus non tantum probat, sed etiam ampliat, ut etiam locum habeat, etiamsi forum rei, quod actor sequi cogitur, actori sit incongruum, & incompetens : Nam & in eo foro poterit actor condemnari de ea ipsa re de qua egit, ut demonstrant in ea *l.* hæc verba, *in eodem negotio :* id est in eadem lite : quæ verba demonstrant aperte, ut Albericus notavit, eam leg. nihil pertinere ad mutuas petitiones, id est, conventiones, & reconventiones, ad quas tamen omnes eam legem referunt : & consequenter male ei legi subiiciunt Novellam, quæ est *de mutuis petitionibus*.

Quod autem dixi in definitione, servato ordine judiciorum, multa complectitur, ut judex sententiam publice dicat, *l. 6. hoc tit.* non abdito loco, non secreto, & ut habuimus titulo superiori, *ut publice recitet sententiam partibus ex periculo*, id est, ex scripto. Omnis sententia est *periculum*, quia fertur scripto, non verbis. Scripturæ cujusque sunt pericula, quia exstant, non etiam verba, & voces quæcunque volant, quæ nos emisisse inficiari possumus, vel aliter interpretari : quodcumque fit ex scripto, fit ex periculo. Et inde periculum accipitur pro libello, ut ostendi supra tit. prox. ex probis auctoribus. Item, ut ne quid omittamus ex iis, quæ proponuntur in hoc tit. illa verba, *servato ordine judiciorum*, hoc etiam exigunt, quod est in *l. 13.* ut legibus judex judicet, non exemplis rerum judicatarum, quod dictum vulgo circumfertur, & indiget interpretatione. Si quid Princeps ipse judicavit, aut præfectus prætorio, aut major magistratus : Judex in re simili non tam spectare debet quid in pari causa judex, vel major magistratus judicarit, à quibus sæpe per obreptionem eliciuntur iniquæ sententiæ, sed quid legibus, & æquitati conveniens sit. Ideo non semper est idoneum argumentum, quod ducitur à rebus judicatis in pari causa. Rerum quidem perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinet : Nam consuetudo est lex, *l. nam Imperat. D. de leg.* at exempla rerum aliquoties judicatarum, licet moveant nos aliquantulum, ut *l. cum de in rem verso, D. de usur. l. nonnunquam, D. ad Trebell. l. 1. §. eodem autem tecto, D. ad Senatusc. Syllan. l. 1. §. si coheredis, D. ad leg. Falc.* tamen his exemplis judices non alligantur, quod non debeant apud eos ea exempla antiquiora esse legibus. Et ita recte Cyprianus scribens de jurisperitis in lib. de singularitate clericorum : *callidi argumentatores*, inquit, *& Jurisperiti fallaces, dum cupiunt prævaricari, controversias, actionesque causa-*

rum etiam re ipsa jura transvertunt, & cum nolunt coerceri competentibus jussionibus legum, ad illudendos judices inconvenientibus exemplis, veluti similes juris conjecturas objiciunt. *Recte inconvenientibus*: Nam vix ulla exempla per omnia conveniunt, vix ulla sunt, quæ non claudicent, ut merito dicat *l. 13. Non judicandum esse, quod alius major magistratus ita judicavit, sed quod ita exigat ordo judiciorum*, qui dicitur jus, & mos judiciorum in jure nostro. Et ad hunc ordinem judiciorum etiam pertinet, quod colligitur ex *l. 1. hoc tit. ut si lis inchoata sit, & contestata per procuratorem, condemnatio fiat in procuratore, qui litem contestatus est, non in dominum litis, qui litem contestatus non est*: Et ita Martin. & Azo accipiunt recte *l. 1.* Nam condemnato procuratore, tametsi actio judicati detur in dominum litis, *l. 4. C. de re jud.* Optima ratione: nam quid est actio judicati? *Est executio rei jud.* quam æquius est fieri in bonis domini litis, cujus nomine lis acta est, quam in bonis procuratoris, ne ei suum officium sit damnosum, licet ipse procurator damnatus sit, qui utique nihilominus condemnandus est semper, id est, concipienda est condemnatio in personam procuratoris, non domini. *Et cur malunt quidam litigare per procuratorem?* Nisi ut si forte judici videantur non habere bonam causam, nomina eorum condemnationi non inferantur, sed nomen procuratoris, qua arte etiam evitant infamiam, si actio sit famosa. Excipitur semper causa criminalis, quæ agi per procuratorem potest, licet regulariter agi non possit, sed quandoque, ut crimen injuriarum per procuratorem potest exequi, vel accusando, vel defendendo: sed etiam si litem contestatus sit procurator, qui crimen non admisit, non erit condemnandus, sed ipse dominus litis, qui crimen commisit, *l. ult. inf. de injur.* Excepto scilicet hoc casu, si lis sit contestata in procuratorem, & condemnatio facienda est in procuratorem, non in dominum litis, alioquin pronuntiatio judicis nulla est. *l. 1. h. t.* Nec huic l. obstat *l. nihil, sup. de proc.* Nam quod ait, nihil referre procurator detur ante litem contestatam, vel post, id eo pertinet, ut intelligatur, recte utroque tempore procuratorem dari, non etiam ut Martinus infert, auctor hujus opinionis, ut procurator datus post litem contestatam cum domino litis perinde condemnetur, atque si datus fuisset ante litem contestatam. Hoc non vult *d. lex nihil*: nam semper in eum facienda est condemnatio, qui litem contestatus est, qui judicium accepit, sive sit procurator, sive dominus litis. Nihil etiam obstat Martini sententiæ *l. liberto, in fi. D. de neg. gest.* in qua aperte, ut ex anterioribus apparet, amicus ab initio defendit causam absentis, & nomine ejus litem contestatus est, ideoque damnatus culpatur, si non appellaverit, cum ipse ab initio litem susceperit, qui si post litem contestatam à domino, eo absente causas allegaret absentiæ ejus, non culparetur ob omissam appellationem, quia nec appellari potest à sententia dicta in desertorem litis, id est, qui post litem contestatam contumaciter abesse cœpit. Nihil etiam obstat *l. si quis cum procur.* vel *l. licet, §. pen. D. de proc.* Nam ut breve faciam, in *l. licet, §. pen.* non dicitur procuratorem condemnatum intervenisse post litem contestatam: Unde ponendum juri convenienter procuratorem litem inchoasse. Et præterea in *l. si quis cum proc.* dominus litis dicitur, quod verbum calumniantur Bulg. & Joannes auctores diversæ sententiæ. *Dominus litis*, etiam recte dicitur is, qui litem contestatus non est, quia res ad eum pertinet, & ad eum redit, sive ei, sive in procuratorem ejus dicta sit sententia: nam actio judicati datur domino litis, & in dominum litis. Denique ut lis, id est, res in judicium deducta ad eum pertinet, ita & ad eum judicati omne commodum, & incommodum redit: Nec dicitur minus dominus litis, qui litem contestatus non est, quam qui contestatus est. Postremo ad ordinem judiciorum spectat, *ne quis de eadem re iterum judicet*, ne quis contraria sententia, suam, vel antecessoris sententiam retractet, alioquin suæ, vel antecessoris contraria sententia nullam vim obtinet, *l. 9. hoc tit. l. 1. inf. sent. rescin. non poss.* Itaque de eadem re, de qua quis judicavit, non potest iterum judicare, nec successor de re, quam judicavit antecessor, quia idem est forum, sella eadem, tribunal idem, judicium idem, etiamsi mutatus sit judex. Et recte dico de eadem re: nam qui judicavit de possessione, non prohibetur judicare de proprietate, *d. l. 9. & l. 3. inf. si à non comp. jud.* quia alia res est: nihil commune habet proprietas cum possessione, *l. & an eadem, §. ult. D. de except. rei jud. l. naturaliter, §. nihil commune, de adq. poss.* Loquor etiam de sententia, ut qui semel sententiam tulerit de aliqua re, non possit de eadem re iterum ferre sententiam. Loquor igitur de sententia definitiva: nam interlocutio retractari, corrigi, & commutari potest subinde, quia, ut ait *d. l. 9.* interlocutio plerumque rem non perimit, si perimeret, esset sententia, non interlocutio. Quod ait *plerumque*, an ideo significat interlocutoriam sententiam, aliquando rem perimere, rem finire? Minime vero, quia nulla interlocutio hoc per se efficit, nulla per se rem perimit, sed per accidens, ut in *l. 1. interlocutio, inf. commination. epistol. prog.* sic interloquitur judex *nisi quod Cajo Sejo debes, solveris, duplum præstabis*: quia hæc interlocutio non continet condemnationem certam rei in judicium principaliter deductæ, ideo non perimit rem, sed efficere potest, ut postquam judex ita comminatus est, metu pœnæ adversarius adquiescat interlocutioni: atque ita per accidens, non per se plerumque interlocutio perimit actionem. *Interlocutio est præceptum à judice interpositum, quod ad causæ finiendæ præparationem spectat*, ut in *l. qualem, §. dicere, D. de receptis arb.* Dicitur *interlocutio etiam jussum, vel præceptum, vel præjudicium*, & improprie sententia, *l. ult. hoc tit.* Dicitur etiam *articulus causæ*. Nam *in l. 5. inf. quor. appell. non recip.* quod est articulus, id Græcis est διαλαλιά, id est, interlocutio, non ψῆφος. Igitur aliud est sententia, aliud interlocutio, vel jussum, vel præceptum, vel præjudicium, quod scilicet præcedit definitionem litis, vel suasio judicis. Et huc proprie accommodari debet *lex 7. hoc tit.* quæ hoc vult, ut si cum ageretur ex stipulatu inter propinquos, judex suaserit propinquis, *ut de re transigerent, & paciscerentur*, quæ est suasio honestissima litigantibus propinquis. Ea vox judicis, sive interlocutio, an perimat litem, dum suadet aut jubet? Nam *jubere* non est verbum directum, sed magis precarium, ut est *in Panegyrico Plinii*, licet transigendo perimatur lis, tamen hæc vox judicis non perimit litem, & ut ait, obligatio ex stipulatione certo modo perimitur, puta acceptilatione, non etiam interlocutione judicis. Interlocutio judicis non est legitimus modus perimendæ litis, tollendæ obligationis. *Et ita*, ait, *vocem judicis pacisci suadentis, perimere litem non posse, licet hoc suadeat, ut propinqui litem perimant transactione*. Unde ita concludamus, interlocutionem judicis non habere vim stipulationis, *l. 1. inf. comminat. epist.* non habere etiam vim acceptilationis, *l. 7. hoc tit.* sicut nec vim stipulationis. At sententia judicis habet vim stipulationis, & acceptilationis, quia civilem obligationem parit, vel tollit, *l. Julianus, D. de cond. indeb.* quæ differentia maxime notanda est inter sententiam, & interlocutionem.

Ad L. II. Si arbiter datus à *magistratibus, cum sententiam dixit in libertate morabatur, quamvis postea in servitutem depulsus sit, sententia tamen ab eo dicta habet rei judicatæ auctoritatem.*

Notandum est ex *l. 2.* à servo, quem magistratus judicem dedit certæ rei, vel causæ, sententiam latam non infirmari, licet postea appareat eum fuisse servum. Causa dubitandi hæc fuit, quia revera non fuit judex. Certum est judicem esse oportere, ut ejus quoque sententia valeat; sed quia servitus ei obstitit, quo minus judex fieret, *l. cum prætor, §. pen. D. de judic.* ideo dubitatur, an sententia ab eo lata rei judicatæ habeat auctoritatem. Et licet subtili jure nullam vim habeat,

beat, quia à non judice lata est: nec enim servus potest A esse judex: tamen humanius est eam sententiam approbare, & tueri, propter utilitatem eorum, qui apud eum, tanquam legitimum judicem (quod vulgo existimaretur esse liber ab omnibus) lege, aut legitimo judicio egerunt, ut quod ad litigatures attinet, plus sit, quod est in existimatione, quam sit in re: quantum ad ipsum vero plus sit, quod est in re, quam quod est in existimatione, id est, plus valeat, quod est io veritate, quam quod est in opinione hominum: Nec enim quod judex datus sit, cum existimaretur esse liber, ideo fit libee, *l. non mutat, supra, de lib. caus.* Et ita explicanda est *l. 2.* & similiter, cujus eadem est eatio *l. Barbarius, D. de offic. prætor.* si servum, qui cum se pro libero geret, vulgo existimaretur esse liber, princeps, aut populus prætorem designavit, ignorans conditionem B ejus: Nam si dicamus eum prætorem fuisse, queio postea apparuit fuisse servum, si dicamus eum vera prætura functum, quod Pomponius dixit, ut refert *d. l.* si inquam, dicamus eum Prætorem fuisse, veramque præturam gessisse, ut Pomponius, certo certius erit, *Omnia, quæ in prætura gessit, edixit, decrevit, esse rata*, & nullus erit labor in bac specie: At si prætor non fuit, quens postea apparuit servum esse, si falsam præturam gessit, ut Ulpianus tentat in *dict. l. Barbarius*, dum ait: *Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit, quid dicemus, quæ decrevit, an nullius momenti sint?* In Florent. ita est scriptum: *Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, in dignitate prætoria functus*. Evidens mendum est in illo *in*, vel *ni*, & pro eo reponenda est negatio, *si servus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit*, C ut hæc sit quæstio, hoc posito, Barbarium fuisse falsa prætura functum, an valeant ea, quæ apud eum acta sunt? Et sane verius est, quod ita ponitur, cum falsam peæturam gessisse, *ut Marcus Perpenna*, qui cum esset peregrinus pro cive Romano obrepsecat ad honorem consulatus errore populi. Valerius Maxim. *lib. 3. cap. 4.* scripsit falsum fuisse consulatum, ac caliginis simile imperium, & adumbeatum nomen Maeci Perpennæ, quod ille sibi adrogavit, & adsixit: ut Barbarii Philippi etiam fuisse adumbeatum nomen constat ex Suida, dum ait, agnito à domino suo scribit dominum reddidisse antiquum, & servile oomen, verum nomen, non Barbarii Philippi. Si igitur Barbarius falsam præturam gessit, non veram, si, quod idem est, prætor non fuit, non abs re D dubitatur, an teneant, quæ is interim edixit, & decrevit inter aliquos? Et humanius esse ait *l. Baebarius*, ut teneant propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, licet postea appateat servus, atque ita simul appareat prætot non fuisse. Hoc utilitas exigit litigantium, quod iniquum sit eos circumscribi. Huic definitioni obstat *l. nulla competit, D. qui, & à quibus manum.* quæ ait, nullam competere libertatem datam ab eo, qui postea servus pronuntiatus est: & valere tamen dicimus acta, quæ apud eum facta sunt tanquam judicem, qui postea servus apparuit. Et ait illa lex, nulla competit libertas: male Accursius legit sine negatione, ut constat ex Florent. id est, neque civitas Romana, nec Latina libertas: nam & peregrinus, licet liber sit, manumittendo, neque E civem Romanum facit, neque Latinum, ut ex Octaveno JC. relatom est in fragmentis JC. Quia lex Junia, quæ Latinorum genus induxit, non pertinet ad peregrinos, sed peregrinus manumittendo peregrinum facit. Plinius in epist. ad Trajanum: *manumissus à peregrino, peregrinæ conditionis est*. Nemo potest plus juris in alterum transferre, quam ipse habet. Servus liberum facere nullo modo potest, quemadmodum nec peregeinus civem. Nemo potest dare alteri, quod ipse non habet. Obstat etiam ei definitioni, quod argumento ex contrario colligitur ex *l. 1. sup. de testam.* nullum esse testamentum, quod obsignavit is, qui postea servus pronuntiatus est: Nam ita demum ait ratum esse te-A stamentum, si testes, qui testamentum obsignaverunt omnium consensu libeeorum loco habiti sint, nec eis hucusque quisquam moverit controversiam status. Ergo ex contrario, si quis cui ex signatoribus moverit controversiam status, & probaverit non esse liberum, non valet testamentum, quod in eo non sint adhibiti classici testes, & idonei: classici testes vocantur proprie testamentarii. His, ut respondeam, dico, separanda esse ea, quæ quis per se solus gessit auctoritate sua, ut si manumisit, si testamentum fecit, ab iis, quæ gessit auctoritate publica, puta populi, aut principis, ut si princeps, aut populus eum prætorem fecerit; quæ gessit per se solus auctoritate sua, ut si manumisit, si testamentum fecit, rata hæc non sunt, si postea servus apparuit, si in servitutem depulsus sit, in qua fuerat ante dum manu-B misit, dum testamentum fecit, dum adhibitus testamento signator est: at quæ gessit auctoritate principis, aut populi, ut si à principe, aut populo designatus fuerit prætor per errorem, etiamsi revera non fuerit prætor, tamen ea rata sunt: Nam sicut dicitur judicium infantis suppleri auctoritate tutoris, *l. quamvis, §. infans, D. de adquir. possess.* Ita quod defuit judicio Barbarii servi fugitivi, suppletur auctoritate principis, vel populi, qui eum prætorem fecit, vel otii causa, utilitatis causa, ne quod actum est semel, rescindatur io feaudem eorum; qui apud eum egerunt, ne reteactetur: ut M. Tullius 16. ad Atticum scribit, *de actis Cæsaris, ea acta confirmare velle, non tantum eos, quorum interest, sed etiam eos, qui ea non probant otii causa, ne quid novi moveatur*. Et plurimum hac in re facere auctoritatem principis, aut C populi *lex Baebaeius* ostendit, quod prioceps, aut populus servum potuerit designare prætorem: & utique si sciens servum esse eum populus, vel peinceps prætorem designasset, tacite videretur ei dedisse libertatem, quod apertius scriptum est io Basilicis ad *l. Barbarius*, his verbis εἰ δὲ ὁ βασιλεὺς γινώσκων αὐτὸν δοῦλον, ψηφίσηται πραίτωρα, ἐλευθεροῦται, id est, *Sed si princeps sciens eum servum esse, prætorem designaverit, liber fit*: delatio peæturæ manumissio est, & reddendum eeit pretium domino ex ærario, ut diximus *sup. tit.* 13. Et ita est intelligendum, quod ait *d. l. Barbarius*: *Sed etsi scivisset servum esse, liberum effecisset*, id est, ex sola designatione præturæ, tacito intellectu liberum eum effecisset. At quia populus ignoravit conditionem ejus servilem, non intelligitur factus liber, nec proinde prætoe, sed tamen D acta confirmantue propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, & auctoritatem publicam, quia nixus obrepsit ad præturam. Et hoc multo magis ea lex ait esse observandum in principe, ot scilicet, quem sciens princeps servum prætorem fecerit, eum intelligatur perduxisse ad libeetatem, quia beneficia Principum sunt quam plenissime ioterpretanda, ut ait *l. beneficia, D. de constit. Princip.* & non idem dicitur de rogatione populi: at nuda voluntas Principis liberum facit, tacita voluntas, *l. apud eum, in fi. D. de manumiss.*

Ad L. V. Cum eorum, qui principalitet *fisco tenebantur, bona ea lege fidejussoribus procurator tradi jusserit, ut ipsi indemnitatem fisco peæstaeent, nec à sententia ejus intercesserit provocatio: consequens est datæ formæ obtemperari.*

E NOtandum præterea ex *l. 5.* procuratorem Cæsaris, apud quem soerat conventus debitor fisci (qui quidem fiscus semper habet tacitam hypothecam in bonis sui debitoris) eum ita sententiam tulisse, *ut bona debitoris fisci traderentur fidejussori ejus ea lege, ut fidejussor fisco immunitatem peæstaret*: quæritur, an valeat sententia? Dubitandi causa est, quia non expressit certam quantitatem, sed dixit generaliter, ut fidejussor indemnem fiscum servaret: hæc tamen dubitatio removetur *l. 2. tit. seq.* quod si de certà quantitate actum sit, eam ipsam quantitatem judex in sententia exprimere videatur, dum jubet indemnitatem præstari. Sed est etiam alia causa dubitandi in *d. l. 5.* quia licet ante Ju-stinia-

stinianum *Novel.* 4. fuerit in electione privati creditoris prius convenire principalem debitorem, vel fidejussorem, tamen ea electio nunquam fuit data fisco: debuit fiscus conveoire, & excutere debitorem principalem prius, quam fidejussorem ejus, *l.1. inf. de conven. fisc. debitorib. lib.10. Et l. Moschis, de jur. fisc.* Moschis est nomen muliebre, ut apud Afranium, *ubi hæc Moschis, quæso habitet meretrix Neapolitis?* & in antiqua inscriptione: *Heic sita est illa pia, frugi, casta, pudica Sempronia Moschis, cui pro meritis gratia a conjuge relata est*, & potissimum ea lex Moschis docet, à fisco non posse conveniri fidejussorem debitoris sui ante excussum debitorem principalem; & tamen in specie *l.5.* prius videtur conveniri fidejussor, dum misso debitore, jubetur fidejussor debitoris indemnitatem fisco præstare. Ergo videtur justa non esse sententia. Quod assumpsi negaodum est: Nam sane prius fuit conventus debitor principalis, quod apparet ex bonis debitoris translatis in fidejussorem jure hypothecæ tacitæ, ea lege, ut fidejussor solvat fisco, quod ei debetur.

Ad L.VIII. Libera quidem Theodora, *quam ex emptionis causa, vel in solutum creditori traditam proponis pronuntiata: citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum si mota quæstione, præmissa denuntiatione ei, qui auctor hujusmodi mulieris fuit, judicatum processit: quanti tua interest empti si emisti: vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.*

PRæterea notandum ex lege octava, quæ rectius fuisset posita sub titulo de evictionibus cum *l. si cum quæstio, & l. seq.* quæ idem volunt, quod hæc *l.8.* quæ potissimum est de evict. Notandum, inquam, est, mulierem esse venditam, tanquam ancillam, & traditam, vel etiam fuisse datam in solutum creditori, quæ in solutum datio imitatur venditionem, *l.4. inf. de evict.* Et ideo non tantum venditor tenetur emptori de evictione, si forte emptori jure, judicioque res evincatur, sed etiam is, qui in solutum dedit, quia quasi venditor est. Porro ea mulier postea libera pronuntiata est: non quærit, an valeat sententia, ergo non pertinet hæc lex ad hunc titulum de sententiis, &c. Sed quærit an emptor, cui evicta est mulier, vel an is, cui data erat in solutum, regressum habeat adversus eum, qui ei eam mulierem tradidit ut ancillam; Et ait, quod si ille, qui mulierem accepit ex causa emptionis, vel solutionis, laudaverit auctorem suum, *s'il a appellé pour son garant*, si ei denuntiavit, ut liti motæ adsisteret, & res evicta sit, eum in venditorem habere actionem ex empto in id, quod interest evictionis nomine, vel creditorem habere actionem creditæ pecuniæ sui crediti repetendi causa. Quod potissimum cum statuit, atque solum hæc *l.8.* manifestum est eam potius pertinere ad titulum de evictionibus.

Ad L.X. Nulli, qui statuendi *non habet facultatem, interdicere patria cuiquam permittitur.*

POstremo notandum est *l.10.* cum ait, *Nulli, qui statuendi, &c.* Ut major sit causa dubitandi, ponendum esse legem loqui non de judice dato, vel delegato, qui cognitionem tantum habet, non jurisdictionem, sed loqui etiam de magistratu, qui merum imperium non habet, id est, qui coercitiooem non habet, qui statuendæ pœnæ, vel indicendæ jus non habet, ut hic nec patria quidem interdicere possit, puta magistratus municipalis, ut interdicere patria nemini possit, qui etiam mulctam dicere non potest: nam hi tantum mulctam dicere possunt, qui sunt ordinarii judices, *l. aliud, §. pen. ff. de verb. sign.* quibus publice judicium est, id est, qui ordioarii sunt judices, nec possunt etiam pœnam infligere, & recte Haloander in hac *l.10.* scripsit, *interdicere patriæ*, ut omnes veteres codices habent, non *patriam*, ut in *l.7. §. dubitatum, D. de interd. & releg. Interdicere provinciæ*, ut in 12. tab. *uti legassit super pecuniæ, tutelæve suæ*. Et in alio capite, quod ita restituo: *Qui coronam peperisse pecuniæ virtutive suæ arguitur, ei mortuo, parentique ejus, dum intus positus est, forisve fertur se fraude, id est, sine fraude compositus esto.*

Ad L. ult. Cum solitum est *in sententiis judicum, sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus, ante definitivam sententiam ad appellationis, vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam, nec judicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare: Cum enim simul utrumque vocabulum ponitur, tam appellationis, quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi: putabant, quod nec recusare quidem judicem cuiquam concedatur ante litem contestatam: quod minime vetitum est. Caveant itaque judices hujusmodi sermonem simul, & sine certa distinctione proferre.*

INter cætera, quibus distant interlocutiones à sententiis, hoc unum est, quod à sententiis appellari potest, non etiam ab interlocutionibus, à sententiis appellari potest, nisi dictæ sint à principe, vel à præfecto prætorio, vel etiam à Senatu, ex constitutione D. Adriani, *l.1. D. à quibus appellare non licet*: Nam ante Adrianum à Senatu poterat appellari Princeps. Tacitus 16. *Quidam Senatores Majestatis rei in Senatu accusati, appellato Principe evaserunt*. Et apud Dionem quoque 59. *Multi è patribus à Senatu provocant ad Caligulam Imperatorem*. Ab interlocutioo ibus autem appellari non potest jure civili, nisi scilicet in civili judicio judex interloquatur habendam quæstionem: vel criminali, si contra leges id faciat, *l.2. D. de appellat. recipiendis*: At regulariter ab interlocutionibus jure civili appellari non potest, quod mirum videri non debet: Nam & in judiciis hoc solemne erat, ut judices interloquerentur, & vetarent ante sententiam recusationem, vel appellationem ioterponi. Quam solemnem, & usitatam interlocutionem non improbat quidem Justinianus in hac *l. ult.* sed hoc vult tantum, ne sicut in illa interlocutione judices solent recusationem appellationi parem facere, dum interloquuntur, ne ante sententiam fiat recusatio, vel appellatio: ita nos passim aliam alii in omnibus causis parem faciamus: aut ne ex illa solemni, & usitata interlocutione argumentum ducamus in omnibus causis conjungendæ recusationis cum appellatione, vel appellationis cum recusatione: Nam etsi verum sit, post litem contestatam dicta sententia, neque recusationem, neque appellationem interponi posse, ante litem contestatam tamen recusatio fieri potest, videlicet à die dati libelli conventionis in 20. diem *ex Novella* 53. *&* 82. licet appellatio æque non possit interponi ante litem contestatam. Denique recusatio fieri potest ante litem contestatam, non etiam appellatio: non sunt igitur per omnia pares. *Recusationem* appello refutationem, & rejectionem judicis, quæ fit libello, vel apud acta, *l. ult. sup. de judic.* parte, cui displicet judex datus à magistratu, dicente *Hunc nolo judicem mihi dari*, vel ut apud Asconium Pedianum: *hunc dejero, iniquus est*. Hæc rejectio ante litem contestatam fieri debet, non post: quia litem contestando consensimus in judicem, & in quem semel consensimus, postea eum honeste rejicere non possumus, *l.12. & l. apertissimi, sup. de judic.* Hoc tamen ita accipiendum est, ut ante litem contestatam judex datus à magistratu recusari possit etiam non redditis causis, hoc uno verbo: *Hunc nolo judicem: post litem contestatam nonnisi redditis justissimis causis, ut in capitulo super eo 2. de appellat. cap. insinuante, de offic. delegati, cap. inter monasterium, de sentent. & re judic.* Loquor de judice dato à magistratu, de judice delegato: Nam magistratum ipsum non invenio olim recusari potuisse, quia nec jure ordinario judicabat, sed judices dabat: sed cum magistratus judicat extra ordinem, ut hodie omnia judicia sunt extraordinaria, sane dicam recusari eum posse proinde, ac judicem delegatum ex *Novella* 96. Est etiam alia differentia inter recusationem, & appellationem, quod judex datus ex consensu utriusque partis

recu-

recusari non potest, d. *l. apertissimi*, & ab ejus tamen sententia appellari potest, *l. ex consensu*, *D. de appellat.* Nisi sit Episcopus, *l. 8. sup. de Episcopali audientia*. Judex edititius solus recusari potuit, id est, quem una pars tantum elegisset; *hunc edititium judicem* vocat M. Tullius pro Plancio, & pro Muræna, & Servius in illum locum Virgilii egl. 3. *nec quemquam fugio*: id est *consentio in judicem edititium*. Edititius autem judex est, quem una pars elegit. Hunc, vel reiicere possum, vel etiam ipse seligere, aut electionem adversarii approbare, non eum, quem dederit magistratus utriusque consensu.

AD TITULUM XLVI.

DE SENTENTIA, QUÆ SINE CERTA QUANTITATE PROLATA EST.

QUOD dictum est titulo superiori l. septima, & nona: *Sententiam certis finibus concludi*, id ita specialiter declaratur in hoc titulo, *ut sententiam certam esse oporteat*, id est, certæ pecuniæ, vel certæ rei, certive corporis: Sententia enim est finis judicii: non est autem judicii finis, quæ est incerta, & infinita: denique non est sententia. Et velim in hoc titulo subintelligi, vel certa re, ex *§. curare*, *Instit. de act.* Certa autem est pecuniæ quantitas, vel certæ rei qualitas, non tantum si exprimatur in sententia nominatim, sed etiam si intelligatur, & repeti possit, vel ex libello conventionis, vel instrumento obligationis, vel parte aliqua actorum, *l. 3. hoc tit. l. 5. §. ult. & l. 59. D. de re judic.* vel etiam ex legibus ipsis, & jure publico, ut in specie *l. 1. hoc tit.* si ita judex pronuntiet: *Lucio Titio Cajum Sejum ex causa venditionis centum debere videri: cujus pecuniæ quo ad eam persolverit, Lucio Titio Cajum Sejum usuras dependere placet.* In hac sententia non exprimitur quantitas usurarum, sed intelligitur satis ex jure ipso, quo constat usuras judicati olim fuisse binas centesimas, hodie esse singulas centesimas ex titulo *de usuris rei judicatæ*. Ideoque rata est sententia, quia judex intellexit de dependendis usuris legitimis, id est, usuris rei judicatæ lege definitis. Et ita est explicanda lex prima circumscripta tota glossa. Et præterea notandum: diem legitimum judicati faciendi, solvendi, implendi, qui ex lege duodecim Tabularum fuit triginta dierum, postea fuisse duorum mensium, & postremo; quatuor mensium, diem, inquam, legitimum judicati faciendi, *pour payer sa condamnation*, qui humanitatis causa lege datur condemnatis, judicem non tantum prorogare posse, vel coarctate, ut ait *l. 2. ff. de re jud.* sed etiam ne dare quidem ullum diem faciendo judicato, si causa, aut persona exigere videatur, ut puta, si jubeat usuras præstare à die datæ sententiæ, quoad sors certa, quæ in condemnationem deducta est, persoluta sit. Notandum etiam est ex *l. 2.* ratam esse sententiam, & justam, si procurator Cæsaris fisco, vel si procurator Reipubl. indemnitatem præstare jubeat Reipublicæ. *Jubere* est verbum commune sententiæ, & interlocutioni. Si, inquam, indemnitatem fisco præstare jubeat, non adjecta certa quantitate, ut in *l. 5. sup. tit. prox.* Quod velim vos accurate observare, tantum scriptum esse de fisco, & Republica, ne existimetis privato homini, aut in privatum hominem ita dictam sententiam, ut ea jubeat judex indemnitatem adversario præstari, valere: Nec enim valet, quia est incerta sententia. Et cur tamen aliud est in fisco, & Republica? quia fisci, & Reipublicæ publicæ sunt actiones, & certæ, ex quibus certo peti potest, quid fisco, aut Reipublicæ debeatur: Faciunt enim fidem, ut propterea satis sit, si quis jubeatur indemnem præstare fiscum, vel Rempublicam: ac præterea usuræ, quæ debentur fisco, aut Reipublicæ legibus sunt definitæ, puta, ne sint majores semissibus, *l. cum quidam*, *§. si debitores*, *D. de usur. l. Septicia*, *D. de pollicit.* At privatæ, & domesticæ rationes

A non sunt certæ, neque fidem faciunt, sicut nec privatæ subnotationes fisci fidem faciunt, nec privati breves. (Id appellant Galli *les papiers des comptes particuliers*, *comme les memoires*) *l. exemplo sup. de probat.* Et præterea, ut Asconius tertia contra Verrem, *vetus consuetudo cessavit privatim diligenter, & summa cum fide conficiendarum rationum*, quod plerique ex suis rationibus damnarentur, & ex suis tabulis revincerentur: Nam olim rationes privatæ expensi, & accepti à patribusfamilias conscriptæ diligenter faciebant plenam fidem, ut demonstrat Oratio *pro Roscio Comœdo*, & Gellius *lib. 14. cap. 2.* dum inter genera probationum numerat expensilationem. Ergo quod est *in hac l. 2.* de Republica, & in *l. 5. sup. tit. prox.* de *fisco*, ne trahamus etiam ad privatos propter illam rationem differentiæ. Et præterea ob-

B servemus ex d. *l. 2.* curatorem Reipublicæ, qui & olim dicebatur logista, & pater civitatis, & Reipublicæ, fuisse judicem rerum ad civitatem pertinentium, *l. ult. D. de offic. assess. l. 3. sup. de modo mulct.* procuratorem autem Cæsaris fuisse judicem rerum fiscalium inter fiscum, & privatos: ut ille inter Rempub. & privatos. Et his cognitis concludamus, *alias sententiam sine certa quantitate prolatam ipso jure nullam esse*. Ex quo sequitur eam rescindi sine appellatione, & nec nomen sententiæ mereri, *l. ult. sup. de sent. ex peric. recit.* & ex integro caussam agi posse alio judice dato, ut in *l. 4. quom. & quando judex, &c.* & *l. 4. hoc tit.* Et præterea ex ea sententia non nasci actionem judicati, ut ait *l. 3. hoc tit.* In qua propo-

C nitur sententia lata his verbis: *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve*. Ubi primum observandum est, sententiam concipi verbis directis, id est, imperativis *solve*: ut in *l. 4. quæ bona fide accepisti, solve*. Quæ verba sunt trajecta, & rectius collocata in Basilicis hoc modo: *ἅπερ ἐδέξω, πίστει ἀγαθῇ κατάβαλε*: *quæ accepisti bona fide, solve*. Et ita etiam verbo directo concipitur sententia *l. 59. D. de re jud. & l. quid tamen, §. pen. D. de recept.* In utraque autem *l. 3. & 4.* verum est, nullam esse sententiam ipso jure, quia non exprimit certam quantitatem, quam solvi oportet, nec repeti potest ex actis, quod ponit omnino utraque lex. Et in *l. 4.* mulier repetebat dotem soluto matrimonio apud extraordinarium judicem, id est, alienum, & non congruum, puta, petitum ab Imperatore extra ordinem, & datum,

D ut apud Paulum 5. *Sentent. tit. 5.* & in *l. 2. sup. de dilationibus*. Et hanc incertam sententiam tulisse, hoc modo: *Quæ accepisti bona fide, solve*, & non apparere, quæ acceperit ullo instrumento: Ideo ait alium judicem esse dandum, apud quem causa ex integro agatur, quoniam extraordinarii judicis sententia pro non lata est, quia incerta est, nec alionde certa reddi potest.

AD TITULUM XLVII.

DE SENTENTIIS, QUÆ PRO EO, QUOD INTEREST PROFERUNTUR.

QUOD dixit superiori titulo, *sine certa quantitate prolatam sententiam non valere*, verum est, etiam si incerta petitio fuerit actoris, incer-

E tusve libellus conventionis, *l. ult. sup. tit. prox. l. ult. sup. de annal. except.* vel si egerit de incerta quantitate, *§. curare*, *Inst. de action.* ut si egerit in id, quod interest, cujus incerta est quantitas, & per hoc actio in id, quod interest, incerta, vel incerti actio dicitur passim in jure, quacunque ex causa agatur: Nam & cum incerti agitur in id, quod interest, si id judex censeat esse præstandum, eo nomine debet facere condemnationem in certam quantitatem, condemnationem taxatæ quantitatis, ut ait *l. 3. in fi. inf. de inutil. stip.* Et taxatæ quantum possibile est, ut ait *d. §. curare*: & in const. *h. t.* Justinianus etiam ait, *se prout possibile est πρὸς τὸ ἐνδεχόμενον, posuisse taxationem condemnationi in id, quod interest*: Nec enim facilis ea positio est, quia non liquet utique semper qua-

quatenus cujusque intersit, propterea quod ea res pendet ex facto, non ex jure, *l. quatenus*, *D. de reg. jur.* Jus certum est, & finitum: facti causa, id est, hypotheseos, ex qua ducitur ratio ejus, quod interest, ut varia est, ita variam inducit, aut nullam rationem ejus, quod interest, *l.112. §. ult.D. de verb.oblig. l.si quis ab alio, D. de re judic.* Pro cujus varietate varia etiam inducitur ratio ejus, quod interest, modo major, modo minor, quam sit res, circa quam ea incidit utilitatis ratio, modo rei omnino compar. Et ut facti causa plerunque obscura, & difficilis probatio ejus, ut in *l. 3. D. de inter. in jur. fac.* ita difficilis est plerunque probatio, & enucleatio, sive definitio ejus, quod interest, *l.ult. D.de prætor. stip.* Quod fit, ut eadem l. ait, ut in incerto, in dubio, in obscuro sæpe judices, qui sunt æstimatores ejus, quod interest, æstimationem ejus, quod interest, redigant ad exiguiorem summam, secundum id, quod dicitur, in obscuris exiguum esse sequendum: vel etiam hujus difficultatis, & incertitudinis vitandæ causa contrahentes ab initio in stipulationibus, quæ in id, quod interest concipiuntur, comprehendunt certam quantitatem, ne obscuritate distineantur definiendi, & æstimandi ejus, quod interest: & ut ipsi potius initio contractus qualem qualem, certam tamen ejus, quod interesse possit, æstimationem faciant, si aliter fiat, quam convenit, vel si non fiat, quod convenit, *d. l.ult. D.de prætor. stipul. §.ult.Instit. de verb.obligat.* Et ut ostendamus quam varie ineatur ratio ejus, quod interest, ejus plerunque nihil interesse deprehenditur ex re ipsa, & facto ipso, negotio ipso, vel eventu ejus, & exitu: aliquando pluris interest, quam sit in rei pretio, qua de agitur, ut in *l.1. D. de act.empt. l.6. D.de vi, & vi armata*. Dicitur alias plus, alias minus interesse, quam quanti res est. Sumamus, quod est prius, alias pluris interesse, quam quanti res est, id est, quam sit in rei pretio, ut in hac specie, si vinum, quod mihi venditum est non tradatur, & agam in id, quod interest ex empto, consequar non tantum pretium vini, quod prænumeravi, sed etiam id, quo pluris hodie vinum est, quia id haberem, id est, id meo cessisset lucro, si vinum mihi traditum fuisset in tempore, si in eo tradendo moram non fecisset venditor: Et hoc ita ostenditur in *l. si sterilis, §. cum per venditorem, de action. empt.* qui locus alibi explicabitur. Aliquando vero minoris interest, quam sit in rei pretio, ut in *l. 9. in fi. D. ad exhibend.* Sic Florentiæ rectissime scriptum, *utilitatem actoris*, id est, id quod interest, quod innumeris locis dicitur *utilitas*, *minoris esse*, *quam rem*, ut in hac specie: Egi ad exhibendum mihi servum meum, quem alius possidebat, cui alieno testamento legata erat optio cujusdam rei, videlicet servi, vel rei, ex pluribus servis, aut rebus, ut unam optaret, quam vellet, quæ tamen optio ejus rei minoris erat, quam servus ipse, cui legata optio erat. Finge datam optionem pecudis ex grege, & præstare servum pecudi, interim vero servum interiisse suo fato, non dolo, aut culpa possessoris, antequam jussu meo optaret, ut requiritur: Nam legatum optionis comparatur legato hereditatis delatæ servo, quia ut hereditatem adire servus non potest, ita nec optare sine jussu domini, *l. 10. de leg. 1. l.25. in princip. D. de lib. causa*. Igitur antequam jussu meo optaret, mortuus est sua morte. Quid consequar actione ad exhibendum? Legati amissi æstimationem, non servi suo fato mortui, quia sine dolo, & culpa possessoris mortuus est, *l. 15. §. ult. de rei vindic.* Sed consequar æstimationem legati amissi, quod haberem, si servus mihi statim redditus fuisset: Nam jussissem eum statim optare: denique pro modo tantum ejus legati mea interesse intelligitur, & judex tantum habebit rationem legati amissi, quod cum minoris sit, ut dixi, quam servus amissus, apparet minus esse id, quod venit in rationem ejus, quod interest, quam rem ipsam. Aliquando id, quod interest non egreditur pretium rei: scilicet idem est pretium rei, & id quod interest; nec plus, aut minus id, quod interest, quam pretium rei, ut in specie *l.3. §.condem. de tab.exhib.*

A Si legatarius agat interdicto de tabulis exhibendis, in quibus sibi legatum relictum est, in quantum sua interest tabulas exhiberi, eis non exhibitis, quantum est in legato, tantum veniet in æstimationem ejus, quod interest, nec amplius: ut item in specie *l. pen.D. quibus ex causis in poss.* si legatarius missus sit in possessionem rerum hereditariarum decreto prætoris, legati servandi causa, cum ei non caveretur legati nomine, nec admissus sit in possessionem ab eo, qui erat in possessionem, interdicto *ne vis fiat ei*, *qui in possessionem missus est*, nomine ejus, quod interest, id tantum consequetur, quod est in legato, non amplius, ut & in *l.si vendidero, §.1.de furt.* si dominus agat furti, tanti interesse intelligitur, quanti res subrepta valet: idque rei pretium duplatur, aut quadruplatur in actione furti pœnali. Et ita etiam in *l.si*
B *sterilis*, *§. cum per venditorem*, *D. de act.empt.* in illo loco pretium tritici, id quod interest exæquat pretium tritici. Et similiter in *l.1. sup.de his, qui à non dom. manum.ut pretium eorum*, inquit, *dominis*, *si hoc elegerint*, *non domini*, *qui eos manumiserunt*, *dependant*, *quanti sua interest*: Ubi Thalelæus: [illegible], &c. Nota, inquit, *quod vocavit pretium*, *mox eum appellare τὸ διαφέρον*, id est, *quod interest*, *tanquam idem sit pretium*, *& id*, *quod interest* in ea specie, & ita quod est pretium in *l. 15. §. ult. D. de rei vind.* ut si homo petitus rei vindicatione mortuus sit sine dolo, & culpa possessoris, pendente lite, quia res sua domino moritur, & perit non alii, à quo dolus, & culpa abest, ejus servi pretium non esse præstandum actori, nisi eo casu mortuus sit, qui non incidisset, si actori in tempore servus redditus fuisset. In eadem spe-
C cie, eademque sententia est *l.de eo,§.si post,D.ad exhib.* quod illa vocavit *pretium*, vocat *id*, *quod interest*. Sunt igitur casus, facta, negotia, lites, in quibus id, quod interest non egreditur rei pretium, & ubique spectatur, aut verum justumque pretium, quod approbat communis usus, quod in foro sequuntur omnes; aut spectatur pretium, quod numeratur, ut ait *l.1. ff.de act.empt.* quanti res valet, vel empta est: pretium autem, quod affectus, vel utilitas singulorum statuit, non veritas, nunquam spectatur. Nec igitur ullum est, ut Doctores vocant, *interesse singulare*, id est, quod intersit pro affectu cujusque, id est, quod æstimetur affectu, non pretio: sed vel pretio, id quod interest æstimatur vero, & justo, vel pretio convento, aut interdum supra, vel infra pretium verum, aut conventum: pretium, quod affectus cu-
D jusque facit, nunquam spectatur. J.C. ait in *l. pretia in princip. D. ad l. Falcid.* Pretia non ex affectu, & utilitate singulorum, sed communiter fungi, id est, non singulariter, sed communiter rerum pretia æstimari, non ex affectu, aut utilitate singulorum, sed ex communi usu, atque consensu res pati pretia, quod est fungi, ut apud Lucretium sæpe fungi, id est, pati. Ergo facessat pretium procul hinc, quod affectus statuit, & iterum dicamus, id quod interest æstimari pretio rei vero, aut convento: Et interdum supra pretium, interdum infra. pro qualitate facti, pro eventu negotii gesti: quamobrem recte dices, certam non esse definitionem ejus, quod interest, id est, taxationem ejus, quod interest: ut de mora dicitur in *l. mora*, *D. de usur.* Difficilem esse definitionem moræ, id est, difficile esse certo definire, quando
E mora facta esse intelligatur, hoc non posse decidere ullam legem, ullamve constitutionem, quia facti est, non juris quæstio, est judicialis, ut ait *l. Lucius*, *de mandat. l. Mævia, §. pen.D.de ann. legat.* non quæstio juris, quæstio, quam non possit definire Jurisconsultus, sed judex tantum, vel arbiter, propterea quod pendet ex facto, & pro varietate facti alias intelligitur facta mora, alias non esse facta. Et ita Aristo. 4. Ethicorum, τοῦ ἀορίστου, καὶ τὸν κανόνα εἶναι ἀόριστον, id est, *incerti incerta regula est.* Non potest incertum, de quo tractatur, oratione facile determinari, quod ejus definitio pendeat ex singulis rebus, ex facto, & iis, quæ sensibus subjiciuntur: qua de causa recte dices etiam quæstionem de eo, quod interest, id est, quatenus intersit, esse quæstionem ju-

A dicialem, facti, non juris, & difficilem tamen ipsi judici explicatu, quia alias plus, alias minus, alias tantundem, alias nihil interest. Quamobrem Justinianus ait hoc tit. *quatenus potest judici, in cujus arbitrio posita est taxatio ejus, quod interest, legem datam, quam sequatur, neque excedat in æstimatione ejus, quod interest*. Et recte judici soli: Nam etsi aliquando æstimatio ejus, quod interest, permittatur adversarii jurejurando in litem, ut ipsemet æstimet quanti sua intersit, *l. semper, §. in hoc interdicto, D. quod vi, aut clam.* tamen id jusjurandum judex moderari, & refrenare, imo nec sequi potest, *l. videamus, l. in actionibus, D. de in lit. jur.* Ut inde appareat semper taxationem ejus, quod interest, pendere ex arbitrio judicis, quam ut certam faciat, datus est hic titulus post titulum *de sentent. quæ sine certa quant. profer.*

B ut scilicet etiam si actum sit, in id quod interest, quæ res incerta est, tamen sententia sua certam eam faciat judex, damnando in certam quantitatem eum, qui tenetur in id quod interest. At ex arte definitio ejus, quod interest tradi potest hodie facillime: Nam non est credibile quantum superiores interpretes laborarint in quærenda definitione ejus, quod interest. Memini me in his disputationibus audiendis, multum consumpsisse temporis, nec quidquam per eos profecisse: si quis autem teneat materiam, sive quæstionem totam, ei sit facillimum non unam tantum dare definitionem, sed plures ex arte confectas, & omnes ex legibus nostris. *Id quod interest, est incommoditas rei, vel actoris, quæ culpa adversarii contingit*: aliter: *pecuniariæ quantitatis ratio, quæ ad nos pertinet*: Nam id quod interest, in æs redigitur. Vel

C aliter: *quod per adversarium amisimus, aut habere non potuimus*, ex *l. generaliter, D. de reg. jur.* Aliter, *id, quo jus nostrum deterius factum est culpa adversarii*, ex *l. etsi post tres, D. quis caut.* Aliter: *Id, quod interest, est quod mihi abest, quodve lucrari potui*, ex vulgatissima *l. si commissa, rem ratam haberi*, cui potest addi *l. ult. D. si mulier ventris nomine in possess.* illo loco, *id quod abest*, vel melius, quoniam, ut ante dixi, passim in jure id, quod interest, dicitur *utilitas*, ut nuper, cum dicebam Barbarii decreta sustineri propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, id est, propter eos, quorum interest, in *tit. de eo, quod certo loco*. Utilitas semper est, quod interest, & ferme in omnibus legibus, quas ante adduxi. Unde ita dicamus. *Id, quod interest est utilitas, quæ mihi abest, quamve adipisci potui, nisi mihi obsti-*

D *tisset adversarius. Vel est utilitas, quæ mihi obvenisset, si neque damnum mihi datum, neque lucrum interceptum fuisset. Non est damnum, quod quis mihi dedit: non est lucrum, quod mihi quis intercepit*, damnum emergens, ut loquuntur, vel lucrum cessans, *sed utilitas, cui fuit impedimento damni illatio, vel interceptio lucri*. Atque hoc ita exposito, sequitur ut nunc videamus, quem in ea re modum judicem servare Justinianus velit. Et separat quidem Justinianus casus certos ab incertis, & casus vocat themata, ut est in Basilicis, *pro in omnibus casibus* ἐν πᾶσι τοῖς θέμασι, quas Julianus noster multis in locis vocat *propositiones*. *Et casus certos* definit esse eos, qui certam habent quantitatem, vel naturam, quibus directo, & principaliter proponitur agi de certa pecunia, vel de corpore certæ rei, ut natura nihil aliud sit, quam

E substantia certi corporis. Et dat pro exemplo venditiones, quia certum pretium habent, & taxatam quantitatem, *l. 1. sup. de rer. permutat. §. pretium, Instit. de empt.* Et rem quoque certam, raro incertam, nec nisi cum aleam, aut spem emimus: Nam & aleæ, & spei emptio est, *l. nec emptio, D. de contr. empt. l. si jactum, D. de act. empt.* ut si quis emat jactum retis, quod in idiotismo dicimus, *acheter un traist*, incertum emit, vel si quis emat avium, aut ferarum, aut regiæ sparsionis captum. Dat etiam pro exemplo locationes, quod & in iis certum pretium esse oporteat, id est, certam mercedem, sive pensionem, quæ sæpe pretium dicitur, & rem certam. Sed interdum etiam incertam, ut si quid faciendum locavero certa mercede constituta. Et postea generaliter Justin. addit,

A ut ex omnib. contractibus certum condici possit, *l. certi cond. D. de reb. cred.* Et his omnibus casibus, qui habent certam summam, vel certam speciem, sive rem, Justinianus definit, id quod interest non posse excedere dupli quantitatem, id est, duplum ejus rei, de qua principaliter agitur, sive quæ in judicio vertitur potissimum, ut, nam appositione exempli opus est, si per venditorem mora fiat, quo minus res tradatur, quæ venit, & agat emptor ex empto quanti sua interest rem habere, pretium consequetur, quanti rem emit, si prænumeraverit, & hoc amplius, quanto pluris ea res hodie est, *l. 1. in princ. l. si sterilis, §. cum per venditorem, de action. emp.* modo id non excedat duplum: Nam si res empta sit decem, & ea res digna hodie sit 25. emptor non consequetur ultra viginti, id est, 10. pretii nomine, quæ prænu-

B meravit, & alia 10. id est, ὑπὲρ μέτρον nomine ejus, quod interest supra pretium rei, etiamsi forte pluris intersit: Pone emptorem prænumerasse pretium, quod Theodorus Hermopolites in hanc legem vocat προχρείαν, Latini dicunt *promutuum, & antecessum, avance*: Nam si emptor non numeraverit pretium, vel non satisfecit venditori eo nomine, venditor, qui rem non tradit, moram facere non videtur, quia potest retinere rem venditam veluti pignoris jure, donec ei adnumeretur pretium, *l. Julianus, §. offerri, ff. de act. emp.* Et ejus, quod interest non habetur ratio, nisi post moram. Posui etiam speciem in actione ex empto: nam post traditionem rei, atque adeo moram emptoris, si venditor agat ex vendito, quæ actio pretii dicitur in *l. 8. & 9. sup. de contr. empt. & l. 7. sup. de action. emp.* In eam actionem

C ex vendito, actionem pretii, non dicemus ex mora venire id, quod interest, sed ex mora venire usuras pretii, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur, *d. l. Jul. §. ex vend.* ut in actione ex locato, *l. cum quidam, §. ex locato, ff. de usur.* At sane hæ usuræ non proprie veniunt quasi usuræ; sed quod intersit venditoris, moram emptorem non adhibuisse in offerendo pretio, *l. socium, pro soc.* & ratio est, quia hæ usuræ propter moram non solventium inferuntur, id est, qui tardius solvunt, non propter lucrum petentium, *d. l. cum quidam, §. si pupillo.* Cedunt igitur hæ usuræ loco ejus, quod interest: fœnus infligitur propter lucrum creditoris, etiamsi ejus nihil intersit: sicut pœna in conventionem deducta recte exigitur etiam ab eo, cujus nihil interest, *l. cum pœna, ff. de receptis, l. stipul. §. alteri, ff. de verb. oblig.* Usura, quæ

D propter moram infligitur, non est fœnus, sed pro eo, quod interest, infligitur officio judicis ex tempore moræ, ut non male idem Theodorus in hac lege ita scribat, τὸ διαφέρον, ἢ τὸ τοῦ τόκου, confundens cum usuris id quod interest, quia scilicet exiguntur vice ejus, quod interest. Sed proprie *usura* est accessio quantitatis: id quod interest, accessio rei, vel corporis, quod utrumque infligitur ex mora. Et modus, & finis idem est utriusque, nempe duplum. Et utrumque etiam *pœna* dicitur recte: Nam *pœna est quidquid ultra sortem, & rem principalem exigitur*. Sed alia est pœna, ut dixi, quæ infertur etiam ei, cujus nihil interest ex conventione. Alia, quæ infertur ei tantum, cujus interest ut usura, & quanti interest, quod propter moram exigitur, & præstatur officio judicis. Et usura quidem illa pœna dicitur, *l. le-*

E *cta, de reb. cred.* illo loco, *pœnæ nomine*. Id a. quod interest, etiam pœna dicitur, *l. ult. ff. de eo, quod certo loco, & in Const. hoc tit.* cum Justinianus reddens rationem modi à se impositi æstimationis ejus, quod interest, id est, reddens rationem coarctatæ à se æstimationis ejus, quod interest, ait, *cum sciamus esse naturæ congruum eas tantum pœnas exigi, quæ cum competenti moderamine proferantur*. Pœnam vocat id, quod interest, quod ipse taxavit, atque finivit. Et verbum *proferatur*, est verbum istius *tit. de sent. quæ pro eo, quod interest*, & hujus loci sensus hic est, congruum esse naturali æquitati, ut sententiæ, quæ pro eo, quod interest proferuntur, proferantur cum modo æquo, & pari, ne modicæ culpæ, sive moræ gravis statuatur pœna. Æquius esse culpa citeriorem

pœ-

pœnam esse, quam pœna culpam, culpam omnem par odium, sive parem pœnam exigere, aut certe minorem potius, quam majorem, humanitatis hanc esse legem. Ex qua fit, ut in obscuris, quod minimum, in paribus sententiis judicum, quod mitius est, sequamur, & in dubiis quæstionibus juris, ut in medium eamus potius, quam in summum, aut imum: melius esse ad summum, vel imum, quam in summo, vel imo. Porro usura, sive sit fœnus, sive non sit, id est, quacunque ex causa infligatur, non potest excedere dupli quantitatem, *l. si non sortem*, *§. sup. duplum*, *ff. de cond. indeb.* Nam ubi usuræ æquaverint sortem, quod postea usuris pernumeratur, deducitur de sorte; ut si pretium sit 10. non potest venditor ex mora ab emptore consequi ultra 10. usurarum nomine: denique solutis 20. liberatur emptor & à sorte, & ab usuris, & extinguitur actio pretii: Et exemplo B usurarum idem vult Justinianus servari in casibus certis. Cum ponitus ratio ejus, quod interest, ut ne ponatur supra duplum. Denique in casibus certis, eundem esse modum usuræ, & ejus, quod interest. Idem etiam est modus pœnæ, quæ pro usuris, vel eo, quod interest in stipulationem deducitur: Nam & hæc servare debet rationem dupli, *l. Iulianus*, *§. ibidem Papinianus*, *ff. de act. emp. l.15. sup. de usur. l. pecuniæ*, *& l. pœnam*, *ff. eod.* Et ut alio exemplo demonstrem in casibus certis id, quod interest non posse excedere dupli quantitatem, id est, sorte principali altero tanto amplius esse non posse: Finge hominem emptum 10. & traditum emptori pretio numerato, emptorem in eum erudiendum impendisse 30. deinde evinci servum emptori, emptor actione ex empto, quanti interest evictionis nomine non consequetur à venditore 40. licet ejus tantundem intersit, C sed viginti tantum, quæ est species *leg. Titius*, *in fi. & l. seq. ff. de action emp.* Quæ lex sequens nominatim ait, venditorem non teneri ultra duplum in id, quod interest, ut plane quis ex illo loco possit tentare hanc taxationem Justiniani non esse novam, cum sit etiam prodita in *d. l.* Sed dicendum est in causa evictionis hoc tantum fuisse receptum, etiam ante constitutionem Justin. ut scilicet venditor ultra duplum periculum evictionis non subiret, quia scilicet moris erat, eo nomine stipulari duplam, *l. quod si nolit*, *§. quia assidua*, *de ædil. edic. l.2. D. de evict.* Et actioni ex empto tecite inest dupla, etiamsi non fuerit cauta, quod soleret caveri. Unde receptum est, ut actione ex empto non teneatur venditor emptori ob evictionem ultra duplum. At Justin. eandem D rationem dupli vult in omnibus causis servari, etiam extra causam evictionis, ut in exemplis supra expositis. Itaque nova est definitio Justiniani. Sed quamvis generalis sit, velim tamen ab ea excipi duos casus. Omnis definitio juris periculosa est: hæc periclitatur duobus casibus. I. in casu nauticæ pecuniæ, quæ navigat periculo creditoris, non debitoris: in ea nolim servari rationem dupli, si agatur de eo, quod interest propter moram debitoris, quia & certum est in ea non servari modum usurarum, id est, nauticæ pecuniæ usuras supra duplum deberi, *l.2. §. ult. D. de eo*, *quod cert. loc.* Ergo & id, quod interest in nautica pecunia supra duplum debebitur, id est, omne id, quod revera interest, etiamsi sit immodicum, quia exemplum usurarum porrectum est ad id, quod interest, ut plane videatur ubique esse sequen- E tium. Excipitur etiam ab hac generali definitione causa doli mali, ut si quis sciens dolo malo vendat rem alienam, vel si quis sciens vendat servum, qui est in causa libertatis, id est, statuliberum pro servo, hic ratione doli omnimodo præstabit id, quod interest, nec in eo servabimus rationem dupli, *l. id*, *quod Julianus*, *D. de act. emp.* Diximus satis de casibus certis. Sequitur ut dicamus de casibus incertis, qui scilicet quantitatem, aut rem non habent certam, atque finitam. In iis casibus Constitutio Justiniani ad finem dupli non taxavit id, quod interest, sed arbitrio judicis reliquit, ut ipse æstimaret pro sua religione, & æquitate in rei veritate, quanti intersit actoris, vel rei, cum ejus æstimatio venit in judicium. In casibus certis constitutio taxat id, quod interest, nec in eis ullæ aliæ sunt partes judicis, quam ut legis taxationem sequatur. In casibus incertis id, quod interest taxat officium judicis: ut si agatur de fundi possessione, quæ res est incerta, quia possessio, neque quantitate, neque corpore certo constat, quanti intersit possessionem retinere, quam alius interturbat, *l. pen. §. ult. uti possid.* officio judicis æstimatur, sive agatur interdicto *unde vi*, quanti intersit possessionem ereptam non esse. In quo judicio venit etiam omnis utilitas, id est, omne, quod interest actoris, æstimandum, sive taxandum arbitrio judicis, *l. 1. §. ex die*, *ff. de vi*, *& vi arm.* Item si agatur de restitutione operis, *quod vi*, *aut clam* factum est, quia restitutionis, sive, quod idem est, destructionis, & demolitionis, utpote facti, causa incerta est, quanti intersit restitutionem operis fieri officio judicis æstimatur, ut est nominatim scriptum *l. semper*, *§. in hoc interdicto*, *ff. quod vi*, *aut clam*. Et æstimatur ex rei veritate, non ex commentitiis allegationibus, vel excogitationibus partis adversæ, sed ex rei veritate, ut ait *l.9. §. ult. de qua*, *& aqua pluv.* Hoc est, quod Justin. ait in hac lege, *In casibus incertis*, *quod revera damnum inducitur*, *hoc præstari arbitrio judicis*. Et hoc quidem omne, quod revera damnum datum esse apparuerit. Idemque est, si agatur de eo, qui promisit, se opus facturum, se domum ædificaturum, nec fecit, quia facti causa incerta est ob id ipsum, quod facta non sunt, antequam perfecta sint, sed intellectu tantum abstrahuntur, & quæcunque in intellectu nudo consistunt, quæcumque sunt λόγῳ θεωρητά, quæ in jure consistunt, incerta, & immanifesta sunt. Hoc igitur casu non faciente promissore incerta, cessante promissore, fiet condemnatio in pecuniam numeratam, id est. in id, quod interest arbitrio judicis, *l. si quis ab alio*, *§. fi. ff. de re jud. l. stipulationes non dividuntur*, *ff. de verb. oblig.* Idemque est, si agatur de cautione præstanda, quia cautio nomen est juris, non corporis, & res incerta igitur: ut si quis promiserit *se satisdaturum pro Titio debitore*, nec satisdet, & conveniatur ex stipulatu, quanti revera intersit stipulatoris satisdari, & caveri sibi eo nomine, officio judicis æstimabitur. Ita ut si Titius in solidum idoneus sit, in nihilum æstimetur, quia revera nihil interest, atq; ita promissor absolvatur: Si vero Titius pro parte tantum debiti idoneus sit, id tantum æstimetur, quod Titius facere non potest: vel si Titius nihil prorsus facere possit, solida sors, quæ debetur, æstimetur, & præstetur ab eo, qui moram fecit in satisdatione præstanda, *d. l. si quis ab alio in pr. & l. 12. §. ult. qui satisd. cog.* Neque vero amplior sit æstimatio, quam dixi in hac specie, etiamsi forte alleget stipulator, timere se ne Titius, qui nunc est solvendo, postea fiat non solvendo, atque ita sua interesse dicat, ut sibi eo nomine satisdetur, quod Titius labi possit facultatibus, quia, ut ait *d.l. si quis ab alio*, istius vani timoris nulla est æstimatio, nullaque habenda à judice ratio, ut ait *l. 6. ff. qui*, *& quibus ex caus. manumis.* Adventitii casus computandi non sunt: Quot enim casibus sunt obnoxia negotia hominum? Quod si spectaveris rationem ejus, quod interest, deduxeris in immensum, & in infinitum. Igitur casus adventitii computandi non sunt, id est, habenda non est ratio eorum, quæ extrinsecus evenire possunt, non etiam in re ipsa insunt naturaliter. Et hoc exemplo adhibito ex *d.l. si quis ab alio*, possis luculenter explicare, quod ait Justin. in hac *l. in casibus incertis judicem æstimantem id*, *quod interest*, *id non debere metiri ex quibusdam machinationibus*, *ne res abeat in infinitum ex omnibus allegationibus partium*, *& technis*, *& perversionibus partium inexplicabilibus*, *ut Theodorus loquitur*, *ἀπό τινῶν ἐπινοιῶν λεπτῶν*, *καὶ διαστροφῶν*, *ex minuciis*, *& subtilitatibus quibusdam à partibus excogitatis augendæ rationis ejus*, *quod interest gratia*, *sed judicem spectare debere*, *quod in rei veritate damnum datum esse*, *aut lucrum interceptum esse apparuerit adversarii culpa*: Nam in ratione ejus, quod interest, semper non damni tantum, sed etiam lucri

cri intercepti habenda ratio est. Quod & veteres juris auctores ita definiisse Justiniaous ait hoc loco, & probat ipse. Idem potest ostendi ex *l.si in lege*, *§.colonus*, *ff. loc. l.2. §.ult. ff.de eo, quod certo loco*. Theodorus in hanc legem utitur tribus exemplis. Primum tale est. Ago in te, quod Lucium Titium me heredem instituere volentem, testamentum facere prohibueris: Ago actionem in factum in id, quod interest. Et mihi eo nomine esse actionem civilem ostendit *l.Lucius*, *§.Semprонia*, *ff.de leg.2. & l.1. sup. si quis aliquem test. prohib. & Novel.* 115. adjuncta Juliani interpretatione. Et inter cætera dico, per te factum esse, quo minus ad me perveniret ex ea hereditate prædium, quod in ea erat belle ædificatum, & amœnissimum, quod principi pretio immenso vendidissem, & etiam ne me mitteret Prætor in B cætera bona hereditaria, quæ paratis insanis emptoribus magno vendidissem. Judex non habebit rationem illius lucri adventitii, quod allego, & exaggero, sed æstimabit tanti, quanti revera hereditas fuerit, ut rerum pretia funguntur communiter, non insania emptoris, non negotiatoris industria. Secundum exemplum est hujusmodi. Promisisti mihi te intra certum tempus domum ædificaturum in loco quodam meo saluberrimo, & amœnissimo, & te cessante ago contra te in quantum mea interest, & dico mihi fuisse in animo, eam si domum ædificasses suo tempore, donare advenienti principi, à quo retulissem munera, & beneficia quamplurima, propter amœnitatem loci, qua Principes delectantur magis, quam utilitate: & ea commoda tibi reputari desidero in ponenda ratione ejus, quod interest, & te mihi eo nomine condemnari, quod per te factum sit, ne ad C me pervenirent hæc commoda: an ea judex spectabit? Non, sed id tantum spectabit, quod ob domum non ædificatam suo tempore amisi, vel quod ex re ipsa assecutus non sum, ut si magno propter culpam tuam coactus fui mihi conducere aliam habitationem, ut in *d.l.si quis ab alio*, *§.ult.* Postremo Theodorus utitur exemplo interdicti unde vi, in quo etiam veniunt fructus, & generaliter venit omnis utilitas, *d.l.1. §.ex die, de vi, & vi arm.* id est, omne id, quod interest: Nam nemo melius ex scriptoribus, quam Bartolus, definit id, *quod interest*, *utilitatem justam*, & ante plenius definivi, *esse utilitatem, quam haberem, vel assequi potuissem ex re ipsa, si mihi adversarius damnum non dedisset*, vel *lucrum, quod mihi obveniebat, si non intercepisset*: Nam, ut ante dixi, D utriusque ratio habenda est, id est, damni dati, & lucri intercepti. Porro in hoc exemplo interdicti unde vi, non audietur, si quis rem producat in infinitum, forte allegans, si possessio sibi erepta non fuisset, saturum se fuisse fundum, & fructus ex eo perceptos perlaturum in exteras regiones, quæ iis fructibus maxime indigebant, & ex ea negotiatione facturum ingentem quæstum: Nam judex non spectat compendium illud extrarium negotiationis, quod generaliter verum est, sive sint casus certi, sive incerti, ut in ponenda ratione ejus, quod interest, non observemus extraria, & adventitia lucra, sed quæ in re ipsa, vel ex re ipsa communiter existimantur, ut in *l.si sterilis*, *§.cum per vend. de actio. empt. l.ult. de peric. & commod. rei vend.* quod memini me satis exponere in tractatu ad Africanum *libr.8. l.si* E *fundus, loc.* ubi tradita sunt omnia, quæ pertinent ad dictum *§.cum per venditorem*: qui vult tantum æstimari id quod interest circa rem, puta pretium, quo empta est, vel quo hodie pluris est: Mutari enim pretia pro ratione temporum omnibus compertissimum est, non spectari compendium negotiat. non spectari industriam nostram, non spectari fatalem casum. Denique spectari veritatem tantum, quæ in re ipsa est, non quod extrinsecus accedit, id est, extra rem. Et ita in *l.2. §.ult. ff.qui satisd. cog. l. quoties quis, ff. de verbor. obligat.* Si quis caverit aliquem judicio sisti, nec illum sistat, eum condemnari in id, quod interest, *ubi*, inquit, *spectatur veritas, non quantitas*. Veritas, id est, vera quantitas, non quantitas deducta in libellum, *ce que le partie a articule*: non quantitas æstimata jurejurando in litem, quod potest judex non sequi urgente veritate rei. Ad extremum illud non omittam, etiamsi de casibus certis pro exemplo dentur venditiones, & emptiones *in hac l.* aliquando tamen rem incertam venire in actionem empti, quod attigi initio hujus tractatus, non peregi: ut si emero *bolum*, id est, jactum retis, & piscator postea pœnitentia ductus, nolit jactare rete, puta, quod animadvertit se nimis parvo pretio fuisse contentum, nimis parvo vendidisse fortunam captus. Tunc, ut ostendit *l.si jactum*, *ff.de action. empt.* id, quod interest, non redigitur ad finem dupli, sed hujus rei incertum à judice æstimandum est, id est, non quanti bolus emptus est, sed quanti bolus iste, sive incertum hujus rei venire possit, quod forte poterit pluris venire, quam emptum sit propter piscariam copiam ejus loci, in quo ut jactaretur rete placuit: at ut subjicit *d. l.* si piscator jactarit rete, & quod extraxit piscium reddere nolit, cum tamen pretium acceperit captus, vel ei offeratur, de quo convenit, ut plerunque in hoc genere negotii prius numeratur pretium, quam fiat jactus retis, ut ex aliis auctoribus mox comprobabo. Si, inquam, parvo pretio adnumerato, & deinde jacto rete piscator non vult reddere, quod extraxit, quod longissime exsuperet pretium, quod prænumeratum est, quod bolus sit pretiosior pretio, tum quia res, quæ empta est, certa esse cœpit, id quod interest non æstimabitur ultra duplum. Jactum retis appello *bolum*, quia & inde piscatores dicuntur *bolonas exercere*: Et etiam hodie hujusmodi homines vulgo *Boloaarii* appellantur in Landgothia, hodie *Languedoc*, quæ provincia dicta est à veteribus Gotthia, quod eam Gothi tenuerint, & Septimia in test. Caroli magni, quod constaret urbibus potissimum 7. Et de hoc genere emptionis, ut contrahatur, perspicue ostendit Svet. in *lib. de claris Oratoribus* his fere verbis: *Adolescentes cum Ostiam venissent: piscatores rete trahentes adierunt, & pepigerunt bolum, quanti emerent, & nummos prærogarunt*, id est, *solverunt*, ut heri solere dixi. *Extractis retibus piscis nullus infuit, sed sporta auri obsuta: tum emptores bolum suum esse ajunt, piscatores suum, est controversia scholastica, quæ tamen facile ex jure dirimitur, ut non jure emptores bolum illum suum esse intendant, quod de illo bolo intellectum non sit, sed de captu piscium.* Et simile est, quod Plutarchus in Solone refert, de Cois piscatoribus trahentibus sagenam, everriculum, sive rete, & Milesiis quibusdam mercatoribus ementibus bolum, & extracta tripode aurea, nullo pisce. De hoc genere contractus etiam Apulejus 1. *Apolog.* scribens de Philosopho quodam, qui emit jactum retis, & extractos pisces reddidit profundo, cum animadvertisset everriculum trahi à piscatoribus, fortunam jactus ejus emisse, & pretio dato jussisse illico pisces illos, qui capti erant, solvi retibus, & reddi profundo. Si jactaverit rete, & extraxerit pisces, casus est certus, in quo sit servandus finis dupli: si nolit jactare rete, casus est incertus, qui æstimabitur arbitrio judicis, tanti scilicet, quanti fortuna illa jactus vendi posset, etiamsi pluris vendi possit, quam empta sit. Denique ut concludamus, in casibus certis lex definit id, quod interest, & coarctat ad duplum: In casibus vero incertis, & infinitis taxatio permittitur judici, ita ut ipse nulli adstrictus rationi, vel taxationi possit æstimare id omne, quod revera interest actoris. Unde quæritur, non sine pulvere, non sine impensa pulveris multi, quæ sit differentia inter casus certos, & incertos, ut in incertis æstimetur omne id, quod interest, in certis non omne, quod interest, sed fine dupli tenus. Ratio perspicua hæc est, incertæ rei non posse constitui certam regulam, incertæ, & infinitæ rei infinitam esse regulam, vel Aristot. *teste 5.Ethic.* Incerti, & infiniti casus, habent etiam incertam, & infinitam regulam, quia nec certam habere potuerunt: certi habent certam: in omnibus tamen casibus Justinianus vult modum servari: in certis certum, in incertis etiam modum, puta veritatem, non quantitatem ab adversario petitam, vel colo-

ratam,

ratam, & longius accersitam, quia ut subjicit Justinianus, *est naturæ congruum, eas tantum pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur:* Prælatio enim ejus, quod interest, pœna est, qua coercetur culpa adversarii, maxime si egrediatur rei pretium. Et *naturam* quidem initio legis accepit pro substantia, ut Aristoteles sæpe naturam accipit: heic autem naturam accipit pro naturali æquitate. Ubi eleganter Theodorus enarrans illam rationem Justiniani, *natura*, id est, naturalis æquitas, *complectitur moderationem: ἡ φύσις τὴν συμμετρίαν ἀσπάζει:* Et quod de pœnis legitimis subjicit Justinianus, ut hæ solum exigantur, quæ legibus sunt scriptæ, & definitæ: nihil enim loquitur de pœnis conventionalibus. Et tamen quid de iis dici potest, aut debet, si scire cupias, legas observationem decimam sextam, cap. 34.



AD TITULUM XLVIII.

SI A NON COMPETENTI JUDICE JUDICATUM ESSE DICATUR.

IN hoc tit. superioribus casibus, quibus docuit sententiam judicis ipso jure nullam esse, hunc addit, *si ab incompetenti judice indicta sententia fueris*. Incompetens judex est is, cujus jurisdictioni, vel notioni subjectus reus non est, qui & *incongruus judex* dicitur *l. 1. sup. de jurisd. omn. jud.* Dico reus: Nam non desidero, ut judex actori sit judex competens: satis enim est, si reo fuerit judex competens, quia actor sequitur forum rei. Is igitur demum est judex incompetens, cujus jurisdictioni, vel notioni reus subjectus non est. Dico *jurisdictioni, vel notioni:* Nam alii sunt judices, qui forum, & jurisdictionem habent, ut magistratus: alii, qui notionem tantum, ut judices dati, judices delegati ad litem certam, judices speciales, sive pedanei, qui utique sunt incompetentes, si ab incompetentibus magistratibus dati sunt, vel si dati à competentibus alia de re judicent, quam de qua judicare jussi sunt. Et de iis est potissimum hic titulus: titulus autem *libri tertii, de jurisdictione omnium jud. & foro competenti*, qui ab hoc titulo qua re distet, non abs re posset quæri. Ille, inquam, *lib. 3. titulus est de magistratibus*, quia de jurisdictione, & foro, quod soli magistratus habent, non judices delegati, non etiam Episcopi jure civili. Episcopi forum non habent, vel jurisdictionem, ut est in constitutione quadam C. Theod. scriptum, sed habent notionem tantum, ut judices delegati. Et qua de re cognoverunt, judicaveruntve, id, quod judicarint, ipsi non exsequuntur, sed magistratus. Et inde titulus *de episcopali audientia*, qui episcopis tribuit audientiam, non jurisdictionem, non forum. Item in illo *tit. lib. 3.* potissimum definitur quis sit magistratus competens, & quis incompetens: in hoc autem tit. definitur, sententiam dictam ab incompetenti judice, ipso jure nullam esse, ut in *l. 6. §. quod si quis, ff. de inj. rup. testam.* Ideoque dictam ab incompetenti sententiam, citra appellationem infirmari, & ex integro causam agi, & judicari, quia pro non judicata habetur. Et non parere eam sententiam, quam dixit incompetens, actionem judicati, quod etiam trahitur non male ad confessionem factam coram judice incompetenti, ut ea etiam confessio non valeat, ut est in *c. 4. extr. de jud.* Ubi Alexander Pontifex ait, *Clericum confessum de crimine in foro judicis secularis, qui ei est judex incompetens, apud Episcopum, qui ei est judex competens non haberi pro damnato*, quod notandum. Primum confessus extra judicium non habetur pro judicato, pro condemnato confessus etiam in judicio incompetenti non habetur pro judicato. Et plerumque eadem est causa confessi, & judicati: ut judicatum, ita confessio non valet, nisi fiat in foro, in jure, vel in judicio competenti: ut judicatum, ita confessio certa esse debet, id est, certæ quantitatis, vel rei:

A *l. 6. de confess.* ut judicatum, ita confessio facta absente adversario nihil nocet, aut nihil valet, *d. l. 6. §. si quis absente*. Itaque non male in *d. c. 4. ex. de jud.* ut quod judicavit judex incompetens non valet, ita censet, quod quis confessus est apud judicem incompetentem non valere. Sed id non fero ullo modo, quod idem Pontifex clericorum adulteria numerat inter minora delicta, quorum veniam dare possit clerico Episcopus post peractam pœnitentiam. Majorum autem criminum Episcopum clerico veniam dare non posse, sed ei debere irrogare pœnam legitimam omnimodo, pœnam Canonicam, quæ est loci motio, sive καθαίρεσις, & regradatio Nec pœnitenti veniam concedere potest. Et nominatim adulteria illorum vocat minora crimina: & male, cum sit natura turpe, & probrum, ut ait *l. probrum, de verb.* B *sig.* Sed ad rem: secundum definitionem hujus tituli, Si judex datus ad rem certam specialiter, de alia re judicaverit, ut puta si datus ad actionem locati, conducti, judicaverit de pecunia credita, quod is judicavit, ipso jure nullum est, quia in ea re non fuit competens judex. Et hoc exemplo Græci utuntur *ad l. 1. h. t.* Item si judex datus in proprietatis causa non judicaverit de proprietate, sed de possessione, vel de alia re, quod is judicavit, ipso jure nullum est, & cognitio de proprietate redit ad præsidem, qui eum judicem dedit, & addixit judicio proprietatis: Nam hoc est generaliter verum, à judice dato, qui suum munus non exsequitur, ut ei præscripsit formula magistratus, qui eum dedit, ut, inquam, ab eo cognitio recurrat ad præsidem: Ideo judice dato judicante alia de re, quam de causa proprietatis, causa pro- C prietatis redit ad præsidem, qui eum judicem dedit, ut si datus de proprietate, judicaverit de possessione: Nam ut ait *l. 3.* etsi jure judex datus de possessione, de ea judicaverit, præsidi integra est cognitio de proprietate. Et ita accipienda *l. 3. hoc tit.* adhibita *l. 9. sup. de sentent. & interl.* Et ratio hæc est, quia longe alia res est proprietas, alia possessio, *l. naturaliter, §. 1. l. pen. ff. de adq. poss. l. 1. §. hujus, l. pen. §. 1. ff. uti poss.* Seneca 10. *epistol. stulta hominum avaritia possessionem, proprietatemque discernit*, imo vero prudentia juris auctorum summa. Item si magistratus militaris judicem dedit inter privatos virum militarem, quod is judicaverit, tanquam ab incompetenti judice judicatum, nullum est. Et ita est accipienda *l. 2. hoc tit.* Nam judicis dandi potestatem, quæ est pars jurisdictionis, ut docet *l. imper. ff. de jurisd. omn. jud.* magi- D stratus militaris non habet, veluti magister militum: nisi inter milites, vel actorem privatum, & reum militem, quia actor sequitur forum rei, ut in *l. pen. sup. de jurisd.* Et eadem ratione Procurator Cæsaris si judicem dederit inter privatos, quod is judex judicaverit, nullum est, *l. 1. sup. de ped. jud.* quia non est datus à competenti judice; datus ab incompetenti, & ipse incompetens est. Et ita de procuratore Cæsaris Græci acceperunt *l. 4. hoc tit.* dum dicunt, in privatorum causis, id est, inter privatos dictam sententiam à non suo judice, id est, à judice, quem dedit Procurator Cæsaris, ipso jure non valere. Privatus autem homo, quem magistratus judicem non dedit, sed partes elegerunt, incompetens etiam est, cum nec judex sit quidem, quia privatorum consensus privatum hominem non potest judicem facere: Et ideo E etsi judicaverit ex consensu partium, quod is judicaverit, rei judicatæ auctoritatem non habet, *l. 3. sup. de jurisd. omn. jud.* quia legis est, aut magistratus judicem facere, non privatorum. Ideoque sententia illius judicis ne consentientes quidem, id est, qui in eum consenserint necessitate ulla adstringit, ut possint non parere si velint ei sententiæ. Ergo consensus partium eum tantum competentem judicem facit, qui magistratus est, qui tribunali præest, licet ejus jurisdictioni subjecti non sint, non etiam privatum: publicam personam privati non faciunt, *l. 1. & 2. ff. de jud.* etsi se subiiciant jurisdictioni ejus, atque adeo prorogent jurisdictionem ejus sua sponte: item litis contestatio, quia pro consensu habetur, incompetentem judicem, si modo sit in magistratu,

judi-

judicem competentem facit, non etiam privatum hominem, *l.1. sup. de sent. & interloc.* Et hoc est, quod dicitur, *præscriptionem fori non opponi post litem contestatam*, quia litem contestando id forum approbavimus, & ei nos subjecimus. Præscriptio fori objicitur ante litem contestatam, sero post litem contestatam, *l. 4. sup. de jurisd. omn. jud. l.ult. inf. de exception.* Sic igitur dicamus, *litis contestatio incompetentem judicem, qui tamen in magistratu, vel potestate est, competentem facit*. Item, *litis contestatio competentem judicem confirmat, ne recusari possit, nisi magna ex causa, qui tamen ante litem contestatam potest recusari sine causa*, ut diximus *l.ult. sup.de sent. & interloc. l.12. l.apertissi. sup. de jud.* Nemo litem contestari cogitur. Ergo sponte, si litem contestetur, ei judicio parere compellitur. At vocatus à magistratu, licet forte is dicator judex non esse competens, omnimodo venire cogitur, ut sciatur hoc ipsum, an sit ei judex competens. Vocati est non contemnere auctoritatem magistratus, qua re nihil est perniciosius in Rep. Ipsius autem magistratus est statuere an sua sit jurisdictio, *l.5. ff. de judic. l.2. si quis in jus vocatus, &c.* Soleo dicere judicem quem esse in re sua duobus casibus. Primum cum agitur de sportulis judiciariis, quia in re est idem adversarius, & judex. Item cum agitur de jurisdictione sua. Nam opposita præscriptione fori, ipse statuit, an forum suum partibus sit competens, necne, *l. 5.* Sed huic sententiæ opponitur *l.1. ff. de feriis*, dum ait, *vocatum à prætore condicto die feriato, venire non compelli, & si non venire perseveraverit, non mulctari eum propter contemptum prætorem, imo in eum dictam sententiam ipso jure nullam esse.* Sed hoc facit temporis importunitas, quod condixerit prætor diem feriatum, quo jus ei dicere fas non est, ut plane liceat eo die non venire, sicut nec si condixerit infamem locum, eo loco licet non venire. Nam & locus, & dies illicitus vitiat sententiam, *l.4. & 5. sup. quomodo, & quando judex*. Et ita etiam debitor non intelligitur fecisse moram, etiamsi interpellatus non solverit, si quidem interpellatus sit in opportuno loco, vel tempore, *l. si soluturus, ff. de solut. l.mora, de usur.* Et ad eundem modum non intelligitur esse contumax adversus prætorem, qui vocatus non venit, si vocatus sit in diem, aut locum illegitimum. Verum si magistratus, qui non est competens, sit competens ex consensu partium, & judex quoque datus ab incompetenti fit competens ex consensu partium. Ergo definitio hujus tituli est, ut sententia dicta ab incompetenti judice ipso jure nulla sit, sic est accipienda, si dicta sit citra consensum partium, vel si dicta sit à privato homine, nec dato à magistratu ex consensu partium. Et hæc est summa eorum, quæ dixi ante.



AD TITULUM XLIX.

DE POENA JUDICIS, QUI MALE JUDICAVIT, &c.

QUÆRI potest an etiam, quod judex competens male judicavit, ipso jure nullum sit? Et videtur non esse nullum, quia lex ait, *sive bene, sive male judex officio suo functus sit, sententiam ejus citra appellationem rescindi, aut retractari non posse, & Reipublicæ interesse non convelli auctoritatem rerum semel judicatarum*, quia scilicet status Reipublicæ maxime rebus judicatis continetur, alioqui nullus finis litium foret, *l.judex, ff. de re judic. l.servo, §.cum prætor, ad Trebell. l.si patronus, §.si quis, ff. de bonis libertor.* Ideoque etiam rebus male judicatis standum esse, quod sane verissimum est, si judex per errorem, & imprudentiam male judicavit, ut ita judicatum citra appellationem rescindi non possit, sed litem suam judex faciat, id est, perinde est, atque si lis sua esset, suaque causa, ut ei, cujus interest in tantum teneatur, in quantum religioni judicantis æquum visum fuerit, actione in factum, quasi ex maleficio, *l. ult. D. de extraord. cognit.* salva tamen existimatione, quia dolo caret. Quod si per gratiam, & ambitionem, *par faveur*, sciens dolo malo judicavit, sententia valet, sed judex ei, cujus interest, tenetur in solidam æstimationem litis, *l.si filiusfamil. in fine, D. de judic.* & infamia notatur, *l.2. hoc tit.* In qua est legendum *existimationis*, pro *æstimationis*. Quia hoc vult, judicem, qui gratia corruptus male judicavit, damnum pati existimationis, & præstare periculum litis ei, quem jure non condemnavit. Quod si judex per sordes, quem casum etiam complectitur *lex 2.* id est, pecunia corruptus male judicaverit, quod turpitudinem vocat *l. 2. de Senat.* Marc. Tullius *lib.1.* ad Attic. ep.13. *Si quæras causam absolutionis, egestas fuit judicum, & turpitudo*. Hoc solo casu propter turpitudinem rei sententia ipso jure nulla est, & citra appellationem infirmatur, *l.venales, inf. quand. prov.non est necess.* Et præterea judex infamia notatur, ut ait *l.2.* & præstat solidam æstimationem litis ei, cuius interest, id est, ei quem læsit. Et præterea, ut notat Accursius, extra ordinem coercetur criminali judicio. Et hæc de pœna judicis, qui male judicavit. Nunc loquamur de eo, qui judicem data pecunia corrupit, ut male judicaret: vel qui adversarium corrupit, ut prævaricaretur, ut lusorie causam agerer, & se vinci pateretur. Cum adversario licet transigere de lite, exceptis certis casibus, quibus turpis transactio videtur esse, aut pro confessione habetur: his transactionibus non est interdictum, sed sordidis concussionibus, ne quid per concussionem judex, vel adversarius perterrefacto reo ab eo extorqueat, & exprimat. Porro is tantum, qui, ut dixi, corrupit judicem, vel adversarium, causa cadit, litem amittit ex constitutione Antonini ad Cassium Sabinum, id est, ex *l.1. hujus tit.* Cujus inscriptio, ut retuli, ita emendanda est, ut constat tum ex veteribus libris, tum ex *l.1. §. pen. ff. de Calumniator.* ubi Ulpianus proponit sententiam hujus legis: eamque adscribit Imperatori suo, id est, Antonino ad Cassium Sabinum, non ad Gaudium: ut vestri codices habent. Igitur, si actor corruperit judicem, vel adversarium, actionem amittit, si reus, defensionem, sive exceptionem suam amittit. Nam in *l. 1.* actionis verbo continetur etiam exceptio, ut in edicto de dolo malo, *l.1. §. ait prætor, ff. de dolo*. Et hoc ita procedit, etiamsi res nondum sit judicata, & pateat interim, reum judici pecuniam dedisse, ut male judicaret, vel adversario, ut colluderet: post rem judicatam secundum corruptorem, etiam litem amittit, quia sententia ipso jure nulla est, & litis restitutio ei non dabitur, quam vitio suo amisit, nisi forte ex Novella Justin.124. se ipsum detulerit, & rem prodiderit in publicum, & judicem, vel adversarium arguerit acceptæ pecuniæ: Nam ex Novella Just. corruptori est medicina confessio, si modo rem probaverit, & reum convicerit.



AD TITULUM L.

SENTENTIAM RESCINDI NON POSSE.

IN hoc titulo proponitur, quod etiam tit. generali prædixerat *l.9. sup. de sent. & interloc.* ipso jure nullam esse posteriorem sententiam ejusdem judicis, vel successoris ejus de eadem re, & inter partes easdem, quæ contraria est priori sententiæ, à qua appellatum non est. Et hoc maxime distat lex à sententia: Nam posterior lex potior habetur priori: prior sententia est potior posteriore. Item lex plerumque statuit de futuris, sententia de præteritis, quæ postrema differentia est in Partitionibus M. Tull. sunt in hoc tit. tres leges. Prima, & tertia non desiderant meam operam, secunda desiderat. Sciendum igitur est, alias esse exceptiones peremptorias, alias dilatorias. Peremptoriæ sunt, quæ perimunt prorsus actionem, & excludunt, ut exceptio doli mali, rei judicatæ, non numeratæ pecuniæ, exceptio longi temporis ex leg. Julia, si non legem prodidisse dicatur, de qua in *l.2. §. ult. ff. ad l. Jul.*

de

de adult. & except. SC. Macedoniani, & Vellejani. Hæ omnes exceptiones protinus agentem repellunt, & exstinguunt actionem, si probentur judici legitimis probationibus. *Dilatoriæ* autem sunt, quæ differunt, non perimunt actionem, quæ efficiunt non ut ne sit actio omnino, sed ne sit statim: Ut *exceptio fori* impedit actionem, & litis contestationem, cum judex negatur esse competens, & *exceptio procuratoria*, quæ negat jure datum procuratorem. Summa autem inter has exceptiones differentia hæc est: Quod dilatoriæ opponantur initio litis contestandæ, *in ipso limine quæstionis*, ut ait Symmachus 1. epist. scribens de exceptione procuratoria: non recte opponuntur post litem contestatam, sed initio litis. Cur non proponantur nisi initio litis, hæc est ratio, quia exceptiones dilatoriæ potissimum sunt de personis, quibus judicium consistit, aut sane has solas dilatorias exceptiones dicimus esse opponendas initio litis, quæ sunt de personis, quibus judicium consistit, atque completur, puta de judice, actore, vel reo, vel procuratoribus eorum: cum quæritur, an judices sint competentes, aut litigatorum personæ sint justæ, & legitimæ: Nec enim omnes habent legitimam personam standi in judicio. Ideoque ut lis, judiciumque constituatur, necesse est eas exceptiones in primis disceptari, excuti, probari, *l.licet, sup.de procurator.* Judicio constituto frustra quæritur ea de re, quæ jam finita est contestatione litis. Longe alia est conditio exceptionum peremptoriarum. Nam testandæ quidem sunt initio litis, sed excutiendæ etiam, & probandæ non sunt statim initio litis, antequam judicium constituatur: Imo & post constitutum judicium, litemque, contestatam quandocunque peremptoriæ exceptiones, quarum initio testatio habita sit, opponi, & excuti possunt. Quæ omnia de exceptionibus dilatoriis primum ostenduntur in *l.exceptionem, sup. de probat. l.pen. & ult. inf. de except. l.4. sup. de jurisd. omn. judic.* De peremptoriis exceptionibus in *l.9. de præscript. longi temporis, & l.8. inf. de except.* Et hoc quoque *l.2. hoc tit.* ait, *edicto perpetuo caveri, qui locus est singularis, ut peremptoriæ exceptiones, post litem contestatam, ante sententiam quandocunque opponi possint.* Denique dilatoriæ exceptiones opponuntur judicio constituendo: peremptoriæ perficiendo. Dilatoriæ obstant, ne judicium constituatur, peremptoriæ ne finiatur, secundum intentionem actoris. Et sunt peremptoriæ propriæ exceptiones, quæ rem ipsam finiunt, atque interimunt, sunt proprie defensiones: & naturæ congruum est, ut quis quandocunque pulsatur, suis defensionibus, quas habet, utatur. Hæ igitur sunt exceptiones, sive præscriptiones, & defensiones, quæ proprie peremptoriæ sunt, hæ sunt clypei reorum, actiones tela, exceptiones sunt manus sinistræ, actiones manus dextræ, ut M. Tullius M. Cælium melius agentem, quam defendentem dicebat bonam dextram habere, malam sinistram, uti telo scite, non clypeo. Ergo peremptoriæ exceptiones quandocunque dum lis agitur, ante sententiam opponi, & probari possunt, & oppositæ omnimodo excuti possunt à judice: at post finitum judicium, id est, sententiam, nobis non sunt integræ peremptoriæ exceptiones, quia nemo nos pulsat post sententiam. Sed excipitur exceptio SC. Macedoniani, & Vellejani, quæ ex Senatusconsultis odio fœneratorum, vel favore mulierum opponuntur post sententiam, *ut in l. tamen, ff. ad SC. Vellej.* Alias sententia non potest eo prætextu rescindi, quod omissa fuerit exceptio peremptoria, nisi beneficio restitutionis in integrum, si res sit judicata contra minorem viginti quinque annis, ut ei liceat uti exceptione peremptoria post sententiam, qua non est usus pendente lite, *ut in hac l.2.* in qua legendum est, *In integrum restitutio promittitur*, ut loquuntur semper auctores nostri, non permittitur, ut in Basil. *ἐπαγγέλλεται*: aut etiam beneficio appellationis, si dicta sit sententia contra majorem viginti quinque annis. Denique ut est in rubr. hujus tituli, *Sententiam rescindi non posse contraria sententia, nisi remedio appellationis, aut restitutionis in integrum.*



AD TITULUM LI.

DE FRUCTIBUS, ET LITIUM EXPENSIS.

DATUR hic titulus, ut intelligamus, judicem non tantum de re principali, sed etiam de fructibus ejus rei, & sumptibus litis sententiam proferre debere. Et statim initio hujus tituli proponitur, fructus intelligi deductis justis sumptibus. Proponitur regula juris, principium juris, à quo nullus casus excipi dicitur in *l.fundus, ff. fam. ercisc.* Et unus tamen casus excipi debet ex *l.ult. inf. de fund. rei privat.* Et justi sumptus in hac regula, quæ proponitur statim ab initio hujus tituli, sunt sumptus necessarii, vel utiles, *l. heres, ff. de petit. hered.* Qui scilicet facti sunt conservandæ, tuendæ, curandæ rei, vel fructuum ex ea quærendorum, aut redigendorum gratia, non qui facti sunt duntaxat voluptatis causa: his justis sumptibus primum satisfit ex ipsis fructibus rei: Deinde reliqui fructus restituuntur, si sunt in causa restitutionis, vel dividuntur, si sunt in causa divisionis. Denique deductis sumptibus fructus æstimantur, quia sumptus minuunt fructus. Et in *l.2.* ostenditur, in rei vindicatione, qua agitur adversus bonæ fidei possessorem, non tantum in rem principalem condemnationem fieri, ut restituatur actori, qui est verus dominus, sed etiam fructus perceptos post litem contestatam, aut percipiendos, id est, quos actor honeste percipere potuisset. Denique conventus bonæ fidei possessor, & condemnatus, ex condemnatione restituit rem, & post litem contestatam fructus perceptos, aut percipiendos. Eademque est causa heredis ejus. Et hæc est sententia *l. 2.* quæ nititur hac ratione, quia quod attinet ad causam fructuum, post litem contestatam omnes intelliguntur esse malæ fidei possessores, omnes pares sunt, quod attinet ad causam fructuum restituendorum. Nam quod ad alia attinet, non sunt pares post litem contestatam, quia quod etiam Accursius attigit in *h. l. 2.* bonæ fidei possessor, id est, qui ante litem contestatam bona fide possidebat, fatum non præstat, puta si post litem contestatam res, quæ petita est, suo fato intereat, suave morte: at malæ fidei possess. fatum præstat, quod forte non incidisset, si res statim actori restituta esset, *l. 15. §. ult. D. de rei vind.* Item bonæ fidei poss. servi petiti in judicio, adquirit per eum ex re sua, id est, quod is servus parat ex re possessoris post litem contestatam, malæ fidei possessor non item, ut colligitur *ex l.20. eod.* Ergo post litem contestatam non per omnia omnes possess. pares sunt, licet, qui conventus est bonæ fidei possessor, jam sciat, aut intelligere possit, vel suspicari ex conventione sola rem eam, quam possidet, esse alienam. At in fructuum restituendorum causa sunt pares, sive sint bonæ fidei, sive malæ fidei possessores. Is unde petitur res, restituit fructus, quos percepit, aut percipere potuit post litem contestatam, & olim quidem restituebat, qui ab initio bonam fidem non agnoverat, sed litigare maluerat, non simplos fructus, sed duplos, ut constat *ex C. Theod. eod. tit.* Et *l.1. de usur. rei jud. in eod. C. Paul. 5. Sent. t.49.* ex die accepti judicii dupli fructus computantur. Et ii sunt, qui majores fructus dicuntur, scilicet fructus dupli in *l.6. §.ult. ff. mand. l.rescriptum, §.1. ff. de distr.pign.* Et de his quoque ita D. Ambros. Epist.24. *cum adverterem illum si vicisset acturum de duplis fructibus, & de sumptib. annosæ litis.* Et restituebantur quidem dupli fructus ex 12. tab. hoc nimirum erat ex illa *l.12. tab. Si vindiciam falsam tulit, rei, sive litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito. Just. in Nov. de triente, & semisse*, in actionibus in personam præscripsit pœnam dupli, puta ut debitor, qui inficiatur, in duplum damnetur. Quod etiam constitutio quædam regis nostri probat. Debuisset uterque etiam in actionibus in rem constituere pœnam dupli legitimam, ut scilicet restituerentur fru-

fructus in duplum, percepti, aut percipiendi post litem A contestatam, sed obtinuit, ut restituantur tantum in simplum. At notandum est, loqui *h. l.* de bonæ fidei possessore: Nam, ut est in *C. Theodos. eod.* Malæ fidei possessor restituit fructus, non tantum ex die litis contestatæ, sed ex die, quo rem mala fide possidere cœpit, usque ad exitum judicii. Quam partem Justinianus non retulit in *hanc leg.* 2. sed priorem illam tantum, quæ est de bonæ fidei possessore, non etiam illam, quæ erat in ead. constit. de malæ fidei possessore, ut his fructibus restituendis alligaretur à die invasi fundi, ne dum à die litis contestatæ, quia scilicet hodie hoc non obtinet, nisi in interdicto unde vi: Nam qui vi alium malo, & improbato more dejecit è fundo, ex die, quo dejecit, restituit fructus, *l. 1. §. ex die, ff. unde vi*. Idem juris, est si agatur adversus malæ fidei possessorem petitione he- B reditatis, cujus formula hæc est, *si paret hereditatem meam esse*. Nomen *hereditatis* latissime manat, quia est nomen juris, proinde comprehendit non tantum res hereditarias, sed & fructus, & causam omnem. Qui igitur petit *hereditatem*, sub nomine hereditatis, & fructus etiam petit: & proinde fructus præteriti veniunt in hereditatem, si agatur cum malæ fidei possessore. At in actione in rem, puta si *fundus* petatur, quia appellatione fundi non veniunt fructus; nec enim est nomen juris, sed certi corporis, ideoque in ea non veniunt fructus percepti à malæ fidei possessore, nisi petantur nominatim: opus est petitione speciali, quia nec officio judicis veniunt, propterea quod ea, quæ contingunt ante judicium acceptum, non pertinent ad officium judicis, nisi sint nominatim judicio comprehensa: omissa actoris cul- C pa officio judicis non supplentur, *l. ædiles, §. pen. ff. de ædilit. edic.* Et hæc de fructibus. At notandum in rei vindicationem non tantum venire fructus, sed etiam sumptus, impensasque litis, id est, possessorem, quem judex condemnat, non in hoc tantum debere condemnari, ut rem, & fructus restituat, sed etiam ut restituat sumptus, & impensas litis. Cassiodorus lib. 5. *litis expensas judicio superatus exsolvat, quod hinc dantur fomenta detestabilis jurgii, cum improbi vincuntur illæsi*, & non tantum litis impensarum condemnationem facere debet judex, sed etiam detrimentum omne, *à tous despens, & dommages*, ut in *l. ult. inf. qu. provoc. non est necess.* sumptibus litis, vel detrimentis. Et in *l. 4. hoc tit.* est restituenda vetus lectio illo loco, *pro pecuniaria vero causa, post dispendia, post sumptus*: vulgo absunt illa verba, *post dispendia*, quæ ha- D bent omnes veteres libri, & Basilica, in quibus est, *τὰ δαπανήματα, καὶ τὰ ζημιώματα παρέχειν*: id est, *sumptus, & dispendia*, veluti viatica, id est, itinerarii sumptus. Et ita etiam in *§. hæc autem, Instit. de pœna temere litig. damnum, & litis impensas*. Redduntur ergo impensæ litis, & damna actori, si vicerit: ac similiter reo si vicerit, *l. eum, quem temere, ff. de judic.* Et sane reo protracto in longinquam provinciam ex rescripto Principis extra ordinem, ex privilegio, quod actor habet forte, eo casu, quis non videt rationem esse habendam dispendiorum, veluti sumptus itinerarii, & impensarum litis, sive sportularum erogatarum, aut judicibus, aut exsecutoribus litium. Et æquum est etiam hoc casu, si vincatur actor, qui reum traxit in forum longinquius, vel si judicio non adsit actor, æquum est, ut ait *l. 4.* ut actor quoque præstet ca- E lumniæ pœnam. Est quædam actio calumniæ, quæ datur victori adversus victum, de qua in *l. 31. sup. de liber. cau.* ea actio olim fuit in 10. partem litis, decima pars litis fuit coercitio temere litigantium, *§. hæc autem, Instit. de pœna tem. litig.* Decima pars litis, inquam, quia alia est decima, de qua agitur in *l. pen. h. tit.* quæ est constitutio græca Zenonis restituta à me initio *Observationis* 12. Decima, de qua agitur in *l. pen.* est non decima pars litis, sed decima pars impensarum litis, in quam, ultra impensas litis, potest judex condemnationem facere, si hoc videatur exigere nimia temeritas, ac pervicacia litigantium, ut si impensæ litis sint 100. potest condemnare in 100. & 10. eamque decimam impensarum in fiscum

A conferre, vel in adversarium, qui vicit, ut plenius ostenditur in ea constitutione. Debet autem judex pronuntiare aliquid de sumptibus, id est, vel debet ab eorum præstatione victum absolvere, ut invicem partes compensent expensas litis, ut ait *Novella* 82. vel condemnare debet victum etiam in expensas litis, & potest absolvere ab expensis litis ex justa causa, ut ostendit constitut. Græca, id est, *l. pen.* puta si bonam fidem agnoverit initio, medio, aut fine litis, si actor ultro destiterit à lite, vel etiamsi res maxime dubia, & ambigua fuerit, *d. l. pen.* Omnino igitur debet aliquid statuere de sumptibus litis. Si nihil statuerit, quid fiet? ipse judex victori de suo expensas litis refundere cogitur, *l. properandum, §. sin autem alterutro, sup. de judic.* Is autem, qui victus est, non potest eo nomine conveniri, quia nihil pronuntiatum B est in eum de expensis litis. Et observandum heic est, magnam esse differentiam inter fructus, & sumptus litis: Nam si nihil de fructibus pronuntiavit judex, integra est victori actio de fructibus, ut Ambrosius dixit supra, acturum de duplis fructibus si vicisset. At si nihil pronuntiaverit de expensis litis, non est victori integra petitio expensarum litis. Et hæc est sententia *l. 3. h. tit.* Videlicet, nisi judex cominus partibus constitutis, ut loquitur *l. ult. sup. de legib.* id est, præsente utraque parte condemnationem fecerit, expensarum nomine: non licet etiam victori eo nomine appellare, quod judex nihil pronuntiaverit de expensis litis, *l. ult. inf. quando provoc. non est necess.* sed convenire judicem potest, ut ei refundat impensas, quarum in sententia sua nullam rationem habuit. Aliquando victor potest appellare, puta, si C sententia ei non satisfaciat ad plenum, si non ejus justam petitionem adimpleat. Sed non appellat, quod de sumptibus judex nihil pronuntiaverit: & non appellat etiam uno casu, qui vicit, licet ei sententia non satisfaciat ad plenum, puta si absens ex contumacia vicerit, cum non defenderetur, quia & pro contumace aliquando datur sententia, si omnino videatur bonam causam habere. At sententia, quæ data est secundum contumacem, si ei non satisfaciat ad plenum, propter contumaciam ita plectitur, ut non possit appellare, quam plenam esse negat, & alio quoque modo, ut victo damnetur expensarum nomine, qui casus est singularis, ut victor victo refundat expensas litis, quod ostenditur in *l. properandum, §. sin autem ex gestis, sup. de jud.* Notandum etiam ex *d. l. 3.* in condemnatione, quæ fit nomine expensarum litis, non D esse necesse exprimi quantitatem certam. In eam rem, de qua agitur principaliter, necesse est ferre sententiam certæ quantitatis, vel certi corporis, non etiam in condemnationem, quæ fit expensarum nomine: quod illa verba demonstrant in *l. 3. victori causæ restitui debere expensas*. Et inde fit, ut vulgo facta condemnatione in expensas litis, judex sibi recipiat, & reservet taxationem post sententiam. Condemnat igitur in expensas sine taxatione, non in rem principalem. Et postremo notandum ex *l. ult. hoc tit.* quosdam litigantes habere privilegium tale, ut victi non refundant victori expensas litis, vel ut minores sportulas præstent, quale privilegium habent Episcopi in *§. sportularum, Nov. de sanctiss. Episc.* tale privilegium habet fiscus: semper enim gratis litigat, quod est ex *l. 1. sup. de sportul.* quæ est Just. constitutio E Græca: ex qua Julianus *Nov.* 17. *&* 21. *fiscus*, inquit, *semper litigat gratis*. Sunt etiam quædam collegia, & corpora, quæ hoc privilegium habent, ut litigent gratis sine sumptu, aut minore, quam alii, & ut damnati absolvantur ab expensis. Et hoc casu, qui ea privilegia habent, si vincant, ut jus sit æquabile, etiam à victis, licet non habeant eadem privilegia, nihil possunt exigere expensarum nomine, aut id tantum, quod minimum expenderunt. Igitur, neque qui ea privilegia habent, neque victi agnoscunt expensas, neque qui cum iis litigant, licet ea privilegia non habeant, si illos vincant, expensas litis agnoscunt. Quod memini ita fuisse observatum in causa senatoris cujusdam, cum senatus, cujus ex corpore is erat, hoc haberet privilegium, ne eorum quisquam

quam, qui cum privatis in senatu litigaret, etiamsi vinceretur, damnaretur expensarum nomine, ut ille victor etiam frustra desideraret adversarium suum refundere expensas litis, quoniam boni consulere debet, si adversarius eodem jure velit uti, quo ipse uteretur, adversus eum, si vicisset. Et hæc est pulcherrima constitutio *l. ult. hoc tit.*

AD TITULUM LII.

DE RE JUDICATA.

QUID vero distat hic titulus *de re judicata* à titulo *de sententiis*? quid sententia à re judicata? *Res judicata est lis, sive negotium, de quo sententia lata est, vel causa, quæ transiit ad condemnationem, vel absolutionem. Sententia autem est condemnatio ipsa, vel absolutio. Res judicata uno verbo est judicatum.* Nec igitur idem est judicatum, & sententia. M. Tullius: *Judicatum est id*, inquit, *de quo sententia lata est*. Ut autem sententiam rescindi, & retractari non posse docuit *sup. tit.* 50. citra appellationem, vel restitutionem in integrum à prætore datam: Ita in hoc titulo docet de re judicata rursus agi non posse, & obstare agenti exceptionem rei judicatæ, ne alter modus litium multiplicatus summam, & inexplicabilem difficultatem faciat, *maxime si diversa pronuntiarentur*, quæ verba sunt *l.* 6. *ff. de except. rei judic.* ut sit aliquis litium finis, *l.* 2. *hoc tit.* quæ etiam ait prætextu computationis rem judicatam restaurari non posse, prætextu *ἀναλογισμοῦ*, ut Græci interpretantur, puta si is, qui judicio superatus est, dicat se fuisse superatum, quod non bene rationes suas, quas in judicium deduxit, supputasset, & subduxisset, atque ideo desideret rationibus retractatis, & reputatis ex integro causam agi: hoc enim est analogiasmus, cujus obtentu *l.* 2. ait, rem semel judicatam restaurari non posse, ut non male Theodorus Hermopolites in hanc *l.* 2. scripsit, litem finitam sub specie, sive per causam omissæ compensationis in integrum restitui non posse, sicut nec per causam omissæ peremptoriæ exceptionis, ut dictum est *tit.* 50. Sed actioni judicati compensatio opponi potest, posita exceptione doli, *l.* 2. *de compensat.* non etiam causa denuo agi, & disceptari, sicut in specie *l.* 1. actioni judicati opponitur exceptio doli, puta si cum fure actum sit condictione furtiva rei persequendæ gratia, & condemnatus sit fur in æstimationem rei, vel litis: nam res, & lis idem est, & conveniatur actione judicati, quia nulla est actio, quæ brevius expediatur, poterit opponere actioni judicati exceptionem doli mali, si probaverit jam rem furtivam ad actorem pervenisse, quod non sit æquum, ut bis idem consequatur. Denique actioni judicati potest quidem ex causa opponi peremptoria exceptio doli, ex causa nova, quæ contigerit post rem judicatam, non etiam denuo causa retractari, & disceptari potest. Et ita est accipienda *lex* 2. *hoc tit.* non ut vulgo de judice, qui errans in computatione rerum condemnavit in certam quantitatem, ut scilicet error ille judicis non possit corrigi re denuo examinata, & perpensa, quod est falsum, & iniquum: Nam sive in sententia judicis expressus sit error, quo judex ductus est, potest corrigi ab eodem judice post rem judicatam, *l.* 1. *§.* 1. *D. quæ sentent. sine appellat. resc.* Sive error non sit expressus, sed insit, æque potest corrigi ab eodem judice oblato libello didascalico, *en proposant l'erreur*, ut *Nov.* 109. Nec quicquam obstat *lex* 1. *de err. calc.* quæ lex non negat propter errorem calculi, quo perductus fuerit judex, rem judicatam retractari posse. Sed hæc est mens legis, ut si quæratur inter partes de errore calculi emergente ex aliquo contractu inter eos habito, quod de ea re judicatum, vel transactum fuerit .i. de errore calculi, de quo partes inter se certant, retractari non possit. Ergo dicamus *l.* 2. non esse accipiendam de prætextu computationis, in qua facienda erravit judex, sed de prætextu computationis, quam se non probe dicat fecisse adversarius, ut eludat rem judicatam, & ex integro causam agat, quod lex ait non esse ferendum, ut hoc obtentu partis res judicata instauretur. Additur etiam in *l.* 4. *hoc tit.* sub obtentu novorum instrumentorum post rem judicatam repertorum, rem judicatam in integrum restitui non posse, & hoc esse exemplo pessimum, & grave, quod publice intersit minui lites, *l. cum de hoc, ff. de except. rei judic. & l. Impp. ff. de re jud.* Quæ tamen adjicit in publica causa, in publico negotio, Principem quandoque ex causa permittere restitutionem litis, permittere *παλινδικίαν* ob nova instrumenta. Dicam etiam in privato negotio ex magna causa idem Principem permittere posse, & solum Principem, *l. Divi fratres, ff. de pœn.* Plinius 7. *Epistolarum*, scribens ad Macrinum: *post rem judicatam victus adiit Principem*, inquit, *affirmavit se novas probationes invenisse: præceptum est judici, ut vacaret finitam causam retractanti, si quid novi adferret*: & tamen privatum erat id negotium, de quo scribit Plinius. Dicam igitur, ut per causam novorum instrumentorum postea repertorum, lis ex integro agatur, sive sit privata, sive publica, sive fiscalis, opus esse speciali præcepto principis, alioquin, ut ait *lex* 4. sub obtentu novorum instrumentorum, jure, & ll. rem judicatam postea restaurari non posse. Pertinet valde ad hanc quæstionem *lex admonendi, ff. de jurejur.* quam explicemus. *Lex*, ait, *interdum post exactum jusjurandum à judice, secutamque sententiam constitutionibus permitti causam ex integro agi, si quis dicat, se nova instrumenta reperisse, quibus nunc solis usurus sit, non veteribus*: dum ait *interdum*, significat regulariter ob nova instrumenta causam ex integro restitui non posse, de qua judicatum est. Sed eo casu, videlicet cum judex in dubiis causis, & inopia probationum jusjurandum detulit, & secundum eum, qui juravit, sententiam dixit, causam ex integro agi posse, si is, contra quem judicatum est, dicat, se invenisse nova instrumenta, quibus solis nunc usurus sit. Et ratio hæc est, quia res judicata ex falsis instrumentis ex integro agi potest, quod fuerit circumscripta religio judicantis: & hoc ostendit *inf. tit.* 58. *& l.* 11. *de except. l. D. Hadrian. de re jud.* Instrumenta autem dicimus non tantum scripturas, sed quæcunque instruunt causam, vel judicem, vel adversarium: testes sunt instrumenta litis, jusjurandum partis est instrumentum litis. Merito ergo instrumentis adnumeravimus jusjurandum partis, quod judex secutus est: ideoque si is, contra quem judicatum est, prolatis novis instrumentis probet falsum fuisse jusjurandum, recte desiderabit à principe: nam in hac specie adire principem oportet, ut ex integro causa agatur, quasi re ex falsis instrumentis judicata, id est, ex falso jurejurando, ut ex novis instrumentis, quod in medium profert, patere dicit. Unde dicamus, multum interesse, utrum solus judex operam dederit, & judicaverit, quo casu sub specie novorum instrumentorum res judicata redintegrari non potest, nisi ex speciali præcepto Principis. An vero judex detulerit jusjurandum parti, & secundum ejus jusjurandum pronuntiaverit, vel etiam, ut in *l. cum judex, sup. de sent. & interloc.* si jurari pronuntiaverit, & mox ex jurejurando, quid fieri oporteret: Nam hoc casu prætextu perjurii, quod patefaciunt nova instrumenta, causa ex integro agi potest. Et hoc permittunt constitutiones Principum, ut ait *d. l. admonendi*: & quia constitutiones permittunt, jam non est necesse adire Principem, qui tamen adeundus erat in eadem specie ante constitutiones, impetrandæ restitutionis litis gratia. Et observandum, *legem admonendi* loqui de jurejurando delato à judice in dubiis causis, & secundum jusjur. dicta sententia, quod dicitur judiciale jusjurandum: Nam ut *d. l.* ostendit, longe alia est ratio jurisjurandi delati à parte parti, quod dicitur voluntarium, vel necessarium, quia prolatis novis instrumentis res finita jurejurando voluntario, aut necessario, restaurari non potest. Et ratio est, quia partes inter se jurejurando de re omni transegisse videntur. Et certum est, transactionem non posse rescindi prætextu novorum instrumento-

rum si bona fide facta fuerit. Si instrumenta ab adversario non fuerint dolo malo suppressa, eliciendæ transactionis causa, ut *l. sub prætextu, sup. de transact.* Denique hoc casu imputari potest parti, quod jusjurandum detulerit adversario, quod adversarium fecerit judicem totius rei. At nihil ei imputari potest judice ultro deferente jusjurandum: Ideoque ei integrum est prolatis novis instrumentis, quibus arguitur perjurium adversarii, causam retractare, & ita est explicanda ratio *l. admonendi*. Et generaliter ergo ita concludamus, nec sub obtentu computationis à parte non bene confectæ in lite exequenda, nec sub prætextu novorum instrumentorum post rem judicatam repertorum, regulariter causæ, aut rei judicatæ instaurationem jure postulari ab eo, qui rei judicatæ semel quolibet modo acquievit, ut *l. 3. & 5. hoc tit.* Et notandum, quod significat *l. 5.* cum videri acquievisse sententiæ, & renuntiasse appellationi, qui à judice petit dilationem ad solvendum judicatum. Et quod *eadem l.* generaliter ait, rerum judicatarum auctoritatem non pati, ut ea, quæ finita sint, instaurentur. Quæ est summa definitio h. tit. quæ trahitur in lege ultima ad acta, ad gesta, quæ in publica monumenta redacta sunt, ex quibus petitur fides rerum gestarum, quibusque fides publica constat, *l. census, de probat. l. 3. §. ejusdem, ff. de testib. l. in finalibus, ff. fin. regund.* Hæc etiam gesta publica, quicquid complectantur, sive interrogationes, sive confessiones reorum, sive quæ alia, nulla ratione infirmari posse, aut retractari. Et notandum hanc *l. ult.* proprie pertinere ad gesta habita contra Donatistas per Marcellinum Tribunum, & notarium, ut constat ex *l. 55. C. Theod. de hæret.* ubi ait, notionem Marcellini contra Donatistas habita gesta, & quæ consequuntur in hac *l. ult.* Et scribens quoque Div. Augustin. ad eundem Marcellinum, cujus fit mentio in *d. l. 55.* epist. 158. *Gesta*, inquit, *quæ promisit præstantia tua contra Donatistas vehementer expecto, & in ecclesia cupio recitari. Non est leve, quod Deus agit per tuam operam, ut per publica tua gesta in omnium notitiam proferantur.* Et ad eandem rem pertinet etiam Augustini epistola 159. & 160. quæ docet, *illum Marcellinum fuisse Tribunum & Notarium, c'est, comme nous disons, un Secretaire.* Hæc vero gesta Marcellini contra Donatistas, *l. ult.* significat non fuisse infirmata morte Marcellini: Et generaliter statuit morte cognitoris non interire publicam fidem: & publicam fidem dixit, ut Tiberius Augustus apud Frontinum, *lib. de limitibus agrorum: Sunt*, inquit, *monumenta finalia in itineribus constituta, quæ publicam fidem tenent.*



AD TITULUM LIII.

DE EXECUTIONE REI JUDICATÆ.

QUOD dixi titulo superiori, rem semel judicatam instaurari non posse, ex eo sequitur, quod in hoc titulo proponitur, exequendam esse sententiam, rem judicatam. Executio rei judicatæ fit ad effectum, sive ad emolumentum adducta re judicata: fit igitur executio post rem judicatam: Nam ab executione non licet incipere, *l. 1. hoc tit. l. si cum nulla, ff. de re judic.* Et instrumenta hodie recepta, quæ habent executionem paratam, ut possit debitor vi illorum instrumentorum non adito judice, nec re judicata exigi, & conjici in carcerem: hæc, inquam, instrumenta sunt contra jus commune, contra jus, quod profitemur: Quia præposterum est ab executione incipere. Imo nec post rem judicatam executio fit statim, sed post legitimum tempus, quod judicatu faciendo lex dedit condemnato, vel confesso *l. 6. §. ult. ff. de confess.* Lex dedit illud tempus humanitatis gratia, ut ait *lex cum militi, in fi. ff.* de *compens.* ut judicatus haberet spatium conquirendæ pecuniæ, quam persolveret adversario. Et fuit olim ex 12. tab. tempus illud triginta dierum, qui in eisdem tabulis appellantur justi dies, quibus jus est differre executionem rei judicatæ, ut in lege Ciceronis, quam Julius Scaliger *libro 1. Poetic.* male tribuit edicto prætorio. *Præter Ideæ matris famulos eosque justis diebus, ne quis stipem cogito*, id est, diebus certis, quibus fas est stipem cogere. Illud vero tempus, quod datur judicato faciendo dierum 30. sive mensis unius, dicitur *modicum tempus*, in cujus mora vulgo dicitur nihil esse damni. Modicum tempus appellatur in *l. si domus, §. pecuniæ, ff. de leg. 1. & l. si debitori, ff. de re jud.* Et ita modicum tempus, id est, triginta dierum in *l. 1. ff. de itin. actuq.* Et sane ita recte dices tempus solvendi judicati ex duodecim tabulis fuisse modicum: at hodie esse immodicum, quia hodie ex constitutione Justiniani tempus judicati faciendi est 4. mensium, *l. 2. & 3. tit. seq.* Immodicum tempus profecto, idcirco non est in usu hodie dari 4. menses priusquam exequantur rem judicatam, sed hoc permittitur arbitrio judicis, ut condemnet, & confesso præstituat diem, quem volet. Patricius apud Harmenop. libro quarto Epitom. *Condemnatis, si locupletiores essent, dabantur quatuor menses, ut ex venditione prædiorum suorum, aut cæterarum rerum, quæ essent in manu, pecuniam conficere possent, in quam condemnati erant: pauperiores confestim censebant esse exigendos: ne forte si detur iis intervallum aliquod ad judicatum faciendum, interim parvam rem, quam habent, absumant.* Nec caret ratione Patricii distinctio, ex qua apparet nec tum placuisse omnino dilationem, seu laxamentum illud 4. mensium, quod Justin. dedit condemnatis. Non est omittendum tempus illud legitimum, quod datur judicatis, non dari, nisi petentibus: dilatio ad solutionem faciendam non datur, nisi petenti. Et in hanc rem est maxime notanda *lex pen. tit. prox.* Et ita Theod. in *l. 3. h. t.* scribens de tempore, quod datur judicatis ad solutionem, ait, dari ζητοῦσι. Non datur ergo nisi petenti dilatio judicati faciendi, conquirendæ pecuniæ causa, si non petatur, statim executio fit rei judicatæ. Post tempus autem judicati faciendi, si judicatus solvere supersederit, ex mora pecuniæ in condemnationem deductæ debet usuras centesimas, ut demonstratur in tit. seq. Et fit executio rei judicatæ, nisi novata sit causa judicati, & transfusa in stipulationem, quo casu impeditur executio rei judicatæ, quia exstincta est actio judicati, & liberatus est is, qui judicatus fuit, *l. 2. hoc tit. l. 4. §. si ex convent. ff. de re jud.* Fit autem executio captis pignoribus primum, deinde distractis sub hasta in foro, non quidem statim, sed post 2. menses à capione pignorum, *l. debitoribus, ff. de re jud. l. 1. C. Th. de distract. pign. quæ tributorum causa tenentur.* Et idem Theodorus notat ad *l. 3.* hoc tit. *si intra duos menses*, inquit, *post capionem pignorum condemnati non solvant, quæ in condemnationem deducta sunt pignora distrahuntur.* At quid fiet, si posita hasta in foro, & ut dicitur subhastatis pignoribus captis in causam judicati, nullus inveniatur emptor, nullus licitator, forte ex compacto, vel ambitione judicati nullus ad emptionem publicam rerum in causa judicati captarum emptor accedat? & hoc casu placet, eum, secundum quem judicatum est, mitti in possessionem rerum pignori captarum, ita ut fiat dominus, vel omnino ei addici pignora pro quantitate debiti, *l. à D. Pio, §. pign. ff. de re jud. l. 3. hoc tit.* Hasta dominum facit eum, cui bona addicuntur. Et ideo hasta dicitur domina, ut apud Juvenalem: *Et venale caput domina præbere sub hasta.* Porro in *h. l. 3.* ambitionem vocat gratiam, & copiam amicorum, quam habet is, qui condemnatus est, ut plane nullus velit accedere ad emptionem bonorum, quæ ad illum pertinent. Male imperitia linguæ latinæ Theodorus *ambitionem* interpretatur in *l. 3.* [illegible], id est, circumcursationem, sive ambitum. Compactum autem vocat *l. 3.* [illegible], sive calliditatem, ut in *l. 3. si in cau. jud. pig.* Dolum compositum, sive colludium habitum cum iis, qui accedere debent ad auctionem, quæ fiebat publice sub hasta, sub pertica tristi, ut Propert. loquitur: *Abstulit extructas pertica tristis opes*, ne scilicet accenderent. Et ita

si

si non inveniatur emptor rerum pignori acceptarum in causa judicati, necesse est eas res jure dominii, & possessionis addici, *etrousser* ei, secundum quem judicatum est. Er observandum est in *l.* 3. delendum esse verbum *potuisse*, ut legamus hoc modo: *Ex compacto, sive ambitione diversæ partis emptorem non inveniri*. Videtur etiam in illa *l.* 3. illo loco *res soli, quæ pignori datæ sunt*, potius esse scribendum, *pignori captæ*: Er ita etiam quidam Codices habent, sed nihil muto. Nam invenio & res pignori captas dari ei, secundum quem judicatum est, quod tamen non fit hodie. Et ita in *l.* 1. *inf. si in cau. judic. pig. capt. res in causam judicati datas*, captas scilicet per officium judicis, & victori datas in manu, ut Theodorus ait hoc loco, *δίδοσθαι τῷ νικήσαντι*, & alio loco: *παρέχονται τῷ νικήσαντι*. Qui vetustus mos observandus est: nempe victori tradi res captas pignori in causam judicati, ut eas B teneat, non etiam ut habeat jure dominii, nisi post duos menses nullo invento emptore ei addicantur. Notandum etiam est ex *l.* 5. *hoc tit.* in causam judicati, id est, exequendæ rei judicatæ gratia, etiam nomina rei condemnati pignori capi posse .i. obligationes, cautiones, quod ita verum est, si deficiant res corporales: Nam executio incipit à rebus corporalibus mobilibus primum, deinde immobilibus, qui tamen ordo non servatur in Gallia, nisi cum minores judicati sunt. Et postremo si deficiant, vel non sufficiant res corporales, transitus fit ad nomina, quæ sunt res incorporales, *l.* 2. *sup. quando fisc. vel privat. d. l. à D. Pio, §. si post*. Nec omittendum quod ait *l.* 4. *hoc tit.* non tamen ex causa judicati pignori capi posse annonas, salaria, & stipendia militum, *on ne peut point executer sur cela*, quia Reip. interest, mili- C tibus non auferri sua stipendia, suas annonas militares, ne deserant militiam: Et causa publicæ utilitatis, sive communis salus semper præfertur privatæ utilitati. Qua ratione utitur Theod. in hac *l.* 4. *Juris auctores*, inquit, *quæ communiter omnibus prosunt, præferre solent iis, quæ uni prosunt, vel duobus*. Neque huic *l.* 4. quicquam obstat *l. commodis, ff. de re jud.* quia non loquitur de stipendiis militum, sed de præmiis, & aononis athletatum, qui ex sacro certamine victoriam reportarunt: nam eorum præmia, & commoda pignori capi possunt. Longe alia est ratio militum, qui sub armata militia protegunt Remp. ut plane nolim *l.* 4. trahi ad commoda, sportulas, sive annonas clericorum, quia lex 4. cum inscripta sit ad militem, de militibus tantum accipitur, qui sub armis merent, ut ponit Theod. nominatim, *ἐὰν καταδικασθῇ στρατιώτης ἔνοπλος*: id est, *si condemnatus fue-* D *rit miles armatus*. Et ita etiam aliud privilegium, quod militi armato datur in *l.* 6. *& l. item miles, ff. de re jud.* ut non teneatur ultra quam facere possit, vulgo male trahunt ad clericos, & militiam omnem civilem, cum illæ leges loquantur de armata militia, nobis non licet esse tam audaces, ut privilegia maxime protrahamus ad alia, quæ quasi contraria juri communi semper sunt accipienda restrictius. Addamus executionem rei judicatæ fieri tantum per magistratum, rei scilicet à se judicatæ, vel à judice, quem is dedit: Nam judex datus, sententiæ, quam dixit, executionem non habet, *d. l. à D. P.* sed sententiam ejus exequitur, qui eum dedit, vel per se, vel per officiales suos, executores, apparitores, intercessores datos à se judicati exequendi causa, ut in *l.* 2. *sup. l.* E *si in caus. jud. l. si pign. ff. de evict.* ubi etiam ait, *per offic. etiam rem judicatam* exequi extra ordinem, ut ex illo loco vere possis constituere, omnem executionem rei judicatæ hodie fieri extra ordinem, nimirum quia executionis ordo proditus leg. 12. tab. ordo legitimus exequendi judicati, hodie non observatur, puta, ut ab eo, *qui vicit condemnatus ducatur, & vinciatur nervo, aut compedibus, & suo vivat si volet, si suo non vivat, vivat sumptibus ejus, qui eum duxit. Et ad extremum si non faciat judicatum peregre venum eat*, & alia, quæ Aul. Gellius refert: ad quem ordinem antiqui juris respexit, *l. si pro aliquo* 21. *ff. ad Vellejan.* illo loco: *propter solutionem vexetur*: Nam *vexari* proprie est duci, rapi huc il-

Tom. V. Post.

A luc. Et ad eundem quoque ordinem pertinet *l. quos nos hostes, ff. de verb. sig.* dum explicat verbo *vivere*, contineri non tantum victum, sed etiam vestitum, & stratum, *& l. si victum, de rei judic.* quæ ait eum, qui condemnato sibi, quem duxit, & vinctum habet, non patitur de suo inferri victum, & stratum, teneri pœnali actione in factum, vel actione injuriarum, quæ omnia respiciunt ad ordinem legitimum antiqui juris: novo jure executio fit extra ordinem, id est, non servato illo ordine *l.* 12. *tab. d. l. si pignora*. Addamus de executore: executor habet tantum jus exequendi, non judicandi, aut retractandi rem judicatam, imo nec interpretandi, *l.* 6. *& pen. hoc tit.* Executio rei judicatæ comprehenditur tribus verbis, *capione, distractione, & addictione*. Addictio est extrema linea executionis. Ac postremo notandum est, quod B diximus de tempore dato ad solutionem judicati condemnatis, id tantum habere locum in actionibus personalibus, quibus agitur de pecunia debita, quod & ipsa lex duodecim tabularum demonstrat, dum ait, *æris confessi, rebusque jure judicatis* 30. *dies justi sunto*: Nam tempus datur conquirendæ pecuniæ causa, quæ non statim cuilibet est in manu. At in actionibus in rem hæc tempora non observantur, sed statim jubet judex rem ipsam restitui cum fructibus, *§.* 1. *Inst. de offic. judic.* Imo & ipsam aufert manu ministrorum, sive militum, *l. qui restituere, ff. de rei vindic.* si sit in potestate judicati, sed ut adjicit *d. §. si judicatus .i.* rem restituere jussus cum fructibus perceptis à lite contestata, aut percipiendis, sine frustratione, id est, non morandi animo, aut tergiversandi petat tempus ad restituendam rem, puta C quod ea res sit in longinquo, tunc ei tempus indulgendum est, si modo satisdet de præstanda æstimatione rei, si eam non restituat intra datum tempus. Etiam cum agitur interdicto de libero homine exhibendo, constat statim post rem judicatam sine cunctatione ulla exhibitionem esse faciendam, *l. ult. §.* 1. *ff. de lib. homine exhib.* Idem puto dicendum in actionibus in personam, quibus avocamus possessionem rei nostræ, in actione depositi, vel commodati, nec agimus de pecunia debita, ut etiam officio judicis sine ulla temporis intercapedine ipsam rem mihi restitui oporteat. Et observandum post moram, si res in condemnationem deducta, non pecunia (nam pecunia non potest perire, debetur enim in genere) si res, inquam, perierit post moram judicati, ad debitorem per- D tinebit periculum, quod est generale in jure, ut post moram exstinctæ rei pericolum pertineat ad debitorem, *l. si ex legati causa, de v. oblig.* Quod in judicati causa nominatim est scriptum *l.* 7. *hoc tit.* In qua additur, etiam animalia, & fœtus eorum venire in causam restitutionis, & periculum quoque eorum pertinere ad judicatum, si perierint post moram.



AD TITULUM LIV.
DE USURIS REI JUDICATÆ.

E TEMPUS legitimum, quod condemnatis præstatur pecuniæ in condemnationem deductæ conficiendæ graria, fuit ex 12. tabul. unius mensis, postea vero fuit duorum mensium ex alia *l.* ut constat ex *l.* 5. *§. ult. h. tit. l.* 1. *C. Th. eod.* Et ad extremum *ex constit. Just. .i. l.* 2. *&* 3. *hoc tit.* tempus judicati faciendi est 4. mensium, qui connumerantur à die prolatæ sententiæ; vel si appellatum sit, à die confirmatæ sentent. *l.* 2. *h. t.* vel etiam, quod addi velim, ex die moræ, puta si condemnatus mala fide appellavit negotii protrahendi causa, vel etsi bona fide appellavit, & postea per eum factum est, quo tardius judicaretur: Nam ex die, quo ille frustratione uti cœpit, idque egit, ut lis tardius finiretur, tempus legitimum connumeratur, *l. ult. de re jud. l. tutor in princ. de usur.* Post tempus legitimum fit executio rei judicatæ, captis, & distractis pignoribus. Ex executor, quod nunc ad-

additur in hoc titulo, non tantum habet rationem in exequenda re judicata ejus pecuniæ, quæ in condemnationem deducta est, sed etiam rationem habet usuræ centesimæ ejus pecuniæ, sive sortis, quæ ab eo tempore currit, id est post legitimum tempus, & debetur ei, secundum quem judicatum est, ut si sors in condemnationem deducta sit 400. post legitimum tempus .i. quatuor menses executor rei judicatæ non tantum exigit 400. quæ principaliter debentur, sed etiam si condemnatus in solvendo judicato annum traxerit post 4. menses, exigit ea executor 48. usuræ centesimæ nomine: Nam usura centesima est, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos, quod in idiotismo dicimus, *au denier huict, & tierr*, quia hæc summa duodecies inest in summa 100. aureorum, & ita hoc proponitur in *l.* 1. *h. tit.* in causa fisci: Nam *l.* 1. scripta est procuratoribus hereditatum fisci, de quibus etiam in *l. sed si accepto, ff. de jur. fisc.* Et in antiqua inscriptione: *procuratori stationis hereditatum*: & in alia: *procuratori patrimonii & hereditatum*. Scribonius Largus lib. de compositione medicamentorum, *Antheo Tiberii libertus super hereditates*, id est, *procurator hereditatum*: Nam procuratores rerum fiscalium plerunque erant liberti principum. Et Basil. quoque legem primam accipiunt de fisco, cum ejus sententiam his verbis exprimunt, *ἐὰν ὁ δημόσιος ἐναγάγῃ τινὶ καὶ νικήσῃ, ἑκατοστιαῖον τὸν τόκον λαμβάνει μετὰ τὴν τετράμηνον τῆς καταδίκης, si fiscus adversus aliquem egerit, eumque vicerit, centesimam usuram accipiet pecuniæ in condemnationem deductæ post 4. menses*. Et forte usura olim rei judicatæ in causa fisci fuit centesima tantum, ut apparet ex *l.* 1. sic accepta, ut dixi, quam in aliis causis constat fuisse binam centesimam, *l.* 2. *hoc t. l.* 2. *C. Th. eod. tit.* Et ex const. Just. antiquiore constat fuisse semissem usuram, ut ipse refert in hac *l.* 2. i. dimidium centesimæ. Et puto Justinianum in hac l. intelligere *l. eos, §. cæteros, sup. de us.* quæ tempore prior est, quippe cum sit data Just. iterum consule, lex autem secunda sequenti anno Decio consule. Et in *d. l. eos* generaliter definit Just. etiam in illis casibus, quibus citra stipulationem usuræ debentur (ut hoc casu debentur usuræ rei judicatæ ipso jure sine stipulatione ex natura judicati, ut ait *l.* 3.) Nec illis inquam casib. usuras exigi majores semissib. at posteriori constitutione idem juris esse voluit in fisco, & privatis, ut sc. sortis in condemnationem deductæ post legitimum tempus currant usuræ centesimæ, sortis, inquam, non etiam usurarum ex contractu in condemnationem deductarum, ut definit in *l.* 3. *h. tit.* Nam ut idem Just. ante constituerat *l. ult. de usur.* usurarum usuræ non debentur, etiamsi fiat anatocismus. Olim permissus erat anatocismus, hodie est prohibitus constit. Just. *Anatocismus est renovatio usurarum*. Et fit duob. modis, stipulatione, quæ dicitur novatio voluntaria, quod solebat fieri, ubi usuræ sortem æquaverant: quia supra duplum non possunt deberi. Ubi ergo usuræ ad duplum pervenerant, id est, ubi æquaverant sortem, tum quasi sors deducebantur in stipulatum, atque ita redigebantur in sortem. Et rursus ejus sortis in stipulationem deducebatur alia usura. Denique *anatocismus est usura usuræ redactæ in sortem*. Nam semper veteres prohibent usuras usuræ, *l. si non sortem, §.* 1. *ff. de cond. indeb.* sed non usuram usuræ, quæ sors effecta est. Fit etiam anatocismus judicato, quia actio ex stipulatu transfunditur in actionem judicati, actio pristina, qua actum est, transfunditur in actionem judicati, ut Justin. ait in *l.* 3. priorem contractum novari judicato, *& l. si fundus, §. si pluris, ff. de pign.* si res transierit ad condemnationem, inde pecuniam deberi, id est, ex judicato, ex condemnatione, non ex pristina causa, quæ novata est, ac proinde extincta. Novatio extinguit priorem obligationem. Ergo verissimum est, quod tamen hic Accursius negavit contra manifestissima verba l. judicato novari eam actionem, qua actum est. Fateor non novari obligationem pignoris, de qua non est judicatum, ut in *l. grege, §. etiam, ff. de pignor.* Fateor non novari fidejussoris obligationem, qui judicio non adfuit, cum quo actum non est, *l. grege, §. & post, de fidejussorib.*

A Fateor etiam non novari usurarum obligationem, si de sorte tantum judicatum sit, non de usuris, *l.* 1. *sup. de jud.* at dico novari principalem obligationem .i. sortis obligationem, de qua pronuntiatum est. Et consequenter etiam novari usurarum obligationem, quæ in condemnationem deductæ sunt. Et hæc est magna differentia inter novationem voluntariam, quæ fit stipulatione, & necessariam, quæ fit re judicata: Nam facta novatione voluntaria per stipulationem, tacite & pignora, & fidejussores liberantur. Et usuræ amplius non currunt, *l. novationes, de novat.* At facta novatione necessaria, puta re principali tantum judicata, nec pignora, nec fidejussores liberantur, & usuræ, quæ non sunt deductæ in condemnationem, procurrunt. Ratio diversitatis hæc est, quia judicato non tollitur obligatio naturalis, *l. judex, & l.* B *Julianus, ff. de condict. ind.* at stipulatione omnis obligatio tollitur, civilis, & naturalis: ubi manet naturalis, & pignora manent, atque etiam fidejussoriæ obligationes. Manet etiam obligatio usurarum, quia alia est stipulatio sortis, alia usurarum. Duæ sunt stipulationes: Nec si de una sit judicatum, videtur etiam judicatum de altera *l. centum, ff. de eo, quod certo loco*. Concludamus igitur fieri anatocismum judicato, si & usuræ in condemnationem deducantur: finiri ergo obligationem pristinam usurarum novatione, quæ contingit per rem judicatam: Et post tempus legitimum solvendi judicati, quod est immune ab usuris præstandis, incipiunt currere usuræ rei judicatæ secundum jus vetus, quo permittitur anatocismus, ut *d. l.* 1. *C. Theod. eod.* & in antiqua sententia Senetionis subpræfecti primæ classis Missenatium: *Heredes Patulci* C *Diocl. multentur forte una cum anatocismo binæ centesimæ usuræ propter neglectam religionem sepulchrorum clam dirutorum*. Anatocismus, sive *novatio est finis veterum usurarum, & initium novarum*, qui tamen à Justiniano ex causa prohibitus est. Ideoque ut definit in *hac l.* 3. si judicato facta sit novatio usurarum, id est, si in sortem, & usuras facta sit condemnatio debitas ex contractu, finitur obligatio sortis, & usurarum, veluti novatione, & utrumque deberi incipit ex causa judicati, & post tempora judicati faciendi statim incipiunt currere sortis tantum usuræ centesimæ, non etiam usurarum in condemnationem deductarum, abrogata *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* licet, inquit, in sententia judicis sit *consummata*. Græci habent, *συναφθεῖσα*, quantitas sortis, & usurarum, id est, in unam summam redacta, quam *summam summarum* vocat Plautus, & Seneca, ut si dixerit judex D 500. *dari sortis, & usurarum nomine*, utriusque quantitatem consummaverit, & tamen nos dividemus sortem ab usuris, & post tempus judicati, dicemus sortis tantum usuras currere centesimas, non usurarum in condemnationem deductarum, confusas summas dividemus. Et ita *consummationem* accipit *l. si plura, ff. de ædilit. edict.* quam coadunationem unius calculi vocat *l. ult. sup. de jure dotium*: consolidatam rationem Marc. Tul. *quinto Epist.* Hanc vero decisionem, ut usurarum in condemnationem deductarum, usuræ non currant post spatium legitimi temporis, quod omnino vetitus sit anatocismus, confirmat Justinianus hac ratione: *quoniam, inquit, est absurdum, & inelegans usuris minoribus, quales sunt plerumque usuræ debitæ ex contractu*, de quibus pro-E nuntiatum est, secundum definitionem *d. legis eos*. Absurdum, inquam, est, usuris minoribus judicato extinctis, & finitis, succedere graviores, quales sunt usuræ rei judicatæ, nempe centesimæ. Postremo notandum ex *§. ult. l.* 3. tempora judicati, id est, quatuor menses non tantum dari condemnatis, sed etiam fidejussoribus eorum, aut mandatoribus: alioquin nec condemnatis ipsis ea tempora proficerent, quia si fidejussores cogerentur statim solvere, haberent adversus condemnatum regressum per actionem mandati, ita ut qui petit à fidejussore, vi ipsa videatur petere à reo, *l. adversus, de recept.* Olim tempora judicati dabantur reis principalibus tantum, & duo menses duntaxat, *d. l.* 1. *C. Th. eod. tit.* non fidejussoribus, aut mandatoribus: hodie dantur omni-

omnibus accessoribus, & quatuor menses, non duo ex constitutione Justiniani.

AD TITULUM LV.

SI PLURES UNA SENTENTIA CONDEMNATI SINT.

PERTINET etiam hic titulus ad executionem, & effectum rei judicatæ, quia docet si duo, vel plures una sententia condemnati sint, executionem fieri pro virilibus portionibus diviso periculo sententiæ, id est, ex causa judicati singulos non teneri in solidum, videlicet, si simpliciter, & generaliter omnes condemnati sint in unam, & certam quantitatem, puta hoc modo: *Mævium, & Sejum, & Semp. L.Titio centum condemno.* Singuli, qui condemnati sunt, partes debent: denique judicato non fiunt duo rei debendi, quorum natura, & conditio hæc est, ut singuli solidum debeant, & ut alterius inopia alterum oneret: quod dicimus in idiotismo, *chacun pour soy, & chacun pour le tout.* Judicato igitur non constituuntur duo rei debendi, quia sententia scinditur in personas. Quod etiam ostenditur in *l.Paulus 2.ff.de re jud. l.si quis separatim, §.quoties, ff.de appel. l.si mandatu Titii, §.Paulus respondit, ff. mand.* Et hoc ita verum est, si singuli in solidum condemnati non sint, vel si nominatim in sententia expressum non sit, ut quod unus facere non posset, alter faciat: Nam hoc genere duo rei debendi constituuntur. Cæterum hoc non expresso, sententia scinditur in personas, portionesque viriles. Ex quo apparet verum esse, quod diximus *tit. superiori*, judicato novari priorem obligationem, prioremque contractum: Nam qui ante judicatum forte erant duo rei debendi, puta duo tutores, duo mandatores, duo rei constitutæ pecuniæ, duo fidejussores, licet id in contractu cautum non esset, ut in *d. l. si mandatu Titii, §. Paulus*, quia in contrahendo, quod agitur, pro cauto habetur, *l. cum quid, ff. de reb. cred.* Ergo contractu fiunt duo rei debendi, si tacite agatur, etiamsi non caveatur nominatim. Et ita, qui ante judicatum erant duo rei debendi, post judicatum, post condemnationem in eorum personas collatam, duo rei esse desinunt, tanquam novationis genere, nisi id fuerit in sententia nominatim cautum, ut essent correi, ut singuli adstringerentur in solidum judicato faciendo. Igitur, si hoc cautum non sit in sententia, non tenentur ipso jure ex causa judicati, nisi pro virilibus portionibus. Duo rei fiunt in stipulatione, emptione, locatione, commodato, deposito, tutelæ gestione, administratione, *l. tandem, ff. de duob. reis.* Et nominibus factis apud mensam, ut in *l. idem, & l.si unus, in prin.ff.de pact.* Et fiunt his modis duo rei, etsi cautum non sit nominatim. Judicato autem non fiunt duo rei debendi, nisi id cautum sit nominatim, etiamsi ante judicatum fuerint duo rei ex priori contractu. Objicies ergo condemnationem reo proficere, quod qui tenebatur in solidum, teneatur ex condemnatione pro parte tantum, *πρὸς ἀναλογίαν*, ut Græci dicunt, quod est contra naturam condemnationis: Et quod ait *lex evidenter, ff. de except. rei judic.* evidenter esse iniquissimum, ut exceptio rei judicatæ proficiat ei, contra quem judicatum est, sicut iniquissimum etiam est, ut exceptio rei judicatæ noceat ei, secundum quem judicatum est, *l.9. §.1. ff. eod.* At ego objiciam, condemnationem sane non proficere condemnato in eo, in quod condemnatur, quia hoc natura rei non patitur, sed proficere in eo, quod minuit condemnationem, quod sententia minuit, aut minuere intelligitur priorem obligationem, si dicatur generaliter, & simpliciter enumeratis personis: Nam enumeratio personarum facit viriles portiones, *l. si pluribus, ff. de leg.1.* Sic igitur non possis statuere, condemnationem proficere condemnato, quia minor condemnatio prodest quidem, sed non condemnato. Judex potest minuere priorem obligationem, quod etiam notandum est ex hoc tit. Nam potest efficere, ut qui solidum debet ex priore contractu, virilem tantum portionem debeat.

AD TITULUM LVI.

QUIBUS RES JUDICATA NON NOCEAT.

IN hoc titulo hoc tantum proponitur, actionem judicati, vel exceptionem rei judicatæ, non nocere *absenti*, id est, qui judicio nec per se interfuit, nec per procuratorem: puta si non mandavit causam agi suo nomine, vel si peractam causam suo nomine, & omne, quod actum est citra mandatum suum postea ratum non habeat: Nam qui ratum habet, intelligitur retro litigasse per procuratorem, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur. Sic igitur dicamus, actionem judicati, vel exceptionem rei judicatæ non nocere ei, qui nec per se, nec per procuratorem judicio interfuit, id est, qui non litigavit, nec conventus est, aut qui conventus, non abfuit ex contumacia, etiamsi negotium, quod habet, simile fuerit omnino ei, de quo dicta sententia est, ut *l.ult. hoc tit.* ut coheredi, qui non litigavit in eadem causa, quæ acta est cum coherede, non nocet exceptio rei judicatæ, *l. 2. hoc tit. l. jud. ff. de except. rei jud.* Item, si frater egerit nomine fratris, nec mandante fratre, nec ratum habente fratri, qui non litigavit, exceptio rei judicatæ non nocet, nec quod frater ejus nomine abusus est, *l.1. hoc tit.* Et generaliter exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, *l.7. §. pen. ff.de except. rei jud. l. 2. inf. de except.* non quoties in alias personas, quæ priori judicio non interfuerunt eadem quæstio revocatur, ut ait *l. Claud. in fin. ff. qui potior in pign.* eleganter sine præjudicio prioris sententiæ, ei, qui non litigavit, totum jus integrum relinqui, ut *l. 1. hoc tit.* eum qui non litigavit, agere sine præjudicio rerum judicatarum, id est, sine metu exceptionis rei judicatæ. Prius judicatum non est præjudicium, cujus possit esse ulla vis inter alias personas, ut *l. is, qui fundum, ff. de usuf. leg.* Non posse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare. Extat hæc regula hujus tit. multis in locis juris, & patitur vitia quædam, sed quæ non sunt explicanda hoc loco, quod nullum eorum in hoc tit. proponatur. Teneamus ergo hanc regulam, & addamus ex *l. pen.* ei locum esse non tantum in pecuniariis causis, sed etiam in criminalibus, in accusationibus, quæ est regula, sive summa hujus tit. ut non immerito quæri possit, quid differt hic titulus, in quo nihil aliud proponitur, quam rem judicatam inter alios non nocere, à tit. 60. in quo ita res inter alios acta, vel judicata aliis non nocet, quod ibi explicabitur. Cæterum *l. pen.* est conjungenda *l. 6. inf. de accus.* Utriusq; l. eadem est inscriptio, & subscriptio, & earum conjungendarum ratio hæc est, ut reum accusatum non possit alius pendente actione ejusdem criminis reum facere: sufficit accusator unus, quo admisso non admittitur alius pendente judicio, quod proponit *l.9. inf. de accus. l. hi tamen, §. ult. D. de accus.* recte *delatum*, non peractum reum: Nam *ab uno peractum reum, si forte reus absol. sit* (Peragitur autem reus, si res pervenerit ad sententiam, si de crimine pronuntiatum sit secundum reum, vel contra) *peractum, inquam, reum ab uno, alter accusare potest*, quia non est æquum, ut ei noceat res inter alios judicata, maxime si exequatur suam injuriam, suum dolorem, & ostendat se ignorasse accusationem ab alio institutam fuisse, vel etiam si priorem accusatorem prævaricationis arguat, aut collusionis, ut *l.si cui, §.idem, D.de accusat. l.3. de prævaricat.* Et ita est accipienda *lex pen. hoc tit.* & conjungenda cum *d. l.9.*

AD



AD TITULUM LVII.

COMMINATIONES, EPISTOLAS, PROGRAMMATA, SUBSCRIPTIONES, AUCTORITATEM REI JUDICATÆ NON HABERE.

PERTINET hic tit. ad definitionem sententiæ, ut sciamus quid proprie sententia sit, nec quamlibet vocem, aut voluntatem judicis pro sententia accipiamus, primum enim *comminatio* judicis non est sententia, ut si quid judex interloquendo causa non cognita, id est, citra formam decreti comminetur eum, qui non solvit pecuniam debitam præstaturum duplum, vel quadruplum, vel gravissimas usuras, ut *l.1.& 4.* Denique comminatio judicis non habet vim rei judicatæ, quæ fit citra formam decreti per interlocutionem, aut de plano. Non habet etiam, ut ait *l. 5.* vim stipulationis, quod comminatus sit eum, qui non solveret intra diem certum, soluturum petitori usuras gravissimas. Hæc comminatio non inducit tacitum vinculum stipulationis, sicut nec inducit acceptilationem, *l. 7. sup. de sent. & interloc. omnium judic.* Et huc pertinet, quod ait Symmachus in Epistolis ad Theodosium: *Hoc divus genitor tuus pia lege constituit, sententiam quoque sub comminatione depromptam effectu, & exsecutione vacuari.*

Nec alia ratione programma, *ut ait lex pen. hujus tit.* non habet vim rei judicatæ, quam quod comminatio potius sit, quam sententia, ut Græci dicunt hoc loco. Est autem *programma* nihil aliud quam edictum, quod proponitur publice celeberrimis locis civitatis, veluti contra latitantem, contra contumacem, quo si quid comminetur judex, non habet auctoritatem rei judicatæ, nec lædit æstimationem ejus, qui latitat *l. ult. inf. de requir. re. l. in peremptorio, D. de judic.* Et de his edictis, & programmatibus maxime notandum est, quod scripsit D. Augustinus in *quæstion. novi testamenti*. Ex pluribus præfectis prætorio si unus programma publico loco affigi jusserit, omnes idem jussisse, & proscripsisse videri: in unius præfecti prætorio programmate, etiam cæteri præfecti jubere dicuntur. Sententia hæc est: Etiam si unius præfecti jussu proscriptum publice proponatur, tamen hoc ita esse conscriptum, ac si ex omnium præfectorum jussu manasset. Nec omittendum est, comminationem, quæ habet formam decreti, & causa cognita interponitur, esse sententiam, quia est decretum, non comminatio proprie, quod ostendit *lex tutor, §.si deponitur, D. de admin.tutorum.*

Epistola etiam judicis non est sententia, quam scripsit forte ad debitorem alterius, cohortans eum ad solvendum, vel jubens, *l.2. hoc tit.* quia sententia non fertur per epistolam, non per nuntium. Multa fieri possunt per epistolam, vel nuntium, sed non sententia. Sententia fit per libellum, qui legatur ab ipso judice: legitur enim sententia ex libello, vel periculo, non dicitur, non profertur verbo tenus, sine scripto, atque ita aliud est Epistola, aliud libellus, *l. & in epist. sup. de fideicommiss.*

Subscriptio etiam ad libellum litigatoris, *l'appointement d'une Requeste*, non est sententia, quia fit sine causæ cognitione, *l.3. h.t.* Et multo minus subscriptio ad libellum infirmat superius decretum, quia nec contrarium decretum decretum superius infirmat, ut dictum est *tit. sent. resc.non posse, l.3. h.tit.*

Et notandum maxime ex *l. 5.* missionem in possessionem rerum debitoris fieri ex decreto, quod certum est: Intervenit enim duplex decretum: Unum, quo mittitur in possessionem, secundum quod possidere jubetur. Neutrum per libellum fit: Nam ubi decreto opus est, res per libellum expediri non potest, *par requeste*. Decretum est cognitio, causæ examinatio.

In *l. ult.* hoc ostenditur, non esse appellandam sententiam eam, quæ paucis literis temere descriptis constat, non dicit paucis verbis: Nam brevitas orationis non vi-

A tiat sententiam, nec ullum negotium, ut dicitur in *l. si aliquid, inf. de donat.* Brevitatem chartulæ non vitiare donationem. *Dono Titio centum*, perfecta est donatio: brevitas non vitiat testamentum, ut si scribam, *Lucius heres*, testamentum est. Sic etiam brevitas sermonis sententiam non vitiat: *Titium Gajo centum condemno*, quatuor verbis sententia perfecta est, sed ait, paucis literis temere descriptis, & intelligit *literas singulareis*, ut veteres loquebantur, quas Justinianus vocat singla, id est, singula, ut vincla pro vincula, quibus literis, ut puta quatuor significamus, Senatum, Populumque Romanum. Quatuor illæ literæ dicuntur singulariæ literæ: non sunt notæ: Nam notæ non sunt literæ: *ce sont des Chifres*. Vult ergo, ut sententia scribatur per consequentiam literarum, non paucis literis temere descriptis: id est, non singula-

B riis literis, & multo minus notis, quia non sunt literæ.



AD TITULUM LVIII.

SI EX FALSIS INSTRUMENTIS, VEL TESTIMONIIS JUDICATUM ERIT.

DE executione rei judicatæ habuimus supra: pluribus condemnatis una sententia, condemnationem scindi in portiones viriles, licet ex priore contractu, qui condemnati sunt, fuerint correi, atque ita condemnationem condemnatis proficere, quatenus minoris, non quatenus tanti est, vel esse intelligitur. Et nullam esse executio-

C nem rei judicatæ in eum, qui non litigavit, id est, qui non per contumaciam judicio abfuit, non esse sententiam comminationem nudam judicis: non quod judex per nuntium jubet, per epistolam: non quod subscribit ad libellum. Denique non omnem vocem, aut voluntatem judicis esse sententiam, sed eam tantum, quæ causa cognita ab ipso judice de libello perscripto claris literis recitatur de absolutione, vel condemnatione rei, de qua agitur. Nunc sequitur in *h. t.* suspendi executionem rei judicatæ ex falsis instrumentis, vel testimoniis: Testimonia sunt dicta testium relata in literas. Sed idem trahitur etiam ad falsos testes, *l. Divus, ff. de re judic.* & ad falsum jusjurandum, quod judex sequutus fuerit, *l. admonendi, ff. de jurejur.* & ad falsas allegationes, *l.si prætor, §.pen. ff. de re judic. & sup. tit. si tut. fals. alleg. &c.* Et hoc quidem

D ita procedit, si quis probaverit falsa esse instrumenta, & eorum fidem secutum judicem ita judicasse, & per hoc circumscriptam fuisse judicis religionem, *l.3. h. t.* Nam si variis prolatis instrumentis in judicio, quibusdam veris, quibusdam falsis, judex ex veris judicavit, non ex falsis, rata sententia est, tametsi in judicio exhibita fuerint quædam instrumenta falsa: at si ex falsis instrumentis judicaverit, & hoc probetur liquido, sententia ipso jure citra appellationem rescinditur, *l.2. h. tit.* quia habet, ut eleganter Theodorus ait, ἀναπόδεκτον τὸ ἀσύζυγον, id est, laborat irrito vitio intestino, & per se nulla est ipso jure: & male Glossa ait, sententiam rescindi petita à prætore restitutione in integrum, quæ ipso jure rescinditur, etiam citra restitutionem prætoris: Nam in *l. Divus, ff.de re jud.* in integrum restitutio est παλινδικία, id est, redintegra-

E tio, & restauratio litis: *quand on revoit le procez*. Prætoria autem restitutio in integrum aliud est, nempe juris amissi reintegratio: Itaque ambiguum est verbum *restitutionis*, & anceps. Et quod præterea additur in *d. l. Divus*, testes fuisse pecunia corruptos, ex abundanti est, quia etsi non fuerint pecunia corrupti testes, qui falsi dicuntur, & sunt, causa ex integro agi poterit, quæ ex falsis testibus judicata est. Et in *l.1.h.tit.* præbebit notionem suam, causa scilicet acta ex integro: etsi ex eo judicato per errorem, qui condemnatus est, forte solverit, antequam nosset instrumenta, quibus motus est judex falsa esse, judicati soluti repetitio est, *l. ult. h. tit. & l.qui agnitis, D. de except.* quia ipso jure indebitum fuit, propterea quod ipso jure nulla est sententia, quam extorserunt

runt instrumenta falsa, ut nec actionem judicati pariat, A nec exceptionem rei judicatæ.



AD TITULUM LIX.

DE CONFESSIS.

DATUR hic titulus, ut intelligamus eandem esse rationem exequendæ rei confessæ, & rei judicatæ, quod etiam attigerat *sup. l. ult. de execut. rei jud.* Et est *ex 12. tab.* Confessio est contra se judicatio, unde consequens est, & confessum pro judicato haberi, sed exigimus, ut in jure confiteatur, ut ait constitutio hujus tituli, id est, *ἐν βήματι*, ut habent Basilica, B id est, pro tribunali, vel apud magistratum, ut *l. quid.en. D. de donat. l. post rem, D. de re jud. l.5. §. proinde, D. si quid in fraud. patr. l.4. §. pen. D. ad l. Jul. majest. l.4. sup. de repud. hered. Et in Novel. de test.* Et ut confiteatur apud magistratum competentem, & congruum, ut in *c.4. extr. de jud.* Nam confessio, quæ fit extra jus, vel in jure incompetenti, pro judicatione non habetur, nisi uno casu ex *Novella de testibus*, si rogati interfuerunt confessioni factæ extra jus §. testes, rogati scilicet, & accersiti in eam rem, non fortuiti. Item exigitur, ut confessus habeatur pro judicato, ut qui confitetur non erret in jure, ut in *l. 2. D. h. t.* Quod ita declara, si heres ignorans quantum sit in bonis, vel in ære alieno defuncti, legatariis confiteatur in jure, se debere legata integra, & *ἀφαλκίδευτα*, ut C Theodorus loquitur .i. sine deminutione Falcid. ex sua confessione non tenetur, quia erravit in facto. At si sciens quantum sit in bonis, & ære alieno, si peritus facti, ignarus vero legis Falcidiæ, in jure confiteatur se debere solida, & integra legata, ex sua confessione tenetur, quia in jure erravit, qui error est inexcusabilis.



AD TITULUM LX.

RES INTER ALIOS ACTA, VEL JUDICATA ALII NON NOCERE.

QUOD dixit *tit.56. de re judicata*, ut res judicata D inter alios aliis non noceat, id in hoc tit. porrigic ad omnia alia acta, sive gesta habita inter alios, veluti ad solutiones, transactiones, divisiones, pactiones habitas inter alios, ut aliis non noceant, ut quod solvit coheres pro sua parte creditori hereditario, coheredi non nocet, qui non solvit, & ei quid deberi negat, *l.1. h. t.* Item quod quidam coheredes inter se transegerunt certæ rei dividendæ causa, tanquam hereditariæ, id coheredibus absentibus, qui nihil transegerunt, non nocet, *l.2. hoc tit.* Symmachus in epistolis: *quando absentibus*, inquic, *& ignorantibus inter alios gesta nocuerunt?* Et notandum in *hac l.2.* transactionem appellari etiam divisionem, quia omnis divisio fit transactionis genere, ut in *l.qui Romæ, §.duo fratres, de verb. oblig. l. tres fratres, D. de pact.* Item quod frater egit nomine fratris absentis, E & ignorantis, paciscendo, vel agendo cum debitoribus hereditariis, ut in *l.3. hoc tit.* Adde, vel jusjurandum deferendo, ut in *l.7. sup. de reb. cred. l.10. D. de jurejur.* Hoc absenti nihil nocet, quia res inter alios acta est, etiamsi illi fuerint absenti consortes, & coheredes fratris. Nihil propric in hoc titulo ponitur de re judicata: Et abundant igitur in rubrica illa verba, *vel judicata.* Sed quod de re judicata, ut dixi, fuit propositum in *tit.56.* hic trahitur ad omnia alia acta, sicut quod proponitur in *tit.52. de re judic.* trahitur ad omnia alia acta in *l.ult. eod. tit.*



AD TITULUM LXI.

DE RELATIONIBUS.

RES à minore judicio ad majus judicium, sive auditorium, vel ad cognitionem principis transfertur duobus modis, *relatione, & appellatione*, de quibus nunc dicere instituit. *Relatio*, quæ ipsa consultatio dicitur, fit ab ipso judice ad principem ante sententiam, si ambigat judex quid statuere debeat ea de re, de qua apud se agitur, missa principi opinione sua, ut *Nov.115.c.1.* Et de hoc genere relationis agitur in hoc titulo, quoties judex consulit principem de re omni ad eum ante sententiam suam, perlata post opinionem suam, cujus certiorem facere debet principem, quem consulit, nimirum consulere eum debet exposita opinione sua, vel conjectura. Quod tamen genus relationis sublatum est *Novel.125.* ut nullæ fiant relationes ante sententiam, post sententiam fieri possunt appellatione interposita, nec recepta à judice, ut princeps æstimet an sequenda sit judicis sententia, aut recipienda appellatio, *l. pen. C.Theod. eod. tit.* Appellatio autem fit à partibus, à litigatoribus: ad relationem princeps rescribit, vel patritii, qui ab eo electi sunt, ut relationi respondeant, juxta *leg.34. t.seq.* Ad appellationem consultat coacto consilio suo, *l.2. sup. ut lite pend.* Et ita recte Optatus libro primo contra Donatistas: *Relatio missa est, rescriptum venit.* Et idem libro secundo. *Cruentas operati sunt cædes, & tam atroces, ut de talibus factis ab illius temporis judicibus relatio mitteretur.* Solebant enim atrocia crimina, quæ contigerant, mox referri ad principem, ut ipse statueret quid fieri vellet. Et eleganter Imp. *in l.2. sup. de offic. Vic. Relationes judicum libenter audimus.* Non agitur de relationibus, quarum sunt pleni aliorum auctorum libri, quæ fiebant ab ipso principe, vel à magistratibus ad senatum. Et legimus de eis, senatum principibus aliquando dedisse jus tertiæ, vel quartæ, vel quintæ relationis, quod anxie quærunt quid sit, maxime D. Alciatus 10. parerg. Sed mox ostendit aperte jus 3. 4. vel 5. relationis, nihil aliud esse, quam ut possit princeps de re eadem pertinente ad summam rempublicam referre, ter, quaterve pertinaciter, idemque retractare sæpius. Quod arguit aperte Capitolinus in Pertinace, dum ait, *Pertinaci datum jus quartæ relationis.* Idque hominis loco fuisse, quia revera est pertinax, qui eadem re sæpius refert, ut Pertinaci merito daretur jus quartæ relationis. At ut de relationibus judicum ad Principem, de quibus agitur in hoc tit. exponamus: Primum exigitur in hoc titulo, ut relatio missa ad principem sit plena instructio, plena, & integra relatio, plena opinio, id est, ut omnem causam complectatur, *l.1. & 3. h. tit. l.15. tit. seq.* ut sit plena opinio, ut ait *lex inter pœnas, D. de interdict. & releg.* Cur in cognitione principis non datur dilatio, *l.5. sup. de dilat.* quia non nisi ad plenum instructa causa remittitur ad principem, & ut Judex exemplum relationis, & opinionis, quod vult mittere ad principem, edat litigatoribus, & partibus, nec eam mittat insciis eis, ut in *l.pen. D. de appellat. recip. l. ult. D. quando appelland. sit.* Præterea, ut suæ relationi adjungat acta, *il faut qu' il envoye la procedure*, & adjungat etiam refutatorias preces partium, si quas velint addere, id est, refutationes relationis, si dicant relationem non esse plenam, non esse perfectam, si dicant relationem contrariam esse veritati, vel qua alia ratione eam impugnent adjectis refutatoriis precibus: tum demum plena est maturitas relationis, *l.2. hoc tit.* sic legendum, *plena maturitas*, non *plena veritas.* Et hæc omnia ostenduntur non tantum in hoc titulo, sed etiam in sequenti, *l. eos, §. super his, l. quoniam, & l. à proconsulibus.* Symmachus in epistolis: *Tunc oblatis provocationis libellis suspensa sententia, cujus meritum perennitas vestra lectis, gestis, ac refutatoriis cohærentibus æstimabit: ego in referendo prolixus esse non debui.* Et præterea

rea

rea ostenditur in *hoc tit. l.1.* ut post sententiam judex non terreat litigatores promissa relatione, puta dicendo se velle de ea re ad principem referre ne appellent partes: non debet, inquam, judex obtentu promissæ relationis morari appellationem partium, postquam dixit sententiam, & servandum in *hac l.* 1. recte Haloandrum legere, *relatione promissa*, non *præmissa*. Relatio promittitur partibus, mittitur principi, *l. ex eo, tit. seq. l.31. & 34. C. Theod. de appellat.* Et Symmachus: *promissa relatione discedo*, à tribunali scilicet.



AD TITULUM LXII.

DE APPELLATIONIBUS, ET CONSULTATIONIBUS.

RES ad majus auditorium transfertur non tantum relatione, verum etiam appellatione: sed relatione, ante, vel post sententiam, appellatione, nonnisi post sententiam, *l. ult. sup. de sentent. & interlocut.* Hoc est commune remedium damnatorum, vel eorum, quibus sententia judicis omni ex parte non satisfecit, *l.3. in fin. D. rem rat. hab.* Et appellationis effectus hic est, ut extinguat judicatum, *l.1. in fin. D. ad senat. Turpil.* etiamsi non recipiatur ab eo, qui judicavit, *l.3. h. tit.* Et si forte injusta appellatio visa sit, ut prior sententia potius conservata dicatur, *l. ult. ff. quod cum eo:* quam confirmat *l. 2. sup. de usur. rei judic.* Quia confirmationis natura hæc est, ut retrotrahatur, *l.25. sup. de don. inter vir. & uxor.* At prior sententia, si confirmata sit, *appellatione injusta pronuntiata*, non retrotrahitur posteriore sententia, id est, posterior sententia non recurrit ad priorem, sed prior descendit ad posteriorem, adeo ut furti damnatus, si appellaverit, & appellatio injusta sit visa, hodie fiat infamis, non etiam retro intelligatur fuisse infamis à die prioris sententiæ, *l. furti, §.1. de his, qui not. inf.* Appellatio etiam vim suam exercet adversus rescriptum Principis, ut puta si post missam relationem ad Principem, & elicitum à Principe rescriptum, ad id judex conformarit sententiam suam. Nihilominus ab ea appellari potest, licet sit corroborata rescripto principis, quod præcessit sententiam, *l.1. §.1. ff. eod.* Et ita est accipienda *lex 2. h. t.* circumducta Glossa Accursii: Appellatio jam quid sit quæris: Est à sententia minoris judicis ad majorem provocatio: vel ut simpliciter definit interpres Apollonii *μετάβασις ἀπὸ δικαστηρίου πρὸς δικαστήριον: est transitus à judicio ad judicium.* Dico à sententia: nam ab interlocutione perrato solet appellari, id est, paucissimis casibus, *l.2. ff. de appellat. recipiend.* Itemque ab executione sententiæ, *l.5. inf. quor. appellat. non recip.* & à nominatione justa ad munus, honoremve publicum, à nominatione justa, id est, legitime facta, qua quis scilicet vocatur ad munus publicum: à qua interponitur appellatio, querela potius est, quam appellatio, ut eleganter ait *lex 12. C. Theod. eod.* Quia *appellationis* verbum, ut ea lex ait, in majoribus rebus dici oportet. Quamquam & ipsa appellatio sit querela, quæ in majori auditorio instituitur adversus iniquitatem prioris, quæ est altera definitio in *l. præfecti, ff. de minor.* Appellatio est species: Querela est genus: Nam & cum sententia dicitur ipso jure nulla, hoc non appellatio, sed querela appellatur, *l.3. sup. quom. & quand. jud.* Consultatio autem in hoc titulo longe aliter accipitur, quam in *tit. sup. l.1. & 3.* Nam ibi *consultatio* est relatio judicis ad principem: hic consultatio est deliberatio, & consilium, sive sententia, quam princeps, ad quem appellatum est, cum consilio suo collocutus dicit, quæ in Basilicis semper vocatur *συνελεύσις*, ut in Psalmo 1. quod 70. interpretes βουλὴν auctore Eusebio, Symmachus *συνέλευσιν* vocat: & in *l.6. sup. de usucap. pro empt.* quæ est sententia, sive decretum Imper. Philippi, in inscriptione ita est legendum: *Imperator Philippus Augustus cum consilio collocutus dixit*: quibus verbis etiam legimus in libris notarum Juris explanari tria CCC. *Cum consilio collocutus*. Et sane ita est explanandum, quod pauci sciunt in antiqua formula Alpheni Senecionis subpræfecti primæ classis in Mis. ubi ita est: *Senecio*. Deinde sequuntur tria CCC. id est, *cum consilio collocutus*. Consultatio igitur est consilium principis, & conventus coacti senatus ad dirimendas causas appellationis. Julianus in *Nov.56.* differentiam facit inter silentium, & consilium, vel conventum, vel consultationem, dum ait, senatoribus principem, aut indicere silentium, aut conventum, sed indicto silentio, non conventu, silentio inesse conventum, *id est*, senatum esse in conventu, id est, non minus senatores convenire debere indicto silentio, quam indicto conventu. Et indicebatur silentium principe habituro orationem in senatu. Zonaras in Leone Philosopho refert, *Imperatorem consuetam in senatu orationem de castu, sive jejunio habere voluisse, quæ vocatur silentium*. Ita etiam Nicetas in Manuele Comneno lib. 7. *Imperator*, inquit, *parturiebat Catecheses, sive institutiones pias, quas Catecheses, sive conciones vocant silentium:* & ita etiam Anastasius Bibliothecarius lib. 21. *Leo*, inquit, *silentium contra sanctas, & venerabiles habuit iconas: & 22. Imperator per dies singulos silentia faciens, populum ad suum sensum flexit.* Alia ergo sunt consilia, sive consultationes, alia silentia. Nec consilia igitur dicuntur, quasi consilentia, ut Festus scribit, sed quasi considia, ut Servius ait, recte adjiciens sedentium animos tranquilliores fieri: & ideo consiliantes sedere, non stare, ut Apollonius lib. 4. *μητιόωντο ἑζόμενοι βουλὴν*, *agebant consilia sedentes*. Et Homerus Iliados pen. *βουλὰς ἑζόμενοι βουλεύσομεν*, & ult. *βουλὰς βουλεύουσι παρήμενοι*. Porro statim initio hujus tituli, veluti pro exemplo proponitur sententia Imper. Severi *ex appellatione infirmantis prioris judicis sententiam*. In qua notandum est, præmitti rationem sententiæ his verbis: *prius de possessione, &c.* ut Servius in locum illum Virgilii lib. 10. Æn. *Quandoquidem Ausonios conjungi fœdere Teucris*, scribit in usu fuisse, ut antequam diceretur sententia, ejus præmitteretur ratio, quod vellem & in usu esset hodie: Nam hoc etiam probat Accursius in *l. si legatario, in fin. de fideicommiss. libert.* Etiam arbitror notanda esse illa verba, quæ supplenda sunt in quibusdam libris, à quibus absunt: *Severus autem dixit. Nam princeps verbo sententiam dicit, non etiam recitat ex scripto, ut alius judex ex periculo.* Item notandum in *h. l.* 1. à præside provinciæ principem appellari, & jure appellari, si præses provinciæ prius pronuntiaverit de crimine vis illatæ possidenti, quam possessionem vi dejecto restituerit: Nam ut dicitur, *ante omnia spoliatus restituendus fuit*, quæ restitutio appellatur momentum, momenti beneficium, momentaria possessio, quia confestim, & sine mora expediri debet. Denique majorem celeritatem desiderant reformatio, & restitutio possessionis vi ereptæ, quam executio criminis *ex l. Julia de vi publica, vel privata.* Et hoc est, quod ait *l. si quis, inf. ad l. Jul. de vi publ. ante omnia causam violentiæ examinari*, id est, causam possessionis vi ereptæ, ut quam primum redintegretur, non publicum violentiæ crimen. Quia, ut ait eadem lex, prius est finienda causa possessionis, quam perveniatur ad crimen violentiæ. Itaque licet dicatur plerunque criminalem quæstionem præponi civili, *l. ult. sup. de ord. judic.* tamen hoc casu civilis præponitur criminali, quia finita hac civili quæstione de possessione, postea de vi (quæ secunda est, vel ut vulgo loquuntur, secundum caput) aut nulla, aut expeditior, seu levior erit causa criminalis. Propterea quod crimen cessat, si illum, qui se vim passum dicit, appareat non fuisse possessorem, vel etiam, si possessor fuerit, minus punitur, qui eum dejecit, si sit proprietarius, quam si non proprietarius fuerit, ut innuit *d. lex si quis*. Ac præterea pauci sunt, qui recuperata possessione sua, qua per vim dejecti erant, velint subire periculum subscribendi in crimen *l. Juliæ de vi publ. aut priv.* Ut ergo finiantur lites, & præcidantur, hoc casu melius est præponi quæstionem civilem criminali, qua forte finita civili, conticescet criminalis, eo qui egit contento reformatione possessionis. Itaque ut jam pridem docui *Observ.5.* pugnat omnino

hæc

hæc sententia, sive decretum Severi, quod proponitur in *l.* 1. cum quo congruit *d.l. si quis*, cum alio decreto, sive rescripto Divi Hadriani, quod proponitur *in l.* 5. *§. si de vi, ff. ad l. Jul. de vi public. & in l. si de vi, ff. de judic.* Quibus locis refertur illud decretum Hadriani, non etiam probatur. Nam Severi decretum, quia posterius est, magis sequendum est. Illo vero Hadrianus censet de vi criminaliter prius agi oportere, quam de possessione, vel proprietate. Et fretus quoque forte decreto illo Præses provinciæ de crimine vis prius pronunciabat: à quo tamen Divus Severus decrevit, juste appellatum fuisse, quod præter rationem, quam adduxi hac in causa, præstet, & utilius sit finiri prius de possessione, deinde de proprietate civilem quæstionem, quam perveniatur ad crimen de vi publica, vel privata. Ideoque pronuntiat Severus *juste provocatum fuisse*. Hæc enim est formula, qua utitur is, ad quem appellatum est, ut scilicet pronuntiet, aut justam, aut injustam appellationem esse, *mal appellè, ou bien appellè*, *l.* 6. *§.* 1. *hoc tit.*

Ad L. V. Præses provinciæ, *ad quem appellasti, si non vitio negligentiæ vestræ, tempus, quod ad reddendos apostolos præscriptum est, exemptum esse animadverterit, sed ex fatalis casus necessitate diem functo eo, qui eos perferebat, id accidisse cognoverit, juxta perpetui juris formam desiderio vestro medebitur.*

LEx 5. est de *Apostolis*, qui sunt literæ, quas judex, à quo appellatum est, recepta appellatione, scribit, transmittens ad eum, qui appellatus est, totius rei cognitionem. Dat autem appellanti perferendas ad eum, quem appellavit, quæ & *literæ dimissoriæ* dicuntur, libelli dimissorii, & relationes in *l. si judicio, & l. si appellat. hoc tit.* Et in Basilicis hoc loco ita definiuntur apostoli: *ἀπόστολοι καλοῦνται δι' ὧν ἡ παρὰ τοῦ δικαστοῦ γίνεται μήνυσις πρὸς τὸν μέλλοντα κρίνειν τὴν ἔκκλητον*: id est, *apostoli sunt literæ, quibus causa refertur à judice ad eum, qui de appellatione cogniturus est*. Erant autem olim petendis, accipiendis, & reddendis apostolis præfiniti dies 5. *ut Paul. ait* 5. *Sentent. tit. de dimissor. literis*. Et post redditos apostolos intra alios quinque dies, datis fidejussoribus, erat cavenda pœna in hunc casum, si appellator appellationem deseruisset, vel si non juste eum appellasse pronuntiatum fuisset, ut idem Paulus *scribit tit. de cautionibus, & pœnis appellationum*. Hodie vero dandi sunt apostoli, etiamsi à nemine petantur: & his datis nulla pœna in cautionem deducitur, id est, nulla exigitur cautio pœnalis de exercenda appellatione, *l.* 6. *§. ult. hoc tit.* Sed qui temere appellavit, arbitrio judicis mulctatur, *d.l.* 6. *§. ne temere*, *il faut qu' il paye l' amende du fol appel.* temere appellanti mediocris pœna infligitur, id est, mulcta pecuniaria. Et specialiter si non recepta appellatione aliquis tamen obstinate causam appellationis defenderit, & reddiderit, executusque fuerit, si injusta appellatio sit visa, quodammodo notatur infamia, *l. à proconsulibus*, *h. t.* quia invito judice, id est, non admittente, seu recipiente judice appellationem nihilominus eam executus est: unde si male executum appareat, merito notatur. Generaliter, qui temere appellavit multatur mediocriter in certam pecuniæ causam. Specialiter hoc casu notatur, quia non recepta appellatione appellationem porrexit injuste. Specialiter etiam is, qui appellavit ab executione, vel interlocutione, quæ appellatio merito repudiari potest à judice, atque contemni, si tamen præfracte persequatur causam appellationis, quam interposuit ab executione sententiæ, vel ab interlocutione, & pronuntiatum sit *non juste appellasse*, sustinet pœnam 50. lib. argenti ex *l.* 5. *inf. quor. appellat. non recip.* Hoc ita procedit specialiter in his duobus casibus, quia persecutus est appellationem non receptam, aut quæ recipi non debuit, veluti ab executione sententiæ, vel interlocutione, ac deinde superatus est, id est, pronuntiatum est temere eum appellasse: temeritatis suffert eam pœnam, quam diximus illis casibus. Generaliter autem qui temere appellavit, mulctatur officio judicis. Item hodie dandis, reddendisque apostolis non 5. sed 30. dies præscripti sunt, *l. judicib. hoc tit. l.* 29. 31. 34. *C. Theod. eod. tit. Novella* 126. Nec obstat *l.* 6. *§. ult. hoc tit. vel Novella* 134. quæ ait, apostolos dari sine aliqua dilatione moratoria, sive frustratoria, ut in *l.* 1. *sup. de relation.* Legitima dilatio non est frustratoria. Qui autem eam non observat, id est, qui ante 30. dies non accipit, & reddit apostolos, præscriptione ab agendo summovetur, id est, præscriptione illius temporis, quod non observavit, repellitur ab actione causæ appellationis, videlicet si per eum steterit, quo minus acciperentur apostoli, & redderentur, non si per judicem steterit, *l.* 1. *ff. de lib. dimiss. l. si appellat. inf. h. t.* vel si per tabellarium steterit, cui apostoli dati erant deferendi: Quid enim si mors tabellarii intervenerit? quæ est species *l.* 5. Illis duobus casibus succurritur ei, qui appellavit, etiam tardius redditis apostolis, ut præscriptione ab agendo non repellatur. Et hic explicabo sententiam *legis si appellationem*, *hoc tit.* quam nullo modo percepit Accursius: differentiam illa lex facit inter judices, & arbitros; judices appellat eos, qui ex ordine judicant, id est, Magistratus: arbitros, qui ex delegato cognoscunt, quæ divisio etiam extat *in l. à proconsulibus*. Et judices quidem si non recipiant appellationem, vel si recipiant, sed apostolorum copiam non faciant, lex constituit, si appellatum sit ad præfectum urbi, vel præfectum prætorio, quæ sunt amplissimæ potestates, & apices dignitatum, ut is, qui appellavit, habeat annum integrum ad contestandam, & expostulandam injuriam judicis, qui non recepit appellationem, vel qui denegavit apostolos recepta appellatione, & ad conveniendum adversarium: ubi male Accursius adversarium, id est, judicem: imo adversarium, id est, eum, contra quem appellavit: *qu' on appelle au Palais l' intimè*. Et ita in *l. ult. C. Theod. de repar. appellat.* quæ est conjungenda *cum d. l. si appellationem*, ad conveniendos eos, quos pulsat intentio, id est, ad conveniendos adversarios, qui priore judicio vicerunt. Idem etiam Accursius in *d. l. si appellationem*, hæc verba, *ex sententia prolata*, sic interpretatur, id est, propter sententiam prolatam conveniendum adversarium, id est, judicem, quod totum est nugatorium: Nam illorum verborum *ex sententia prolata* manifestus sensus hic est, *ex die sententiæ prolatæ*, id est, connumerato quoque ipso die, appellatori dari annum ad contestandam prioris judicis injuriam, & conveniendum adversarium, contra quem appellavit. Quod si, ut eadem l. ait, non sit appellatum ad amplissimas potestates præf. urbi, vel præf. pr. sed ad inferiores judices, lex appellanti ad contestandam eandem injuriam præscribit 6. menses tantum: arbitris a. non recipientibus appellationem, vel denegantibus apostolos, lex appellanti ad contestandam injuriam, & conveniendum adversarium præscribit quatuor menses: post contestationem injuriæ incipiunt currere tempora introducendæ appellationis: & hoc vult *d. l. si appellationem*.

Ad L. VI. Eos, qui de appellationibus *cognoscent, ac judicabunt, ita judicium suum præbere conveniet, ut intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua, remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat: cum salubritas legis constitutæ ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad judicem, à quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias, remotam occasionem, atque exclusam penitus intelligant, cum super omni causa interpositam provocationem, vel injustam tantum liceat pronuntiare, vel justam.*

Ad §. Si quid autem *in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur: cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.*

Ad §. Si quis autem *post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hocque fieri judex perspexerit, sumptus idem ad faciendi itineris expeditionem præbere debebit, cum id ipsa justitia persuadeat ab eo hoc cognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit.*

Ad §. Super his vero, *qui in capitalibus causis constituti appellaverint: quos tamen, & ipsos, vel qui pro his provocabunt, nonnisi audita omni causa, atque discussa, post sententiam dictam appellare conveniet: id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fidejussoris retentis in custodia reis, opiniones suas judices, & exempla appellatoribus edita, ac refutatorias eorum, ad scrinia, quorum interest, transmittant: quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis, pro fortuna singulorum sententia proferatur.*

Ad §. Ne temere autem, *ac passim provocandi omnibus facultas præbeatur, arbitramur eum, qui malam fidem fuerit persecutus, mediocriter pœnam à competenti judice sustinere.*

Ad §. Sin autem *in judicio propriam quis fuerit causam persecutus, atque superatus voluerit provocare eodem die, vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supradicta conditione etiam tertio die provocabit.*

Legis sextæ sunt sex capitula in usu apprime necessaria, ex quibus jam exposui duo: Unum de mediocriter puniendo eo, qui temere appellavit, in §. *ne temere*: alterum de dandis apostolis, etiam nemine petente, & de non exigenda cautione exequendæ appellationis in §. *ult.* Restant igitur quatuor capitula. Primum est, ut judex, ad quem appellatum est, omnino sua sententia definiat juste, necne sit appellatum, nec rursus negotium remittat ad priorem judicem, *il n'y à point de renvoy*: quia interposita appellatione, ejus rei judex esse desiit, ut ait *l.13. C. Theod. eod. tit.* Et hoc est facillimum. Secundum autem caput hoc est, ut in judicio appellationis audiatur is, qui appellavit, si proferat novos testes juris sui tuendi causa, & probandi, si proferat allegationes, assertiones, defensiones, exceptiones, probationes novas, quæ vocat *supplementa partium*. Et hoc ostenditur in §. *si quid autem*. Eodemque modo novas probationes, assertiones, allegationes adferentem adversarium, contra quem appellavit, audiri par est, ut in *l. per hanc, tit. seq.* Ut uterque quantum potest jus suum tueatur, atque defendat, seu communiat. Ne refert, utrum appellatum sit ad Principem, an ad alium judicem: Nam si appellatum sit ad Principem, etiam novæ allegationes admittuntur, id est, nova supplementa, aut fulcimenta causæ, *l. in offerendis, in fin. & l.ult. §. in refut. h. t.* Nec his quidquam obstat *l.5. sup. de dilat.* qua movetur Azo in contrarium, quoniam ea lex dicit, in cognitionibus Principum ex appellatione, vel relatione nunquam tribui partibus ullam dilationem, videlicet ad instruendam causam: Nam ille titulus *de dilationibus*, est de dilationibus, quæ tribuuntur instrumentorum causa, id est, litis instruendæ causa, quæ nondum instructa est. Igitur in cognitionibus Principum non tribuitur dilatio ad instruendam causam, quæ satis instructa est: Nec enim causa ad principem transmittitur, nisi ad plenum instructa, nisi sit plena, & integra instructio, relatio, opinio transmittentis negotium ad principem, *l.1. & 3. sup. de relat. l.5. C. Theod. de appellat.* Cæterum novæ probationes admittuntur, quæ scilicet adduntur causæ non satis instructæ, ut novi testes, sed ita ut ait *l.6.§.2.* ut evocatis testibus, qui eos evocat, præstet viaticum, & sumptum itineris, quod ostendit etiam *l.3.§. Sabino, ff. de testib. l.10. sup. de testib.* juncta *l.ult. C. Theod. de abolit.* Et hoc jure utimur, *ut evocatis testibus præstentur impendia*, cum eo, quod ex suis operis consequi possent, *pour leurs journees*. Summa igitur capituli 2. hæc est, eum, qui appellavit, & eum, contra quem appellatum est, audiri adferentem adsertiones, allegationes, & novas probationes. Videamus an huic definitioni obstet Novella *de testib.* quæ vult, ut qui semel renuntiavit in judicio productioni testium, qui dixit, sibi satis esse testium, si cognovit testimonia, & præscriptiones adversarii, *les reproches*, postea non audiatur, si velit nova productione uti. Et sane non auditur quidem in eo ipso judicio, in quo renuntiavit productioni testium. Sed restat illud inspiciendum, an audiatur in judicio appellationis, si velit nova productione uti? Et dicam etiam non audiri, quia videtur idem esse judicium, quod de eadem re est: ideoque exceptio procuratoria, quæ post litem contestatam non potest opponi in priori judicio, non potest etiam opponi in judicio appellationis, *l. ita demum, sup. de proc.* Cur ita? Quia idem judicium esse videtur, quia eadem res est. Qui dicunt aliud judicium esse appellationis à priore judicio, perperam moventur *l. cum apud, ff. judicat. sol.* Quia ea lex hoc vult, eum, qui in priori judicio cavit judicatum solvi his verbis: *Quidquid Sempronius judex statuerit recte dari, præstari*, si ab eo judice appellatum sit ad Cajum, condemnato reo, qui cavit judicatum solvi ex sententia Caii, non committi stipulationem. An quia aliud judicium est? Minime: Nam si cavisset in rem, puta, quod judicatum est dari, nihil interesset, utrum à priore, an posteriore judice judicatum esset, & utrobique committeretur stipulatio judicatum solvi: At quia cavit in personam, *Quidquid Sempronius judex statuerit solvi*, non potest pertinere cautio ad alium judicem, non potest egredi personam. Et hæc est quæstio *l. cum apud*. Hodie illud expeditum est, ex usu communi, eum, qui in priore judicio productioni testium renuntiavit semel, nec in judicio appellationis audiri, si alia productione uti velit, auctore Clemente in *capitulo ult. extra, de testibus*. Sed hoc ita intelligendum est, si in eandem rem velit alia productione testium uti: Nam si in aliam rem, in qua non sit usus productione testium, quæ tamen pertinet ad litem principalem, aut ei connexa sit, velit uti productione testium, vel aliorum, vel eorundem, sane audietur, *c. fraterni, de testib.* Nam etiam qui appellavit addita certa causa cur appellet, non prohibetur causæ, quam initio allegavit, aliam adnectere interpositæ appellationis, *l. 3. ff. de app.* Et hoc de 2. cap. Cætera sunt facilia. Tertium hoc est, *ut qui in causis criminalibus appellavit, carcere contineatur, licet appellatio extinxerit judicatum*, ut causam appellationis dicat ex vinculis, videlicet si copiam non habeat idonei fidejussoris, alioqui dato idoneo fidejussore, carcere liberatur, in hac *l.6.§.super his, & l.12.h.t.* Et ita post appellationem interpositam, ut additur in *d.§. super his, & l. à proconsulibus*, & dictum in titulo *de relationibus*, ut judex, à quo appellatum est, datis appellanti apostolis, mittat etiam opinionem suam plenam ad eum, qui appellatus est, quæ jam verius *opinio* dicitur, quam sententia, quia appellatio extinxit sententiam, exemplum autem opinionis suæ, & relationis, ut edat partibus, cui partes si velint possunt addere refutatorias preces. Et quartum caput hujus legis hoc est, ut in propria causa libelli appellatorii dentur intra biduum ex die sententiæ datæ, quibus profiteatur, se appellare à sententia: In causa aliena (ut si procurator agat) intra triduum, ut in *§. pen. h. l.6. l.1.§. triduum, ff. quand. appelland.* Alii sunt libelli dimissorii, qui dicuntur apostoli, & à judice dantur appellatori: alii sunt appellatorii, qui ab appellatore dantur judici, qui de re prior cognovit. Sed hæc definitio *§. pen.* hodie sublata est *Nov.23.* præscriptis à Justin. diebus decem, tam in propria, quam in aliena causa ad offerendos libellos appellatorios. Alia duo capita hujus l. exposui in *l. 5.* Nunc dicam, à quibus appellari possit, & quis ab eis appelletur. A prætoribus appellatur præfectus urbi, *l. 17.* Idemque præfectus urbi appellatur à quibusdam præsidibus provinciarum designatis, *l. 23.* Unde Cassiodorus in formula præfecti urbi, *Tu etiam, inquit, ex designatis lege provinciis ab appellatione cognoscis*. Et Papinius de Gallico præfecto urbi: *Inqua sinum, quæ sæpe tuum fora turbida quæstu Confugiunt, legesque, urbesque ubicunque togatæ. Quod tua longinquis implorant*

jura

jura querelis, &c. Quibus sane verbis significat ex provinciis etiam longinquis appellari præfectum urbi. Et Vopiscus quoque in *Aureliano*, referens verba senatus ad curiam Carthaginensem: *Omnis*, inquit, *provocatio præfecti urbis erit, quæ tamen à proconsulibus, & ab ordinariis judicibus emerserit*. Ab aliis provinciis, vel præfectus prætorio appellatur, ut *l.29.h.t. & l.27. C. Theod. eod.* Et adjuncto magistro militum in casu *l. 23. h.t.* si apparitori magistro militum fiat controversia status, vel appellatur princeps, ut *l. 1. & l. à proconsulibus, hoc tit.l.ult. D.de cond. & demonstr.* vel consentiente principe appellatur Senatus, ut in Probo scripsit Vopiscus: *Permisit patribus, ut de magnorum judicum appellationibus ipsi cognoscerent*. Et de M. Antonino Capitolinus: *Senatum*, inquit, *multis cognitionibus, & maxime ad se pertinentibus judicem dedit, neque quisquam principum amplius senatui detulit*, sic legendum. Et paulo post: *Senatum appellationibus à consule factis judicem dedit*. De Nerone Sveton. scribit: *Cautum ut omnes appellationes à judicibus ad Senatum fierent*. Ac præterea Cornelius Tacitus 14. Annalium, *statuisse eundem, ut qui à privatis judicibus ad senatum provocassent, ejusdem pecuniæ periculum facerent, cujus ii, qui Imperatorem appellassent*, id est, ut eandem pœnam subirent, qui temere appellassent ad senatum, quam subeunt, qui temere appellant ad Imperatorem, scilicet, quorum appellatio videtur esse injusta. Nam ante Neronem, si quis ad Senatum appellasset, vacuus erat, solutusque omni pœna. Sane merito, & hodie nostri Principes omnes appellationes referunt ad Senatum: Nam cum appellatur Senatus, Princeps ipse appellari videtur, quia est pars senatus, *l.8.inf. de dignit.lib.12. Et nos*, inquit, *in numero senatorum sumus*, & retro Senatus est pars principis, ut ait *l. quisquis, inf. ad l. Jul. Majest.* A præfecto urbi appellatur princeps, *l. Æmilius, ff. de min.* Nec enim idem erat privilegium præfecti urbi, & præfecti prætorio: à præfecto urbi appellari potuit: à præfecto prætorio appellari non potuit. Denique ab omnibus judicibus appellari olim potuit, excepto solo præfecto prætorio, & senatu ex constitutione Hadriani, *l. 1. D. qui, & à quibus appell.* Nam ante Hadrianum, ut quodam loco supra ostendi, etiam à Senatu Princeps appellari potuit, à præfecto prætorio appellari non potest διὰ τὸν ὄγκον, ut Theodorus ait, *l. 1. D.de off.præfect.prætor.l.præfect. D.de minorib. l.1. sup. de sent. præf. prat.l.à proconf.l.si quis provoc. h.t.* Utriusque tamen præfecti dicitur *sacrum esse auditorium*, quod vicem habeat auditorii, & disceptationis principalis, sicut etiam vicarii præfecti prætorio dicitur esse sacrum auditorium, *l.1.sup.de offic. vic.* Et fuit quoque proconsuli Africæ, qui omnium proconsulum fuit maximus, adeo *ut proconsulis* nomine simpliciter, per eminentiam intelligitur proconsul Africæ, & proconsularis provinciæ nomine, Africa. Hic etiam proconsul habuit sacrum auditorium, *l.3. C. Theod. de appell.* ut præfectus urbi, *l.18. C. Theod. eod. l.2. C. Theod. de pactis, & l.16. h.t.* quæ scripta est ad Maximum præfectum urbi, dicitur præfectus urbi accipere imaginem principalis disceptationis, id est, cognitionis sacræ, & à Symmacho in epistolis, *Sedem præfecti urbi vicem Principum tueri*. Hi quidem obtinent imaginem sacræ cognitionis, & dicuntur vice sacra judicare. At, ut eleganter ait *lex à proconsulibus, C. Theod. de appellat.* solus præfectus prætorio vere vice sacra judicat, cæteri per imaginem. Et ideo ab eo appellari non potest, *ne*, inquit, *Imperator in ea leg. nostra veneratio contingi videatur*, id est, ne à nobis ipsis appellari videatur. Et ita Cassiodorus in Psal.104. scribit, *Josephum fuisse secundum à Pharaone, quæ potestas*, inquit, *hodie retinetur à præfecto prætorio, qui & vice sacra vere judicat.* A rationali autem, id est, procuratore fisci, vel à discussore, qui dicitur λογοθέτης, & est cognitor, & disceptator rationum fiscalium, quas alii tractarunt, dispunctor: & in eos, qui eas tractarunt jurisdictionem habet, de quo est *tit. inf.* de *discuss.* A rationali, inquam, qui & *Catholicus* dicitur, *Procureur general*, & hujus apparitores *Catholiciani*, *in l. pen. §. ult. inf. de bon. proscrip.* à rationali, & discussore appellatur comes rerum privatarum principis, *l.26. hoc tit.* Quæ scripta est ad Pelagium, non præfectum prætorio, ut edidit Haloander, sed comitem rei privatæ, ut apparet non tantum ex C. Theodos. sed etiam ex *l.pen. inf. Quor. appellat. non recip.* quæ cum *l. 26.* conjungenda est, & vult, ut à rationali, vel discussore non appelletur ad comitem rei privatæ ante tempus sententiæ, & ordinem eventus, id est, ne ante exitum causæ appelletur à præjudicio rationalis, sive interlocutione, sed post sententiam demum, post eventum ultimum causæ, quæ pertulerit peractus ordo judiciorum. Idem etiam confirmant Basilica, in quibus iis verbis expressa est sententia *leg.26.* ἐὰν κατὰ λογοθέτου &c. id est, *si quis appellaverit à Logotheta, vel catholico, causa transeat ad Comitem rerum privatarum*. Sed de his latis. Notandum ex *l.28.* qui appellavit, posse renuntiare appellationi impune. Atque ita *l.28.* intelligitur abrogari *lex revocare, C. Theod. eod.* quæ non permittebat semel interpositam appellationem revocari. Ex *l.28.* revocari potest, optima ratione, quia appellatio ad privilegium, & utilitatem litigantis inventa est, ut eleganter ait *l.11. in fine, C.Theod. eod.* Theodorus, ὑπὲρ αὐτοῦ &c. id est, *pro eo lex introduxit auxilium appellationis*. At unusquisque suo privilegio renuntiare potest. Aut appellat quis illico post recitatam sententiam viva voce inter acta, *l.14. h.t.* aut per libellum appellatorium. Si priori modo appellaverit, facile contraria vox revocabit appellationem, sed etsi appellaverit per libellos appellatorios porrectos judici, integrum est ei revocare appellationem recuperatis libellis, ut ait *l. 28.* Et æquissimum hoc est, *ne justæ pœnitudinis humanitas amputetur*. Et appellatio revocari potest intra triduum, ut additur in *C. Th.* quod tamen prætermittitur in hac *l. 28.* illa verba *intra triduum in h.l.* prætermittuntur. Ex quo apparet, tacite legem significare, quandocunque appellationem revocari posse, pendente judicio appellationis necdum finito. Et hoc jure utimur, non admisso *cap. quamvis, de elect. lib.6.* Nam & ille totus liber sextus nunquam fuit receptus in Gallia. Ex illo capitulo post redditos apostolos summo Pontifici non est integrum revocare appellationem, ne scil. excidat, quæ semel incidit, pœna: Notanda est in hoc tit. *l.29.* quæ, ut constat ex *l.7. sup.* de *Episc. audient.* proprie pertinet ad Clericos, & Monachos, Synoditas, vel Cœnobitas (nihil refert hoc, an illo modo dixeris: nam utroque nomine significantur qui unam habent domum, & in ea omnia communia) Utroque nomine significatur societas vitæ, & bonorum, *Conventuels*. Constituit ergo *lex*, ne hi monachi, vel clerici, quod sibi ante arrogabant, per vim eripiant eum, qui ducitur ad supplicium: & hoc forte sibi arrogabant exemplo sacerdotum paganorum: Nam eum, qui ad verberandum ducebatur, nefas erat verberari, si supplex ad pedes flaminis Dialis procubuisset, & se projecisset, ut Gell. *lib.* 10. *cap.*15. possunt illi quidem intercedere pro reis, ut declarat apertissime D. August. *Epist.* 54. *ad Macedonem*. Possunt item & illi, & alii nomine ejus, qui ad supplicium ducitur, invito eo appellationem interponere. Et humanitatis ratione hæc lex 29. ait: *Omnes provocationes ejus nomine, qui ad supplicium ducitur, dilato supplicio audiri debere*. Quæ ratio ducitur *ex l. non tantum, ff. eod.* sed non possunt etiam reum per vim eripere. Vis amovetur, intercessio, & defensio permittitur. Notanda est etiam *l.32.* quæ hoc vult, ut si appellatum sit à spectabili judice ad Principem, veluti à proconsule Africæ, ut hodie Princeps ipsemet non præbeat audientiam, ne graviores occupationes Principis interrumpantur, sed ut de ea re, de qua consultatio postulatur à Principe, genere quodam appellationis in sacro auditorio tractetur, ubi judices sedeant, præfectus prætorio, & quæstor sacri Palatii, *le Chancelier*, qui sunt in comitatu Principis, servato eodem ordine, eodemque cultu, qui servaretur præsente principe, & audiente, & excipiente acta eodem scrinio, qui exciperet præsidente Principe, & eodem item habitu indutis omnibus, quo induerentur præsente prin-

cipe, ita ut præsidentibus liceat (ut Julian. ait in *Nov.* 20.) uti campagis: qua voce etiam utuntur Capitolinus, & Trebellius, pro calceamentis regiis, quæ purpurea erant, sive coccinea. Itemque iis, qui judices præsident vice principis, utentibus iisdem verbis in pronuntiando, quibus ipse princeps si præsideret uteretur, puta hoc modo: *Nostra pietas decrevit*, *nostra serenitas*: quod tamen mutavit Justinianus *Nov.* 126. & ita constituit *in hac l.* 32. ut cognitio præfecti prætorio, & quæstoris sit vice consultationis. Quod si appelletur à duce, vel præside provinciæ, vult *lex.* 32. causam disceptari à præfecto prætorio, solo jure ordinario, non ritu, moreque consultationis, non more regio, cujus jus extraordinarium est, quod etiam Justinianus mutat in *l. pen. h.t.* constituens, ut à ducibus cujuscunque dignitatis sint, sive illustres, sive spectabiles, appelletur magister officiorum, & quæstor sacri Palatii, ut de appellatione cognoscant, non jure ordinario, ut solent magistratus, suo jure, pro sua jurisdictione, sed more consultationis, id est, more regio, ritu, & observatione regia. Et additur in *l.* 32. ut si appellatum sit ab illustri judice ad Principem, à quo possit appellari; id est, qui non sit præfectus prætorio, ut tunc ipsemet Princeps interponat cognitionem suam coacto senatu, & habita consultatione. Et nihil refert, etiamsi illustris ille judex habuerit *συνδικαστὴν*, id est, conjudicem, *un adjoinct*, non illustrem: Satis enim est, si ipse fuerit illustris. Item, nihil refert, utrum ipse fuerit illustris initio cognitionis, an non fuerit, sed postea factus fuerit ante sententiam: nam quæ ab eo interponitur appellatio, expedienda est præsidente ipso Principe. Sed hoc Justinianus quoque derogat, habita quadam distinctione, in *l. antepen.* dum distinguit ita, ut si causa, quæ per appellationem transmittitur ad Principem, non excedat quantitatem decem librarum auri, tum de ea, ut cognoscat unus tantum patritius, qui est in comitatu, vice Principis, & consultationis more, vel unus præfectorius, id est, qui fuit præfectus, vel unus consularis. Si excedat illam quantitatem usque ad viginti libras, tum ut de ea re cognoscant duo viri illustres: si autem causa excedat quantitatem 20. librarum, tum ut universus senatus de re cognoscat. Præterea etiam, ut consultationem ex appellatione liceat postulare intra biennium. Hoc vult *l. antepen.* Ad quam additur in *l. ult. §. ult.* ut si forte is fuerit initio status causæ, ut non pluris æstimetur, quam 10. libr. auri, contenta sit uno patritio, uno procere: vel si æstimetur viginti libris auri, ut contenta sit duobus, & postea illi uni, vel illis duobus appareat examinata causa, eam esse majoris quantitatis, ut non ideo desistant à cognitione, sed eam peragant, inspecto priore statu causæ, quod notandum est, *l. ult. §. ult. h. t. l. 34. h. t.* est de relationibus judicum ad Principem, judicum scilicet, qui vel ex ordine cognoscunt, vel ex delegatione, ut iis relationibus, ne occupetur Princeps, respondeat quæstor, adhibitis in consilium duobus patriciis, vel consularibus, vel præfectoriis, ut à responso ejus non liceat appellare ad principem: post *l.* 34. dantur duæ leges Græcæ *l.* 35. *&* 36. quas, ut breve faciam, expositas invenies *obser.* 12. *cap.* 3. Unde restat, ut annotemus tantum ex *l. ult. h. t.* uno ex litigatoribus appellante, etiam alterum appellare posse, quod fit quotidie, puta, ut victor, & victus appellet, victus manifesta ratione, victor, quod ei omnino satisfactum non sit, *l. 1. inf. qu. prov. non est necess.* Ergo si unus appellaverit, & alter appellare potest, & queri de lenitate sententiæ, quæ plerunque iniquitati proxima est, quia *judex non debet esse mitior lege*: vel si forte postquam unus appellavit, alter absit, dum agitur causa appellationis, quæ *μονομερῶς* agi potest, id est, etiam si una tantum pars præsens sit: Nam in causa appellationis hoc est speciale, ut possit agi una parte præsente tantum, causæ vero principales non nisi utraque parte præsente, *l. ult. §. illud, tit. seq. l. ult. de condit. & demonstr.* Si, inquam, absit altera pars judicio appellationis, ut ejus vicem suppleat judex, quia est perinde ac si appellasset, licet non appellaverit, jus ei suum conservet, quod notandum est ex *l. ult.* quæ etiam addit, *breves esse debere refutatorios libellos*, quos semper Græci vocant *ἀναπληρωματικούς*, quod contineant supplementa partium, quibus in medium adductis refellunt opinionem, sententiam prioris judicis, & addunt quoque novas assertiones. Denique commendat tantum brevitatem illorum libellorum, maxime si offerantur in sacro auditorio Principis. Sacrum auditorium amat brevitatem.



AD TITULUM LXIII.

DE TEMPORIBUS, ET REPARATIONIBUS APPELLATIONUM, SEU CONSULTATIONUM.

TITULUS est de temporibus appellationum, non iis, intra quæ interponenda est appellatio, quæ jam definivit *t. super. l. 6. §. pen.* Sed de iis, intra quæ interposita appellatio introducenda in judicium, & exercenda est. Neque vero *l. 1. h. tit.* est accipienda de temporibus, intra quæ appellandum sit, quasi velit à nominatione ad munus, honoremve publicum intra duos menses appellandum esse, quia non duo menses huic rei constituti sunt, sed biduum, aut triduum, & ex *Nov.* 23. 10. dies, sicut in sententiis, *l. 1. §. quod. in sent. D. qu. appelland.* Sed *l. 1.* mens hæc est: à nominatione ad munera publica appellationis interpositæ, vel, ut loquitur, interponendæ, sic nostri auctores loquuntur, litis contestaodæ, & rei judicandæ, id est, litis contestatæ, rei judicatæ, ut ex ea die ad persequendam eam appellationem duum mensium tempora computentur ei, qui nominatus, & vocatus est ad munus publicum, ex quo cognovit, se nominatum esse, quod confirmant hæc verba *l. 19. C. Theod. de appell.* quæ idem statuit, *ut*, inquit, *intra duos menses negotia perorentur*. Itaque in sententiis, & in nominationibus ad munera publica eadem tempora servantur ad interponendam appellationem, non etiam ad introducendam causam appellationis, ad persequendam appellationem: Nam in nominationibus intra duos menses persequenda est, ut est in *l. 1.* in sententiis intra 6. menses, vel 3. *ut inf.* demonstrabimus, qui & reparari, & redintegrari possunt, ut *l. 2. h. t.* olim in sententiis ad persequendam appellationem, alia, quam definiat *l. 2.* tempora erant constituta, de quib. *Observ.* 12. *cap. 4. ex C. Th. & ex Symmacho, & D. Aug. & Obs.* 16. *c.* 7. Olim igitur post interpositam appellationem, ea erat instituenda, & persequenda intra certa tempora, quibus elapsis etiam peti poterat à judice *reparatio* post primi temporis lapsum: si intra id non introduxisset appellationem, adhuc peti poterat *reparatio*, id est, redintegratio, renovatio, restauratio lapsi, amissique temporis, simul ac litis. Et impetrata reparatio temporis, ac litis, debuit denuntiari adversario, contra quem appellatum erat, ut multis locis ostenditur in *C. Theod. tit. de reparat. appell.* Sed si post reparatum tempus is, qui appellavit, etiam tempus reparatum, & redintegratum præterlabi fineret, nondum inducta causa appellationis in judicium, atque ita post secundum lapsum temporis; poterat extra ordinem ex justa causa à Principe peti reparatio temporis, etiam post 2. lapsum. At post tertium lapsum, id est, post reparationem illam concessam à Principe extra ordinem, non dabatur reparatio ex ulla causa, & sententia appellatione suspensa convalescebat, & ad finem perducebatur, perinde, ac si appellatum non fuisset, quasi lapsa causa appellationis temporibus, quæ appellator semel, ac iterum, & tertium non observaverat. Hodie autem ex *l. 2. h. t.* non tantum post tertium lapsum, sed etiam post quartum lapsum plerumque datur reparatio temporis, & litis, non post quintum. Et omninn res ita procedit, ex quo quis scivit se condemnatum esse, ut in *l. 4. sup. de lib. caus.* causam appellationis introducere debet intra 6. menses ex longinquis, & remotis provinciis, intra tres menses ex eadem, aut contigua provincia, secundum distinctionem *l. ult. hoc. t.* videlicet si à judice appellasset: Si vero ab arbitro appellasset,

dele-

delegato ab aliquo judice, intra duos menses secundum distinctionem hujus l. Post lapsum 6. 3. aut 2. mensium, quæ sunt prima tempora, quæ præscribuntur exequendæ appellationi, adhuc appellator jure legitimo habet mensem unum, ad instituendam, & persequendam appellationem, quam interposuit: & post hunc secundum lapsum habet etiam alterum mensem, & post tertium lapsum æque alterum mensem, post quartum vero lapsum, si à judice appellaverit (nam ei, qui appellavit ab arbitro delegato post quartum lapsum, non subvenitur, non datur reparatio) Si, inquam, à judice appellavit, post quartum lapsum, potest extra ordinem à principe, nec nisi à Principe, *ex aula*, ut ait l. *ult.* nec nisi ex aula, impetrare reparationem trium mensium: quam tamen adversario denuntiare, aut insinuare in foro præfecti prætorio non necesse habet, contra quam obtinuerit olim, sicut dixi *sup.* Et illi tres menses non numerantur ex die petitæ reparationis à Principe, sed ex summo, & ultimo die quarti lapsus, licet ante eum diem petita fuerit reparatio. Et hæc est sententia *l.* 2. quæ erat explicatu satis difficilis. Unde existunt duæ quæstiones: Prima, utrum menses sint numerandi ex numero dierum, an ex Calendis. Sed constat ex *l.2. C.Theod. de decur.* menses numerari debere ex numero dierum, ut si hodie mihi dentur duo menses ad agendam causam, ex hoc ipso die incipiam numerare duos menses, non ex calendis proximis. Deinde quæritur utrum dato uno mense, vel datis duobus, aut tribus 4. aut sex mensibus, utrum singuli menses æstimentur ex diebus triginta, an ex 31. Nam alii menses constant 30. alii 31. diebus. Sed ut mathematici, ita nos menses æstimamus ex diebus 30. *l.3. §.ult. D.de suis, & legit. her. l.ult. sup. de jur. delib.* Sed ubi dantur 6. menses, aut 3. aut 2. veluti ad agendam causam appellationis secundum superiorem distinctionem, extremo mensi supperaddimus unum diem, quo, si quis veniat, auditur, & præscriptioni temporis paruisse intelligitur, *l. ubi lex, D. de reg. juris.* Ubi *lex facit mentionem duorum mensium, & qui venit sexagesimo, & primo die auditur*, ait lex. Ubi autem datur unus mensis, & post primum, secundum, aut tertium lapsum, ut dixi antea, ei mensi addimus unum diem, ut aperte ostendit *l. 2. h.t.* Et hic ultimus dies temporalis dicitur, & fatalis, ad interitum causæ scilicet in hac *l.2. & l. præcipimus, sup. tit. prox. l.ult. sup. ubi senat. vel clariss.* Fatalis dies, quod in eum diem supremum incidat interitus causæ, quod eo die lis moriatur, si non introducatur lis, agat animam, ut in *l.ult.h.tit.* illo loco, *multas esse occasiones mortales appellationum .i.* multas esse occasiones, quæ obstant, ne possit perorari causa appellationis intra constituta tempora, veluti morbus, necessitas publica, incursus hostium, & innumeri alii casus, quibus miseri mortales obnoxii sunt, atque ita adferunt necem causæ appellationis. Itemque in *d.l.ult.* illo loco: *causæ moriuntur*, moritur, quæ non introducitur intra constituta tempora: moritur lapsu temporum. Et ita etiam nostri Jurisc. *mortuam litem* dicunt, *l.2. D.de judic. sol.l.3.D.quæ in fraud.cred.* Et generaliter, ut est in glossis veterum, quod valde notandum censeo, *ἡμερόθεσμος ἡμέρα* dicitur fatalis dies, quæcunque scil. finita, & condicta dies est, quia omnis condictio diei, ei, cui dies condicta est, periculum aliquod adfert, si fallat ad condictum, Græci auctores innumeri tum nostri, tum alieni, vocant dies hosce *fatales*, id est, legibus finitos (Nam idem est dies fatalis, & dies finita) hosce, inquam, dies vocant semper *ἡμέρας κυρίας*. Quidam caußidicus, qui nuper scripsit de Repub. lingua vernacula, jactat se deprehendisse errorem, quem alii non deprehenderunt, admissum ab iis, qui Codicem (si credere fas est) ex Græco Latinum fecerunt: Nam in Græco cum legissent *κυρίας* per υ, interpretati sunt fatales, non animadvertentes esse legendum *κηρίας* per η. Item Codicem hunc, quem in manibus habemus, ponite Græco in Latinum fuisse conversum, quod quis unquam audivit? est merum somnium delirantis. Deinde ponit dies fatales Græce appellari *κηρίας* per η, quo nomine significatur fatum, quod nemo unquam probabit: Nam à nomine *κὴρ*, quod significat fatum, dicunt Græci *κήριος*, aut *κηρίας*, non *κυρίας*. Ejusdem ingenii est, quod idem homo adscribit Ulpiano in *l.1. de offic. cons.* Consulem apud se manumittere posse præsente collega, quod neque ibi, neque alibi Ulpianus scripsit unquam, quia neque certe præsentia collegæ est necessaria, sed solus apud se servum suum recte manumittit, *l.1.D.de manum. vind.* ut non mirer, si ingeniosus etiam ille mihi adscribat, me in *l. apud eum, D. de manum.* ita legere sine negatione, *apud eum, cui par imperium est, manumittere possumus*, quod neque manus unquam scripsit, neque meos cogitavit. Quinimo abesse me ab hac sententia, quam ille perperam mihi tribuit, indicabit *Observ.7. cap.17.* Idem pari fide scribit, in *l.quidam Iberus, D. de servitut. urb. prædiorum.* Marcum Aurelium Imperatorem ad querelam ejus, qui se à socio suo Ibero læsum dicebat, quem eo nomine non convenerat, aut interpellaverat, respondisse: *Cum Ibero loquaris, ne rem illicitam faciat*, cum in ea lege nulla fiat mentio Marci Aurelii: Et id respondeatur non ad querimoniam cujusquam, sed qui quæritur de Ibero, roget tantum Proculum JC. ut cum eo loquatur, ne rem illicitam faciat, id est, ut sua auctoritate eum compescat, & commonefaciat officii sui, quo abstineat ab injuria, quod observandum:, adibatur JC. ut moneret adversarium de injuria, quam alteri faciebat: se jus tenere, monere de jure, quæ admonitio magni momenti est: adibatur JC. qui moneret adversarium, ut abstineret ab injuria. Ex his paucis, qui vir ille sit, æstimari potest, non dicam Fanaticum, non dicam, quod Apul. de advocatis, *forensia pecora, togatosque vultures*, vos, quid de eo sit, statuere potestis, qui etiam nescio qua fronte negat unius rei varias definitiones tradi posse, contra quam Galenus scribat, qui fuit summus dialecticus, & commonstrari possit exemplis variis, sed uno contenti simus. Modest. legatum definit, *donationem testamento relictam*, Florent. legatum definit, *delibationem hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Ulpian. legatum definit, *quod legis modo, id est, imperativo testamento relinquitur.* Sunt tres legati definitiones diversæ, & omnes ex arte conlectæ, rectissimæ omnes, pariter unam substantiam exprimentes. Etiam non feram, ut nova quadam, & inaudita ratione interpretetur *l.domos, de leg.* 1. qui legis consultus non est: nec erit insuave intelligere sententiam hujus legis: testator domos quasdam hereditarias reliquit per fideicommissum, post mortem heredis præstandas: ædes vivo herede igne consumptæ sunt sine culpa ejus. Deinde heres extruxit alias ædes nummis suis, non hereditariis: post mortem heredis cum extitit conditio, fideicommissarius si velit consequi ædes, quas restauravit heres de suo, præstare debet heredi heredis sumptus ædificationis, qui quidem sumptus æstimabuntur, ut ait lex, examinatis ætatibus ædificiorum, id est, habita ratione status, & quantitatis ædium. Nam *& ætatem* Græci, Latinique, sua quique lingua accipiunt pro quantitate, sive statura, quæ nova interpretatio non est, cum & veteres interpretes pro *ætatibus*, maluerint legere *quantitat.* quod *ætatibus* in illa significatione esset obscurius. Ille autem his verbis hoc vult exprimi, ut examinetur, quantum temporis ædes, quas heres extruxit, duraturæ sint, quod ex materia liquere possit, & inde quanti sint ædes, quas heres extruxit, quod spectari plane est supervacuum, quia nihil interest spectari quanti sint ædes, quas consequi fideicommissarium velit, aut quandiu duraturæ sint, id est, an brevem, an longam ætatem. Et stultum est etiam, quod ait, ædes, antequam incenderentur, si communi judicio æstimabantur duraturæ 80. annis, & æstimabantur 100. aureis, post annum 40. contingente incendio ædium, æstimari tantum 40. imo post incendium nihil æstimari, quod non est: nullius rei nulla æstimatio est, aut si restauratæ sint ab herede, non præteriti temporis, sed præsentis, si id de æstimatione quæratur, æstimationem fieri: & ille vult haberi rationem præteriti temporis, præteritæ æstimationis, *l.3. §. Divi*,

de

de jur. fisc. l.2. sup. de patr. qui fil. suos. Sed omittamus causidicum, & redeamus ad rem. Notandum ex *l.2.* temporum supradictorum, quæ toties repetuntur tam varie, ad agendam appellationem ultimum diem, summum diem esse fatalem ad interitum causæ, si eo non sit inducta causa. Quid si summus dies feriatus fuerit, *ita* ut ex eo die non possit induci causa. Et hoc casu ait, eum diem, qui præcedit, vice fatalis succedere, ac servari. Contra vero Justinianus in *l. ult. hoc tit.* quod in usu est utilissimum, non vult observari summum diem, sed pro uno die ultimo, pro die, qui erat fatalis, qui adferebat finem causæ, & restituebat priorem sententiam suis viribus, præscribit decem dies, quinque ante illum diem ultimum, & quinque post ultimum illum diem, ut decem diès habeantur pro uno die fatali, quibus audiatur, qui venit ad causam perorandam. Postremo non omittam, quod demonstratur in *fin. l.2.* (hoc est valde singulare) post lapsum causæ temporibus omnibus non posse induci causam appellationis, sed exequendam mox esse priorem sententiam, perinde ac si appellator ei adquievisset: si vel inducatur causa appellationis post omnes lapsus, ut appellans repellatur opposita præscriptione, & exceptione ab adversario, si adversarius præsens sit, vel à judice, si absens sit: Nam, ut dixi sup. ex *l.ult. tit. præced.* judex supplet partes absentis, in causa appellationis supplet præscriptionem temporis, quam nemo objicit nomine absentis. Et ut ait *l.2. in fin.* objicienda est primo loco, id est, initio litis, quæ inducitur post lapsum temporum. Quo ex loco potest defendi, vere præscriptionem peremptoriam non opponi quocunque tempore, sed opponi fere initio litis, sicut dilatoria, sed hanc tantum temporalem præscriptionem, quæ peremptoria est, non cæteras. Et quicunque statuunt, quod & verum est generaliter, peremptoriam exceptionem quandocunque post litem contestatam opponi posse, valde perturbabuntur, si eis objicias verba extrema hujus legis.

Ad L.ult. Cum anterioribus legibus *ex omni provincia ad hunc nostrum sacratissimum comitatum similis cursus ad appellationes exercendas impertitus est, necessarium nobis visum est, hujusmodi spatiis justum imponere libramentum. Sancimus itaque siquidem ab Ægyptiaco, vel Lybico limite, vel Orientali tractu, usque ad utrasque Cilicias numerando (vel Armeniis gentibus) & omni Illyrico causa fuerit more appellationum transmissa: primum semestre spatium in antiqua definitione permanere, & nihil penitus, neque diminui, neque accrescere. Sin autem ex aliis nostri Imperii partibus sive Asianæ, sive Ponticæ, sive Thraciæ diœceseos lis provocatione suspensa in hanc regiam urbem perveniat: pro semestri spatio trium tantummodo mensium spatium eis indulgeri, aliis trium mensium spatiis, id est, nonaginta, & tribus diebus simili modo sequentibus: sive semestre tempus, sive tres priores menses secundum locorum definitionem, quam designavimus. Sed & aliis tribus mensibus, qui ex reparatione ab aula concedi solent, in suo robore duraturis, & prioribus accedentibus: ut partim annale numeretur, partim novem mensium spatium consequatur.*

Ad §. Et cum antea *in fine cujuscunque temporis unus fatalis dies ex antiquis legibus constitutus esset, & sæpe eveniebat, cum multæ sint occasiones mortales appellationum, vel ægritudine, vel spatii prolixitate, vel per alias causas, quas nec dici, nec enumerari facile sit: eundem diem fatalem non observari, & lites expirare, & hujusmodi luctuosis infelicitatibus patrimonia hominum titubare: propter hoc fortunæ relevantes insidias, sancimus non in unum diem fatalem standum esse in posterum, sed sive ante quartum diem fatalis luminis, & ipsum fatalem, sive post quinque dies, ex quo ortus fatalis effluxerit, appellator venerit, & litem instituendam curaverit, & eam in competens judicium deduxerit, legi videri satisfactum: nec ingemiscat mortuæ causæ dispendio, sed nostro gaudeat beneficio: cum nobis cognitum sit, etiam ex errore calculi dierum, quem officium habuit, sæpe esse causas periclitatas: quod in posterum non fieri ex remedio legis præsentis sperandum est. Eodem beneficio, & in omnibus fatalibus aliis, qui vel à pedaneis judicibus, vel ab aliis dantur, quos leges suis sanctionibus enumeraverunt, custodiendo, vel observando: ut decem fatales dies pro uno ubique instituantur.*

Ad §. In his autem casibus, *in quibus biennium constitutum est, quatenus more consultationum in regia urbe, sub communi audientia florentissimorum sacri nostri palatii procerum ventilentur: biennii metas, unius anni termino coarctamus: ut intra eum, & gesta colligere, & ea viris devotis epistolaribus tradere, & refutatorios libellos (si voluerint) offerre, & litem in sacrum nostrum consistorium introducere cogantur. Nulli licentia deneganda victrici parti, si voluerit, secundum quod jam constitutum est, etiam præmature causam inducere: neque annali spatio exspectato.*

Ad §. Si tamen in sacro *nostro consistorio lis exordium ceperit, etiamsi non fuerit in eodem die completa: tamen perpetuari eam concedimus: enim iniquum sit propter occupationes Florentissimi ordinis, quas circa nostræ pietatis ministeria habere noscitur, causas hominum deperire, &c.*

RESTANT notanda quædam alia ex *l.ult. hoc tit.* quæ in hac quæstione multum ponderis, & momenti habent. Ac primum notandum est in *§. in his*, abrogari quod de biennio proditum est in *l.offerendis, sup. tit. prox.* ut scilicet causa, quæ more consultationum disceptanda est, ab uno, vel duobus senatoribus, sive proceribus sacri palatii intra biennium eis insinuetur, & introducatur: Nam hic §. pro biennio præscribit annum, intra quem acta apud eum, contra cujus sententiam appellatum est, & refutatorii libelli partium tradantur scrinio competenti, vel epistolarum, vel libellorum, ut in *l.3. hoc tit. & l.præcipimus, sup. tit. prox. l.6. §. super his, eod. tit.* Illo loco, *ad scrinia, quorum interest transmittant*, id est, ut post interpositam appellationem literas judicis, & acta apud eum habita, & refutatorias preces partium, & omnino quicquid causam contingit, transmittant ad scrinia, vel epistolarum, vel libellorum secundum distinctionem *l. præcipimus, sup. tit. prox.* id est, ad eos, qui eis scriniis dant operam, quibus competit actorum in judicio appellationis exceptio, scriptio, & editio: nam scriniarios scrinia appellamus: pro biennio, inquam, *§. in his* præscribit annum, ut intra eum annum etiam appellationes introducantur. Et notandum ex *l.3. hoc tit.* interposita appellatione ad Principem citius mittenda esse acta prioris judicii, & refutationes, seu allegationes novas partium, quam sit introducenda, & inchoanda causa appellationis: Nam appellationem introduci satis est, sub finem temporis statuti, id est, ultimo die, qui fatalis dicitur, vel quatuor diebus antecedentibus, vel quinque sequentibus, quoniam in hac *l.ult. §. & cum antea*, pro uno fatali die ad interitum causæ suo tempore non introductæ, instituti sunt dies decem, quod posterior recitatio latius explicabit. Acta autem cum refutatoriis precibus partium, & literis, à quo appellatum est, aut mitti debent statim post interpositam appellationem, aut circiter medium tempus, ut in *l.3. hoc tit.* quam non adhibita hac distinctione, male Accursius potat corrigi per *§. & cum antea*. Nos illam distinctionem, quæ Bartoli est, magis probamus, ut *§. & cum antea* sit de inchoanda appellationis causa, sub finem temporis constituti: *l.3.* de actis transmittendis in auditorium sacrum sub dimidium constituti temporis, & licet lex 3. dicat ante dimidiam partem constituti temporis, tamen iisdem verbis, *& ipsa dimidia*, pars continetur: sicut cum dicimus *ante Calendas*, etiam ipsas Calendas significamus: ex die item cum dicimus, ut aliquid fiat *in diem illum*, ut in hoc quæstione, cum dicimus, *ex die acceptorum apostolorum*, in quintum diem esse interponendam cautionem appellationis, his verbis continetur etiam ipse dies acceptorum apostolorum, ut apud Paulum 5. Sententiarum *tit. 33. ex die acceptarum literarum, salva dinumeratione itineri*, lego itineri, pro *integri, quinque dies, cum eo ipso die, quo acceperit literas computan-*

putantur. Denique cum dicimus, *ut quid fiat in quintum*, A *aut decimum, quinque, aut decem diebus*, annumeramus ipsum diem, ex quo quid fieri jussimus, in alium diem certum, condictum, & fatalem: Nam omnis dies condictus fatalis dicitur: idem est finita dies, & fatalis, quæ Græcis dicitur *προθέσμιος ἡμέρα*. Notandum item ex fin. *§. in his*, eum, contra quem appellatum est, cessante, vel absente appellatore posse præferre diem appellationis, & causam introducere, quo jure utimur, ut possit, sicut loquimur, *anticipare, anteferre diem appellatore denunta o*, ut liti adsit maturius, quod etiam ait in *§. in his*, jam ante fuisse constitutum, non quidem in *l. nemo*, ut glossa notat, sed in *l. offerendis, sup. tit. prox.* illo loco *non solum victo, sed etiam victori*: cujus sententia hæc est, ut non sit solius victi introducere appellationem, quam interposuit, sed has etiam partes suscipere ultro possit, B fortasse appellatore negotium nimis protrahente, & procrastinante, *l. ult. tit. seq.* quæ est conjungenda cum *d. l. offerendis*, ut monent inscriptiones, quæ geminæ sunt, atque similes. Ad hæc notandum ex *§. si tamen*, causam inductam ex appellatione in sacrum auditorium, perpetuari. Quo loco *perpetuari* aliter accipitur, quam cum dicimus *litis contestatione actionem perpetuari*: Nam *perpetuari* hic est causam quandocunque finiri posse à principe, vel ab amplissimo ordine, quandocunque otium fuerit, & permiserint occupationes publicæ: finiendis litibus judicibus esse præscripta tempora, non etiam principi. Denique ad sacrum auditorium introducendæ appellationi præstituta sunt certa tempora, non etiam finiendæ, & dirimendæ, quod etiam confirmat *Nov. 23.* inducta autem causa appellationis in alio C auditorio, finienda est intra annum, ut ostendit *§. illud etiam, hac l.* & finiri intra annum, atque induci potest *μονομερῶς*, id est, una tantum parte præsente, vel ea, quæ vicit, vel ea, quæ victa est: ex postulatione unius partis, quod etiam ostendit *l. 2.* in fine illo loco, *si appellator solus litigat*. Soli litigamus ex appellatione, nec expectamus præsentiam adversæ partis, *l. ult. D. ad SC. Trebell.* quæ utitur hoc verbo *μονομερῶς*, ut ex appellatione causa agatur, & peragatur *μονομερῶς*. Priore autem judicio causa non inducitur *μονομερῶς*, sed *συστάδην*, & cognitionaliter, quod est verbum frequens in constitutionibus Imperatorum: id est, cominus partibus constitutis, ut loquitur *l. 3. sup. de fruct. & litium expensis, & l. ult. sup. de legib.* Cognitionaliter, id est, utraque parte præsente, alioquin judicium ratum non est: & si quæras cur causa D appellationis inducatur *μονομερῶς*, etiam parte altera absente, hoc facile est expeditu, quia scilicet prius fuit inter partes lis contestata, & inducta priori judicio: Nam post litem contestatam priore judicio præsente ambobus, ut loquuntur *12. tab.* causa peragi potest *μονομερῶς*, *l. ult. sup. quomodo, & qu. judex, &c.* ut hæc tantum supersit differentia inter prius judicium, & judicium appellationis; quod prius non constituatur, nisi utraque parte præsente: posterius etiam una parte præsente. Quod si studio, aut culpa ejus, qui appellavit, causa appellationis non sit finita intra annum, additur in *h. §. illud etiam*, appellationem evanescere, & priorem sententiam convalescere, quia fingimus, non fuisse interpositam appellationem, quæ ne finiretur intra annum per ipsum appellatorem factum est. Sed si ægritudo, vel quæ E alia necessitas traxerit negotium, ut non potuerit finiri intra annum, tunc Justinianus dat appellatori alium annum ad causam perorandam, post quem nulla est spes restaurandæ appellationis ulla ex causa. Et hæc est sententia *§. illud etiam*. Post hæc subjicitur in *§. pen.* tempora, quæ servantur in appellationibus, etiam servanda esse in retractationibus, quas vocant *ἀναψηλαφήσεις*, id est, in sententiis præfectorum prætorio, à quibus appellari non potest, retractandis ex rescripto Principis: Nam licet ab eorum sententiis non possit appellari, tamen ex rescripto principis ad libellum, quem ea de re porrexit is, cujus interest, retractari possunt apud successorem præfecti prætorio nulli: olim erant magistratus perpetui, ut nec præfecti quidem prætorio, nec quæstores, qui nunc dicuntur Cancellarii. Et ob id dicimus, sententiam latam à præfecto prætorio retractari apud successorem ejus, *l. un. sup. de sentent. præf. præt.* vel si forte ex indulgentia Principis nondum accipiat successorem, causa retractatur, & ex integro agitur apud eundem ipsum, qui sententiam dixit, adhibito tamen quæstore Sacri palatii, *le Chancelier*, ut in *l. 35. sup. tit. prox.* quæ est una ex constit. Græcis, quæ desiderantur *in hoc tit.* Et quod hi duo pronuntiarint, nunquam poterit retractari: Nam ita jus est, ut adversus sententiam præfecti prætorio semel princeps tantum supplicari possit per libellum, *l. si quis advers. sup. de prec. Imper. offer. & d. l. 35.* Ideo autem apud eundem solum causa non retractatur, quia nemo est idoneus retractator suæ sententiæ, quod plerunque soleant homines ea, quæ iis placuerunt semel, præfracte defendere. Qua ratione utitur Theodorus *l. 6. sup. tit. prox.* ut ab eo judice, qui appellatus est, causa non remittatur ad priorem judicem, à quo appellatum, quia tuebitur potius suam sententiam, quam rescindet constantiæ causa, si qua est constantia in ea re defendenda, quæ male judicata est. Omnino, inquit ille, sententiam suam firmare conabitur, & ei firmandæ potius operam dabit, quam infirmandæ. Merito ergo ad eum non est remittenda causa, sed qui appellatus est, debet omnino pronuntiare, juste appellatum sit, nec ne: tamen Principem opinor, quod etiam fit hodie, causam ex appellatione iterum disceptandam ad eundem judicem remittere posse, tanquam ad alium quemlibet, qui de ea re non cognorit unquam, id est, accipiet eum ut quemlibet, non ut priorem judicem: Nam is revera interposita appellatione ejus rei judex esse desiit, *l. 13. sup. tit. prox. l. 13. C. Theod. eod.* Et ita etiam *in epist. Plin. lib. 6. ad Ursum.* ad Senatum remittitur causa retractanda, de qua Senatus ipse judicavit. Et hinc commode licebit explicare *l. 5. sup. de dilat.* quæ satis videtur obscura. Proponitur in ea à Principe fuisse rescriptum ad appellationem, vel consultationem, id est, relationem judicis, ad consultationem fuisse rescriptum, sive relationem judicis, rescribente Principe, quid judex sua sententia complecti debeat. Ad appellationem autem proponitur non judicasse Principem, sed rescripsisse, puta de legato speciali judice, qui de appellatione cognosceret, ut in *l. 2. tit. seq.* vel etiam ad priorem judicem remissa causa iterum disceptanda, iterum, & diligentius excutienda: Iis autem casibus, quoties Princeps non judicat, qua de re aditus est, sed rescribit ad appellationem partium, vel relationem judicum, partibus nulla est danda postea dilatio ad instruendam causam. Et hoc vult *l. 5.* hac ratione, quia nulla causa ad Principem perfertur, nisi bene instructa, & perfecta, *l. 1. sup. de relat. l. 15. sup. tit. prox.* ut frustra sit dilationem dare partibus, huic, vel illi ad instruendam causam, quæ satis instructa est, nisi in medium adducantur novæ assertiones, quæ instructione indigeant. Nec enim *l. 5.* tollit novas allegationes, assertiones, probationes, nova instrumenta, quorum exhibendorum gratia dilationem dari, & concedi necesse est. Cæterum si nihil novi sit, postquam aditus est Princeps, nulla huic, vel illi parti danda dilatio est, quia impleta est instructio causæ, eademque ratione in judiciis cognitionum Principis, cum ipsemet Princeps in judicio præsidet, nulla tribuitur dilatio, quia imparati non veniunt ad Principem, aut qui volunt venire ad sacrum auditorium, parati debent venire, ut dandæ dilationi nullus locus supersit. Quod etiam Græci notant in *Basil. ad d. l. 5. quia* inquiunt, *parati debent ingredi sacrum auditorium, qui rem à principe dirimi volunt*. Denique nullum dilationi dandæ locum relinquunt, qui veniunt parati, & omni ex parte instructa causa. Postremo ex *l. ult.* notandum est, à sententia judicis non licere appellare, si inter partes covenerit, ne liceret. Videtur ergo conventio privatorum abolere auxilium appellationis, quod receptum est jure publico. Et ait tamen

in

in fine hujus legis, *legum austeritatem*, legendum, *auctoritatem*, ut in *l. ult. de suis*, *& leg. privatorum conventionem legum auctoritate non censeri*, id est, non plus posse auctoritate legum. Et tamen hoc casu volumus, pactis litigantium legum auctoritatem mitigari, ne liceat appellare. Et ratio est, quia videtur magis appellatio inventa jureque publico permissa in utilitatem, & auxilium litigantium, *l. 11. in fin. C. Theod. de appellat.* Et unusquisque potest privilegio suo renuntiare. Qua ratione etiam licet interpositam appellationem revocare per libellos, *l. si quis sup. tit. prox.* Imo vero, si quis ante sententiam nulla cum adversario habita conventione, hac de re profiteatur in judicio, se ab eo, quod judex statuerit, non appellaturum, perdit auxilium appellandi, sola pollicitatio acquiescendi sententiæ judicis adimit auxilium appellationis, *l. 1. §. si quis, D. à quibus appellare non licet.*



AD TITULUM LXIV.

QUANDO PROVOCARE NON EST NECESSE.

NON repetuntur in hoc tit. causæ, ex quibus ante dixit obiter, ad rescindendam sententiam opus non esse appellatione, ut puta si sententia non sit partibus recitata ex scripto, *l. 1. & 3. sup. de sent. ex peric. recitand.* vel si sententia prolata sit ab incompetenti judice, *l. 2. sup. si à non competenti judic.* Sed in hoc titulo adduntur pleræque aliæ causæ, quibus appellandi necessitas remittitur, ut si judex palam pronuntiaverit contra jus constitutum, atque receptum. Exempli gratia, si pronuntiaverit, testamentum factum ab impubere, id est, minore quatuordecim annis, justum esse, *l. 2. hoc tit.* Si venalis sententia fuerit, si pecunia redempta, *l. 7. hoc tit.* Si judex datus judicaverit alio die, quam quo judicare jussus est, *l. 6. hoc tit.* Si præses provinciæ majorem mulctam irrogaverit, quam ex lege liceat, *l. 5. hoc tit.* alioquin à mulcta, quæ non excidit modum legitimum, necesse est provocare, si eam inferre nolumus, *l. & in mulctis, sup. de appellat. l. si qua pœna, de verb. signif.* Item necessaria non est appellatio, si minor ætate vocetur ad decurionatum, qui per ætatem ei honori administrando sufficere non potest, *l. 8. hoc tit.* In qua illo loco, *ad eundem decurionatus honorem*, ex castioribus libris est reponendum, *ad obeundum*. Item non est necessaria appellatio, si veteranus honeste dimissus, non cum ignominia emeritis stipendiis vicenis, vocetur ad honores, vel munera personalia, non habet necesse appellare à nominatione, quia ipso jure munitus est, *l. 9. hoc tit.* Desidero ut meritus sit vicena stipendia, *l. ult. inf. de his, qui non implet. stip. lib. 10. l. 1. sup. de excusationibus veteranorum.* Et ita recte Suidas veteranum definit esse eum, qui militia solutus est; addit, *ἐπὶ εἰκοσαετίαν δ' ὅπλοις ἐδούλευον*. *Hi autem veterani*, inquit, *sunt, qui 20. annos fecerunt in militia.* Idque esse ex instituto Tiberii docet Dio 57. *Non prius eis*, inquit, *missionem dedit, qui stipendia meruissent extra Italiam, quam explevissent 20. annos.* Et Cornelius Tacitus in primo annali, sub finem: *Edixit impares oneribus publicis, qui vicesimo militiæ anno veterani dimitterentur.* Et ut idem declarat: *Ideo edixit ne veterani dimitterentur ante 20. annum, ut vicennio militia fungerentur*, quod milites exorta seditione à Germanico extorsissent, ut dimitterentur 16. anno, vel exauctorarentur, ut idem retulit eodem libro: sed Tiberius edixit, non posse subire Reipublicæ onera, nisi explessent 20. annos, impares esse oneribus publicis, si dimitterentur 16. anno. Nec existimandum est, quod plerisque videtur, *l. 2. §. ignominia. D. de his, qui notant. inf.* idem esse missos, & exauctoratos, quod eodem libro perspicue idem Tacitus ostendit: *Voluntatis inter se rationibus, placitum, ut epistolæ nomine Principis scriberentur*, id est, pingerentur; *missionem dari vicena stipendia meritis, exauctorari vero, qui sena dena fecissent, & retineri sub vexillo cæterorum immunes nisi propulsandi hostis.* Est ergo differentia inter missos, & exauctoratos, quia missi sunt emeriti, & ferunt præmia emerita. Nam non dimittebantur sine munere imperatoris, qui expleverant justum militiæ tempus, emeriti ferebant præmia emerita, quæ vocantur à Suetonio *commoda missionum*. Basil. vocant in tit. de re militari, *συνηθείας*, id est, *consuetudines*, quo nomine in jure significantur præmia omnia, & commoda solemnia. Exauctorati autem non ferebant præmia emerita, nec privilegiis veteranorum utebantur. Et præterea, ut idem ostendit illo loco, non prorsus abscedebant militia, sed retinebantur sub vexillo cæterorum immunes ab onere militiæ, præterquam propulsandi hostis. Et hoc notari ad *l. 5.* necesse erat propter mentionem vicenorum stipendiorum. Addamus superioribus etiam non esse necessariam appellationem, si duobus datis judicibus, unus tantum judicaverit absente altero, *l. 4. hoc tit.* ubi ponit magistratus judices datos, & in jure cum dicimus magistratus simpliciter, non intelligimus magistratus populi Romani, aut provinciales, sed municipales, ut in tit. *de magistrat. conven.* & locis innumeris, qui proprio nomine, & ubique à Græcis vocantur *στρατηγοί*, id est, municipales, qui plerumque erant duo tantum instar consulum urbis, & ob id dicuntur duumviri; & ideo in *l. 4. cum magistratus datos judices*, id est, duumviros, *& ex his unum judicasse proponas, non utrumque, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia jure non teneat.* Item non est necessaria appellatio, si quis nominetur ad duumviratum, qui ante nominatus ad decurionatum appellavit, *l. 3. hoc tit.* quia prius constare debet, an sit decurio, quam fiat duumvir. Sumebantur enim duumviri ex decurionibus, non ex plebeiis. Et inde *l. pen. D. qui pet. tut. &c. decreto decurionum & ipsum magistratum curatorem dari posse*, id est, duumvirum, qui est ex ordine eodem. Et ex hac *l. 3.* potest commodissime aptari exemplum ad *l. per minorem, D. de judiciis*: quæ vetat per minorem quæstionem majori fieri præjudicium, ut *h. lex 3.* ait, per hanc quæstionem novam, an jure nominatus sit ad decurionatum, qui erat annuus tantum, is scilicet, qui ante nominatus fuerat ad decurionatum, & appellaverat à nominatione: per quæstionem, inquam, de duumviratu non debere fieri præjudicium futuræ quæstioni de decurionatu, quæ longe est minor, quia decuriones perpetuo obnoxii erant oneribus Reipublicæ: Duumviratus erat annuus. Item, non est necessaria appellatio, si is, secundum quem lis data est, si is, qui vicit, queratur, quod expensarum litis, aut detrimentorum nulla, vel minor à judice habita sit ratio, scilicet, si adversarius appellaverit à sententia, qua superatus est: quia quod queritur etiam victor expensarum nullam, aut modicam habitam esse rationem, id etiam si ipse non appellet, sed solus adversarius, potest corrigi à judice, ad quem appellatum est. Item si adversarius appellavit, & tardius inducat appellationis causam, non ideo victor habet necesse appellare, ut sibi liceat anteferre diem appellationis, quoniam suo jure hoc facere potest citra auxilium appellationis: & hæc est sententia *l. ult. hoc tit.* Non repetitur, ut initio dixi, in hoc tit. ulla causa ex iis, quæ relatæ sunt super. tit. quibus appellatio frustra interponatur, scilicet, nisi una, de qua in *l. 1. sup. sentent. rescind. non posse*, si sententia sit contraria priori sententiæ, à qua provocatum non est, *l. 1. hoc tit.* Et generaliter brevisque definitio totius tituli hæc est: in sententiis, quæ ipso jure rescinduntur, non esse necessariam appellationem.



AD TITULUM LXV.

QUORUM APPELLATIONES NON RECIPIUNTUR.

IN superiori tit. damnatur, seu reprobatur superstitiosa, superflua, supervacua appellatio, sic vocatur in *l.6. & ult. sup. tit. prox.* In hoc titulo autem reprobatur appellatio moratoria, frustratoria, importuna, quæ mala fide interponitur trahendi negotii caussa, & quæ, ut eleganter est scriptum in *l.1. C. Theod. eod.* ludificatio potius est, quam appellatio, & importuna B dicitur *l.6. hoc tit.* illo loco, *importune appellaverit*, & in *l.7. C.Theod. eod.* illo loco, *importunitates arripere*: præterea appellationem superstitiosam, & supervacuam recipere verecundiæ est, *l.42. C. Theod. de appellat. probamus*, inquit, *verecundiam judicantis*, *si superfluam quoque recipiat provocationem*, ut in casibus tit. superioris. Et Symmachus in Epistolis: *Verecundia potius*, inquit, *quam jure suscepit provocationem non extante sententia*, *justa scilicet*. Appellationem autem frustratoriam, & moratoriam recipere, ignaviæ est, *l.6. hoc tit.* illo loco, *judex*, *qui tam ignavam conniventiam adhibuerit*, id est, qui admiserit moratoriam appellationem. Et moratoria appellatio est in casibus, qui proponuntur in *hoc tit.* si absens ex contumacia damnatus appellet, quia vitio suo litem amisit, aut ut amittat æquissimum est, quia morari tantum videtur C appellans post condemnationem, qui priori judicio adesse noluit, sæpius evocatus. Et hoc certum est, *damnatum ex contumacia jure non appellare*, *& appellationem ejus admittendam non esse*, sed aut statim exsequendam esse sententiam, *l.1. hoc tit.* Et hoc jure utimur, *l. & post*, *§.ult. D. de judiciis*, *l.ex consensu*, *§.ult. D. de appellat. l.properandum*, *§. cum autem*, *sup. de judiciis*. Item si convictus voce aliena, & voce propria confessus de crimine, appellaverit: Nam perspicuum est hunc tantum appellare vitæ protrahendæ causa. Igitur & hæc appellatio recipienda non est: confessi, nec convicti, vel convicti, nec confessi appellatio recipienda est; at confessi, & convicti nullo modo recipienda est, *l.2. hoc tit. l. quoniam*, *infra*, *ad l.Juliam de vi publ.* Et quod ait in *l.2. Eorum*, *qui manifestam violentiam commiserunt*, *argumentis convictus*, *testibus superatus*, *voce etiam propria vitium*, *scelusque confessus*, D *audiatur appellans*. Hic versus sumptus est ex *l.1. Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi publ.* eaque verba, simul ac *l.2. & 3. ejusdem tit.* bellissime interpretatur *l.14. C. Theod. quorum appellat. non recip.* Præterea si apparitor, si officialis in causa criminali appellaverit à proprio judice, cui paret, non est recipienda appellatio, quam nec posset exercere per alium, & per se non sine rubore adversus sententiam proprii judicis, in cujus officio est: Nam constat causam criminalem agi non posse per procuratorem, ne ex appellatione quidem, *l.1. D. an per alium causa appellation. l.pen. D. de public. judic.* At in civili negotio, sive pecuniario, quod per procuratorem apparitor exsequi potest, recipietur appellatio, etiam si appellaverit à proprio judice. Et hæc est sententia *leg.3.* Item si debitor cujuscunque E privatus, vel publicus, vel fiscalis, quia manifesto convictus est, & damnatus, appellaverit, non admittetur, sed statim post tempora judicati judicato satisfacere compellitur, *l.4. & ult. hoc tit.* Item si quis prohibeat aperiri tabulas testamenti, postulantibus eis, quorum interest, vel si prohibeat heredem in iis tabulis scriptum mitti in possessionem hereditatis ex edicto D. Hadriani, vel hodie ex edicto Justiniani, & jubente judice aperiri tabulas, aut heredem scriptum mitti in possessionem bonorum, si ipse appellaverit, non est recipienda appellatio. Quia de jure non ambigit, qui appellat mala mente. Et hæc est sententia *l. ult. de appellat. recipiend. & l.6. hoc tit.* Ac postremo notandum est etiam ex *l.5. & penult.* non recipiendam esse appellationem, quæ interponitur ab ex-

A secutione sententiæ. A sententia debemus appellare, non ab exsecutione, à judice, non ab exsecutore, nisi exsecutor excedat modum sententiæ, ut si quid superexigat, superpellat, ut ait *l.5. & l.18. C. Theod. eod. tit.* Exsecutore excedente modum sententiæ interposita appellatione suspenditur exsecutio judicati. Et hoc casu, si lis fuerit de re mobili, res mobilis est interim sequestro deponenda apud honestum virum, & idoneum, fide, & facultatibus pollentem, vel si lis fuerit de re immobili, fructus percepti tempore appellationis, vel post appellationem, interim dum agitatur appellationis causa, sunt sequestro deponendi, quæ est sententia *l.5.* Et secundum eam Symmachus in epistolis, *Interea*, inquit, *constitutionis memor*, *sequestrari immobilia*, *fructusque perceptos*, *&c.* B Neque mirum videri debet, si fiat sequestratio post appellationem interpositam ab exsecutione, cum & appellatione interposita à sententia, ex causa fiat sequestratio fructuum, si metus sit, ne adversarius eos depopuletur, ut in *l. Imperatores*, *§. ult. D. de appellat.* Et additur etiam in *l.5.* non esse recipiendam appellationem ab articulo, id est, ut Basilica recte interpretantur, *κατὰ διαλαλιὰς*, id est, *ab interlocutione*, quod etiam definit *l.pen.* Et ita articulus *etiam* accipitur in *l.13. & 23. Cod. Theod. eod. tit.* appellatio ab articulo causæ non recipitur, puta, quod deneget judex dilationem instrumentorum causa, quod non det locum ad agendum, quod non admittat exceptionem aliquam, ob id non est recipienda appellatio ab omni causa. Ab articulo causæ non licet appellare, ab exsecutione appellatur sero, ab articulo appellatur præpropere, quia post cognitionem C totius causæ interposita appellatione, omnes articuli excutientur, & si res ferat, corrigentur. Denique ab articulo causæ appellatio reprobatur, quasi præpropera, ab exsecutione, quasi sera. Et hæc est summa hujus tituli, cui addi velim, jure civili ab articulo causæ, sive ab interlocutione interpositam appellationem, non esse recipiendam: quod si vitium interloc. insit aliquod, facile corrigi possit post decisionem totius litis interposita appellatione. Quæ constitutio juris civilis æquissima est, & ab ea excipiuntur pauci admodum casus *l.2. de appellation. rec.* At jure canonico à quacunque interlocutione appellare licet, quæ modo ei, qui appellat damno, vel oneri esse videatur, *capit. super eo*, *de appellat. canon. non ita 2. q.6.* Et hoc jure utimur, quia judices facile amplectuntur omnia, quibus litium modus excrescit, aut quibus litium D vita procuditur: quæ causa etiam efficit, ut conventionem factam inter partes, ne post latam sententiam appelletur, quæ justa esse censetur, *l.ult. §. ult. sup. de temp. appellat.* hodie judices tamen vix, ac ne vix quidem admittant.



AD TITULUM LXVI.

SI PENDENTE APPELLATIONE MORS INTERVENERIT.

E LEX penultima hoc tit. ait, in numero cognitionum pendente appellatione, id est, nondum re judicata ex appellatione, quomodo etiam ipsi *rei pendere* dicuntur, qui nondum discrimine liberati sunt. Et notandum, quod ait *l.pen.* appellationem pendentem in numero cognitionum suo ordine peragendam esse, ut quæ prior inducta est in judicium, prior dirimatur, atque ita servetur ordo inductarum appellationum, quod & hodie observatur suo ordine, *selon le rolle*, atque ita ordo servetur. Mors autem ejus, qui appellavit, vel ejus, contra quem appellatum est, vel mors hominis, de cujus proprietate lis est (nam de horum omnium morte est hic tit.) Ac primum mortuo homine, puta servo, aut ancilla, de cujus proprietate lis est, sive pendente priori judicio, sive pendente appell. lis etiam

omnis non penitus moritur: hoc n. post mortem petiti hominis adhuc disceptandum superest, ad quem pertineat periculum mortui. Et hoc vult *l.pen. h. tit.* Item ad quem pertineat partus mortuæ forte ancillæ exciso utero, vel an committatur stipulatio de evictione adversus venditorem hominis, *l.utique, de rei vind.* Mortua igitur re, de qua agitur, lis etiam, quæ de ea instituta est, non moritur, sed durat propter peculium, propter fructus, & partum, & propter causam evictionis. Mortuo autem eo, qui appellavit à nominatione ad decurionatum, vel ad munus publicum, proculdubio lis omnino extinguitur, *l.4. h.t.* Mortuo eo, qui appellavit à sent. in negotio civili, lis non moritur, sed transfertur hered. ejus: perinde ac si pendente priore judicio mortuus fuisset, & heres ejus, vel provocationis solemnia implere, & exsequi debet, vel priori judicato satisfacere, *l.1. hoc tit.* In negotio autem criminali, si pendente appellatione moriatur, qui appellavit, ita distinguimus: aut priori sententiæ, contra quam appellavit ex causa criminis admissi bona ejus expressim, & specialiter publicata sunt, & confiscata, aut tacite. Si specialiter, morte ejus interveniente pendente appellatione, crimen quidem extinguitur, id est, causa capitis, sed quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur: at si bona ejus tacite sint publicata, ut si deportatus sit in insulam, nullo alio adjecto (Nam deportationis ipsum nomen per se est publicatio omnium bonorum, *l. ult. §. ult. inf. de sentent. pass.* Omni deportationi semper tacite inest publicatio omnium bonorum) Et ita, si tacite bona ejus publicata sint, morte ejus, non tantum crimen, sed etiam bonorum tacite publicatorum quæstio extinguitur: Ideoque bona ejus ad successores transmittunt, nec vindicari à fisco possunt. Atque ita in multis partibus juris multum interest exprimatur aliquid, an tacite intelligatur: Nam uno ex iis perempto, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod æque expressum est. At perempto expresso, perimitur etiam, quod tacite ei insuit, *l.3. in fin. D. de servit. rust. præd.* Et hæc est distinctio, quæ proponitur in *l.3. hoc tit.* quæ est summe notanda, & confirmatur *l.1. D. eod. tit. & l. ult. inf. si reus, vel accus. mort. l. in ratione 1. §. cum quidam, D. ad leg. Falcid.* Unde concludamus, & crimen morte rei perimi, & quæstionem bonorum tacite publicatorum. Sed addamus, non etiam perimi quæstionem, & repetitionem bonorum scelere acquisitorum, quorum integra semper repetitio est iis, quorum interest ab heredibus defuncti in reatu, *l. si quis eum, l. cum falsi, D. ad leg. Cornel. de fals. l. Lucius, de jure fisci.* Ex eo, quod dixi, sequitur, mortuo reo repetundarum, vel residuorum, vel peculatus, pecuniarum scelere quæsitarum, aut retentarum repetitionem non perimi, *l. ult. ad l. Jul. pec.* Et similiter mortua rea adulterii non perimi quæstionem dotis, *l. ult. inf. ad l. Jul. de adult.* Mortua rea suppositi partus non perimi quæstionem hereditatis, *l.2. ff. de Carbon. edict.* & hoc est certissimum. Sed in hoc proposito non est omittendum, quod habetur in *l.2. hoc tit.* In capitalibus causis nemo absens damnatur, ne ex contumacia quidem, sed à judice inter reos adnotatur, & adscribitur requirendus, iis fere verbis relatis in commentarium judicis: *L. Titium, cujus cæde C. Sei occisus esse dicitur, requiri, & persequi placet.* Et bona ejus obsignantur sigillo publico, ut *l. ult. inf. de reg. juris, l. ult. ff. eod. tit.* Solius est judicis fisci nomine aliena bona obsignare, *l.3. inf. de bon. vacant. l.10. & l.2. inf. de aquæductu, lib.11.* Adnotatio illa non est condemnatio. Obsignatio illa bonorum non est publicatio: sed si reus non venerit intra annum, ex quo fuit adnotatus, si non purgaverit innocentiam suam intra annum, post annum bona ejus publicantur, & rediguntur in fiscum. Obsignatio igitur non fuit publicatio. Adnotatio non fuit condemnatio. Et tamen ab illa adnotatione, & obsignatione *lex 2.* significat appellare licere: sed sive ab ea appellaverit reus, sive non, & interim peregre moriatur, nulla superest quæstio bonorum, si intra annum moriatur, quia nondum erant bona publicata: & hoc vult *lex 2. hoc tit. & lex 1. §. ult. ff. de requir. reis.* Ad hæc notandum est ex *l. ult. hoc tit.* mortuo uno ex litigatoribus pendente appellatione, vel eo, qui appellavit, vel eo, contra quem appellatum est, pendente appellatione, ad eam exsequendam, vel inducendam heredibus ejus dari, non reliquum duntaxat temporis, quod defuncto superfuit, sed hoc amplius menses 4. post deliberationem adita hereditate, ut habeat heres justum spatium explorandi sibi incogniti negotii. Et hi numerantur non à morte litigatoris, sed ex quo finitum erit tempus heredi datum deliberandi causa de adeunda, vel repudianda hereditate. Et ita est omnino accipienda *lex ult.* Alioquin obstaret vehementer *lex cum antiquioribus, sup. de jure delib.* quæ mortuo herede intra annum, qui solet dari heredi ad deliberandum à principe, *l. ult. eod. tit.* heredi heredis dat ad peragendam deliberationem residuum duntaxat temporis, quod heredi defuncto superfuit. *Lex cum antiquioribus* non loquitur de peragenda appellatione, ad quam ultra residuum tempus novo heredi indulgentur quatuor menses, numerandi ex die finitæ deliberationis: Sed loquitur de peragenda deliberatione, & consultatione adeundæ, vel repudiandæ hereditatis. Sunt igitur diversæ species, & diversa jura. Heredi non merito prorogantur tempora ad peragendam appellationem. Heredi heredis novo non prorogantur tempora ad deliberandum, sed quod reliquum fuit defuncto temporis, id solum ei relinquitur: litis est incertior exitus, quam hereditatis delatæ. Ideo ad litem peragendam latiora tempora dantur, quam ad deliberandum de adeunda, vel non adeunda hereditate.

AD TITULUM L.VII.

DE HIS, QUI PROPTER METUM JUDIC. NON APPELLARUNT.

SENTENTIA hujus tituli hæc est, etiam eum, qui per metum judicis, timens offensam judicis, non appellavit intra constituta legibus tempora, judicatum facere compelli, quia hic metus non est justus. At si propter violentiam judicis non appellet, vel voce, vel dato libello appellatorio, ne rei suæ damnum faciat, satis erit, si intra constituta tempora appellationi interponendæ, publice contestetur, se violentia judicis impediri, aut terrore nimio, comminatione judicis, & concussione ne appellet. Hæc contestatio pro appellatione erit. Sed in ea proponenda publice eadem tempora sunt observanda, quæ in appellatione interponenda. Et hæc est sententia hujus tituli, & *legis cum quidam, D. de appellat.*

AD TITULUM LXVIII.

SI UNUS EX PLURIBUS APPELLAVERIT.

SI plures sint condemnati una sententia, jam intelleximus *in tit. 55.* periculum sententiæ inter eos dividi pro virilibus portionibus. At si pluribus condemnatis quidam appellaverit, quidam non, & vicerit, qui appellaverit, victoria erit communis omnium, id est, victoria ejus, qui appellavit, prodest ei, qui non appellavit, si modo fuerit una, eademque causa defensionis, non si diversæ, *l. si quis separatim, ff. de appellat.* Nec obstat *l. Sejo, eod.* quæ dicit, *eos tantum cadere causa appellationis, qui appellaverint, cum plures condemnati sunt*: nec enim ideo negat communem esse victoriam. Aliud tamen *l.2. hujus tit.* docet esse in restitutione in integrum: Nam si unus ex condemnatis fuerit restitutus in integrum, post rem judicatam, puta beneficio ætatis, proprium est beneficium restitutionis in integrum; quod non communicatur collegæ majori

25.an-

25. annis. Atque ita *lex 2. hujus tit.* facit differentiam inter appellationem, & restitutionem in integrum.



AD TITULUM LXIX.

SI DE MOMENTARIA POSSESSIONE FUERIT APPELLATUM.

IN hoc tit. *momentaria possessio* est, quæ ex edicto prætoris celeriter, & sine ulla cunctatione reformanda, & restituenda est: qua de causa & omne interdictum, quod de possessione est, dicitur momentum, & celeris reformatio in *l. si coloni, inf. de agric. & censitis, lib. 11. l. 4. C. Th. unde vi, l. 5. C. Theod. de denunt. l. 1. C. Theod. de inquil. & colon.* Nec refert, quo interdicto de possessione agatur, an restitutio veluti *unde vi*, quo nemo ambigit possessionem vi dejecto confestim esse restituendam, quæstione dilata proprietatis, quæ *secunda actio* dicitur in *l. ult. inf. quor. bonor.* Prima actio est de possessione spoliato restituenda, in qua sola ex usu hodie consistit momenti beneficium, quia quam citissime fieri potest, spoliatus restituitur, atque ita momento res expeditur: In cæteris interdictis, quæ sunt de possessione, vel quasi ex jure civili, tamen, ut coepi dicere, nihil refert, quo interdicto agatur, restitutorio, veluti unde vi, aut quorum bonorum, *l. 22. C. Theod. quor. appell. non recip.* an interdicto exhibitorio, veluti de tabulis exhibendis, quod etiam momentum appellat Anianus in *tit. victum civil. & criminal. ag. poss. l. 9. C. Th.* Quod & bujus interdicti causa momento, & ocissime expediri debeant: an etiam interdicto prohibitorio, veluti, uti possidetis, vel utrubi, ut in *d. l. si coloni, inf. de agric. & censit.* quæ in *C. Theod.* ponitur sub *tit. utrubi*, ut ex eo liquido appareat, eam legem pertinere ad interdictum utrubi, quod illa lex vocat *celerem reformationem*. Nihil igitur refert, agatur interdicto recuperandæ, retinendæ, vel adipiscendæ possessionis: Nam ex iis interdictis, quæ retuli ante, alia sunt recuperandæ, ut unde vi, alia adipiscendæ, ut quorum bonorum, alia retinendæ, ut uti possidetis, quæ tamen omnia *momenti* beneficia appellantur, ut merito possis statuere, omnem causam possessionis momento expediendam esse, ut mox veniatur ad secundam actionem, quæ est de dominio. Denique omne interdictum, quod est de possessione, omnis ratio per interdictum prætoris repetendæ, reformandæ, tuendæ possessionis, *momentum* dicitur, quod ejus rei definitio celeritatem desideret, momenti actio, momenti beneficium, momenti causa in *cap. t. extr. de causa propriet. & possess.* & rectissime in *l. momentariæ, inf. unde vi*. Interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim, id est, non solum interdictum unde vi esse momentariæ possessionis, sed omne interdictum, etiamsi de possessione vi erepta non agatur. Denique omnem possessionem quoquo modo perturbatam, aut inquietatam ocissime restituendam esse momenti, sive interdicti beneficio, *l. 1. inf. si per vim, vel alio mo.* Adeo autem in causa possessionis celeritas exigitur, celerisve reformatio, ut à sententia judicis, qui de possessione reformanda pronuntiavit, si appelletur, non sit appellatio recipienda, quæ est sententia constitutionis hujus tituli. Est addenda ratio est ex *l. 22. C. Theod. quorum appellat. non recip.* nequod beneficio celeritatis inventum est, subducatur injuriis tarditatis. Ideo in interdicto de possessione cessare licentiam provocandi: Et ita Symmachus in Epist. *In causis*, inquit, *quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet*. At recte tamen Accursius concludit in *hac l.* minorem 25. annis posse restitui in integrum adversus momenti beneficium, ne faciat damnum possessionis, quæ multa habet commoda, si probetur captus fuisse in ea re exequenda, quod habet summam rationem. Unde recte dices, hac in re differentiam esse inter restitutionem in integrum, & appellationem, ut adversus momenti beneficium, quod judex dedit adversario, non appellemus; restituatur tamen in integrum beneficio ætatis, & supra aliam notavimus differentiam inter appellationem, & restitutionem in integrum ex *l. a. sup. tit. prox.* & potest notari alia ex *l. præfecti, ff. de minoribus*, & alia ex *l. præses, ff. eodem*.



AD TITULUM LXX.

NE LICEAT IN UNA, EADEMQUE CAUSA TERTIO PROVOCARE, VEL POST DUAS SENTENTIAS JUDICUM, QUAS DEFINITIO PRÆFECTORUM PRÆTORIO ROBORAVERIT RETRACTARE.

OLIM in una, eademque causa licebat tantum semel appellare, non iterum, id est, geminato judicio superatus non poterat appellare, ut qui à duumviro appellarat ad præsidem provinciæ, non poterat à præside provinciæ appellare, *l. 1. C. Th. de possess. ab eo, qui bis provoca. transf.* Et ita in edicto Alarici Italiæ Regis apud Cassiodorum *lib. 9. appellari*, inquit, *à subjecto judicibus ordinariis in una causa secundo non patimur, ne, quod ad remedium repertum est innocentis, auxilium quodammodo videatur esse criminosis; si quis vero vetita iterare tentaverit, negotio privatus abjcedat*. Hodie autem ex Constitutione Justiniani posita sub hoc titulo, secundo appellare licet, non etiam tertio, id est, bino, non etiam trino judicio superatus appellare potest: ut si à duumviro appellarit ad præsidem provinciæ, possit à præside appellare ad præfectum urbi, non à præfecto urbi, sed ut additur in *hac l.* si præfectus, ad quem iterum appellavit, dederit specialem judicem, qui de ea appellatione cognosceret, licet à sententia ejus judicis non possit appellare, quia non licet tertio appellare, tamen ante litem contestatam, ut exigit *l. ult. sup. de sent. & interloc.* potest eum judicem recusare invocato præfecto urbi, qui eum dedit: Nam ut à judice dato appellamus ad eum, qui eum dedit, *l. 1. ff. quis & à quo appell.* Ita judicis dati recusationem recte facimus, quod maxime notandum, non apud ipsum judicem datum, sed apud eum, qui dedit. Cæterum hæc recusatio longe distat ab appellatione. Recusatio pro appellatione non cedit, alioquin in hac specie non valeret. Et ita sunt accipienda postrema verba hujus legis, quæ satis erant obscura, quod metaphrastis Basilicon ostendit his verbis, ἐὰν δὲ τις τὸν δοθέντα δικαστὴν παραιτήσηται, ἢ ἐκκαλέσηται τὸν δεδωκότα αὐτὸν, οὐ συμψηφίζεται τοῦτο εἰς ἔκκλητον, id est, *si quis judicem datum recusaverit, & eum, qui dedit appellaverit, hoc non connumeratur appellationi*. Denique recusatio pro appellatione non cedit: at ut hæc lex ostendit, retractatio à sententia præfecti prætorio, à quo non est appellatio, est ad præsidem provinciæ, & ab eo ad præfectum prætorio, jam non possum retractare, quod præfectus prætorio judicavit, oblato libello principi, alioquin viderer tertium appellare.



AD TITULUM LXXI.

QUI BONIS CEDERE POSSUNT.

PERTINET hic titulus ad executionem rerum judicatarum, sive ex priore judicio, sive ex appellatione judicatæ sint: Nam executio rei judicatæ ex causa pecuniæ debitæ tribus modis fit. Primum captis, & distractis pignoribus, quod fit extra ordinem jussu magistratus, non ex legibus, vel edicto certo, ut ostendi *sup. tit. 53.* & probat *l. si pignora, ff. de evict.* Neque vero ita pignus prætorium constituitur, ne fallamur, sed pignus illud, quod capitur in causam judicati, vicem obtinet conventi pignoris, vicem juste obli-

A obligationis; jussus judicis pro conventione, *l.1. inf. si in causa jud. pign. cap.* Et hoc quidem si judicatus præsto sit, vel defendatur. At si latitet, & non defendatur, alio modo fit executio judicati, nempe ex edicto prætoris eo, qui vicit, judicati servandi causa misso in possessionem omnium bonorum ejus, qui judicatus est, *l. 2. & 3. inf. qui potior. in pign. hab.* Et hoc genere pignus prætorium constituitur, quia scilicet hoc proficiscitur ex edicto prætoris. Et ita in jure pignus prætorium semper accipi oportet, ut in *tit. de prætor. pign. inf. l. misso, ff. pro empt. & alibi.* Et eam possessionem postea sequitur proscriptio, & distractio bonorum debitoris, sive judicati, quæ fit sub hasta, & irrogat infamiam ei, cujus nomine fit, cum bonis ejus & fama quoque disperit, quasi decoctoris, *l. paterfamilias, de bonis auctor. judic. possid. §. 1. Instit. quibus ex cau. manumit. non lic.* & Theophilus B noster eod. tit. id est, ordo exequendi judicati, est proximus ordini 12. tab. Quamobrem & proscriptio illa, distractioque bonorum debitoris, quæ fit ex edicto, usurpato nomine ex 12. tabulis appellatur *sectio*, ac si, ut in 12. tab. secaretur corpus debitoris in partes: secantur tantum bona ex edicto, & fama debitoris laborat. Et præterea hæc proscriptio debitoris morti comparatur, *l. actione, §. 1. ff. pro soc.* Lex 12. tabularum voluit decoctoris sanguinem effundi: At prætor maluit sanguinem suffundi, quam effundi, id est, irrogare infamiam, injicere pudorem publice distractis bonis sub voce præconis. Et ita Tertullianus, *suffundere sanguinem hominis maluit, quam effundere in Apologetico.* Et D. Hieronymus, *non idem est suffundi, & torqueri*, quod deinde sic interpretatur, *erubescere, & longo tempore cruciari.* C Quod si forte judicatus nihil, aut parum habuerit in bonis, ut neque primo, neque secundo modo judicatum exequi possit, tunc alio modo fit executio, quod etiam est ex duodecim tabulis, puta judicato detruso in carcerem, licet non huic rei, ut hodie fit in contrahendo, se nominatim obstrinxerit. Prima ratio implendi judicati est extraordinaria. Secunda est ordinaria, nempe ex edicto prætoris, & ad imitationem ll. 12. tabul. Tertia quoque est ordinaria, id est, ex duodecim tabulis, ex quibus decoctor in vincula, in nervum, in compedes ducebatur, qui judicatum non faciebat. Carcer quidem non irrogat infamiam, *l. 1. sup. ex quib. caus. infam. irrog.* sed refert injuriam quodammodo, *l. 7. hoc tit.* proscriptio, & distractio bonorum infert infamiam. Captio pignorum, nec est infamia, nec injuria. Si quis igi- D tur velit evitare carceris injuriam, vel infamiam proscriptionis bonorum, lege Julia ei consulitur in hoc titulo, ut omnibus creditoribus suis, cedat bonis suis, non ut ea sibi habeant, sed ut ea vendant, & pretium inter se partiantur, *l. 4. hoc tit.* non ut ea ipsa bona inter se dividant, & partiantur, & habeant jure dominii, quæ debitor eis in solutum non dedit, sed cessit tantum. Quod confirmat Theodorus optima ratione, *ἵνα μὴ τοσαύτην σχόντες ἄδειαν, τὰ ἄξια πολλοῦ κατὰ συμπαιγνίαν εἰς ὀλίγα δέξωνται*, id est, *ne si liceat creditoribus bona debitoris inter se partiri, nec compellantur ea vendere, & ex pretio sibi servare credita pro portione rata, eveniat, ut bona debitoris magni pretii per collusionem modico pretio æstimata inter se dividant, & partiantur.* Ideo melius est, ut ea bona vendantur palam, & ex venditione redactum E pretium inter se partiantur. Cæterum ea venditio bonorum debitoris, quæ sequitur cessionem bonorum, non irrogat infamiam, quia non fit nomine debitoris, cujus jam amplius bona non sunt, sed nomine creditorum, quibus bona cessa sunt, *l. debitores, sup. ex quib. caus. infam. irrog.* Et quod ait *l. 4.* bona, quæ creditoribus cessit debitor, creditores non posse inter se partiri, sed pretium redactum ex venditione eorum: hoc videtur pugnare cum *l. ult. hoc tit.* quæ dicit in rebus partiendis, suam vim singulis creditoribus officio judicis servari. Ergo probatur partitio rerum debitoris. Respondeo, illum locum esse accipiendum resumptis verbis, quæ præcedunt: in electione quidem, de qua agitur in *l. ult.*

A non esse differentiam inter creditores hypothecarios, & chirographarios, sed in rebus partiendis esse differentiam, & suam vim, id est, suum jus cuique servandum, ut scilicet hypothecarii suas hypothecas præcipuas ferant, reliqua bona veneant communiter pretio inter creditores diviso: unde concludamus, duo esse commoda cessionis bonorum ex *l. 1. & ult.* ut liberet injuria carceris, & infamia proscriptionis. Nec nos movere debet, quod ait *l. 1.* in eo tantum beneficium cessionis prodesse, ne judicati detrudantur in carcerem: Nam ex eo articulo *tantum* non ducitur idoneum argumentum, ut in *l. ob æs, sup. de prædiis min. si. dec. ob æs alienum tantum, prædia minorum alienari posse.* Imo & ob aliam causam alienari possunt, nempe ob dotem, vel donationem propter nuptias: ex verbis SC. ob æs alienum tan- B tum: ex sententia, & ob aliam causam. Et ita in hac *l. 1.* dicitur, *tantum*, ut excludat liberationem, de qua egit ante, id est, ut significet eum, qui cessit bonis, non liberari, sed propterea tamen non excludit alia commoda cessionis: Est enim & tertium ejus commodum, ut licet is, qui cessit bonis, non sit ipso jure liberatus, tamen liberetur si conveniatur in solidum posita exceptione, si non bonis cessit, quæ tamen ei non prodest, si quid ei facultatis post cessionem accesserit, quo prætor moveri possit, ut in *l. 3. & seq.* Postremo notandum, cessionem bonorum verbo fieri sine ulla solemnitate, *l. 2.* & professione nuda, *l. 6.* etiam extra jus, *l. ult. ff. de cess. bonor.* Alia igitur longe est à cessione in jure: cessio bonorum non est cessio in jure: nam fit etiam extra jus nudo verbo, detracta solemnitate omni. Nec necesse est be- C neficium cessionis peti à Principe, quod lex Julia defert, & recte additur in *C. Th. qui bonis ced. poss. ex l. Julia.* Quod tamen quis posset tentare ex initio *l. ult. hoc tit.* beneficium cessionis bonorum peti à Principe, quod nequaquam concedendum est, sed illa *l. ult.* est tantum accipienda de dilatione quinquennii, de justitio quinquennii, quod debitori à Principe datur, *l. universa, sup. de prec. Imp. offer.* Quod Græci vocant, *ἀναπνοχὴν*, & *ὑπερημερίαν*, in idiotismo dicimus *respit de cinq années.* Justitium igitur quinquennii omnino petendum est à Principe, quoniam ipso jure non competit, sed plerumque id Princeps dat sub distinctione, ut vel creditores accipiant bona, quæ debitor cedere paratus est, vel ferant ei indulgeri in quinquennium ad conquirendam pecuniam. Et hæc est sententia *l. ult.* cui D addam, hac in re ex *l. majorem, de pactis*, si dissentiant inter se creditores, puta si alii malint cessionem bonorum, alii indulgentiam quinquennii, majoris partis creditorum sententiam obtinere, quæ æstimatur non ex numero personarum, sed ex cumulo, & pondere crediti, quod si sint pares creditores in omnibus, tum humaniorem sententiam esse sequendam, ut scilicet contenti sint omnes indulgentia quinquennii. Et hic quærit Accursius, an indulto quinquennio debitori, indultis induciis quinquennii à Principe consentientibus creditoribus, post quinquennium, debitor admittatur ad beneficium legis Juliæ, id est, cessionem bonorum? & rectissime respondet, non admitti: qui locus est singularis. Senatusconsulto Lutetiæ Accursii sententia fuit comprobata: eum scilicet, qui impetravit beneficium E quinquennii, postea non admitti ad cessionem bonorum, ne videatur abusus beneficio principis. Cessio bonorum, quæ semel facta est, verbo revocari potest, contrario verbo, si res sit integra, id est, si nondum creditores bona vendiderint, *l. 2. hoc tit. l. 3. & 5. ff. eod.* Et fit cessio bonorum à debitoribus privatis, vel publicis, vel fiscalibus, non etiam ab iis, qui vocantur ad munus publicum: Nam non audiuntur si parati sunt cedere bonis, sed necesse est, ut serviant Reipublicæ, quantum eorum facultates ferunt. Et hæc est sententia *legis 5.* Fit autem cessio bonorum non tantum à patribus fam. sed etiam à filiisfam. debitoribus, licet nihil proprium habeant, quia non tantum fit cessio præsentium, sed futurorum bonorum, *l. pen. hoc tit. l. 4. & 7. ff. eod.*

AD



AD TITULUM LXXII.

DE BONIS AUCTORITATE JUDICIS POSSIDENDIS, SEU VENUNDANDIS, ET DE SEPARATIONIBUS.

POSSESSIO bonorum omnium judicati, id est, condemnati, quæ ei, qui pro partibus suis sententiam consecutus est, & aliis creditoribus datus, si intra tempora judicati non faciat judicatum, & quam auctor festinans jungere tractatui de possessione, præmisit quæ ante dicta sunt de rebus judicatis. Ea inquam, vel datur ex cessione ipsius judicati, sive debitoris, de qua in tit. superiori, vel ex edicto auctore prætore, vel præside, judicati, sive debiti servandi causa, de qua agitur in *h. tit.* Et ostenditur in eo, auctoritate judicis, id est, prætoris, vel præsidis ex edicto creditoribus dari possessionem universorum bonorum debitoris, si debitor scilicet fraudationis causa latitet, nec defendatur, *l. pen. & ult. hoc tit.* vel etiamsi debitori defuncto nullus successor extet, *l. 5. & 6. hoc tit.* Quod in edicto significabatur his verbis: *cui heres nec extabit*, quæ referuntur in Quintiana M. Tullii: his demum casibus creditores omnes mittebantur in possessionem, non unius rei, sed omnium rerum debitoris. Denique possessio bonorum debitoris, vel datur creditoribus ex cessione sui debitoris, vel ex edicto prætoris, per prætorem ipsum, aut præsidem: utramque autem possessionem sequitur venditio eorum bonorum postulata à prætore, vel præside, transacto justo aliquo tempore post possessionem datam, cujus arbiter erit prætor, vel præses, *l. pen. hoc tit.* Nec enim venditioni faciendæ invenio lege definitum tempus esse. Et verum est, quod D. Alciatus notavit in *l. ult. §. sin autem, hoc tit.* hæc verba, *à nobis*, in veteribus libris abesse, nec deesse. Non est enim venditioni faciendæ à Justiniano definitum tempus, sed definitur arbitrio judicis. Plerumque post longam possessionem, si videat debitorem non affici tædio longæ possessionis rerum suarum, tum decernet venditionem bonorum fieri sub hasta. Sed venditio, quæ sequitur cessionem bonorum debitoris, non est ignominiosa, quia non fit nomine debitoris, qui se exuit bonis omnibus sponte sua. At venditio, quæ sequitur possessionem datam ex edicto Prætoris, quia fit nomine debitoris quasi decoctoris, est ignominiosa, & infamat, & appellatur proprie *distractio*, quæcumque scilicet venditio fit publice sub hasta, quæ fit palam in foro constituta auctione hastæ, & sæpe admissis quamplurimis licitari volentibus, & uni re una addicta, alii re alia, quo genere plane res distrahuntur: & ita eleganter M. Tullius in Quintiana: *ad auctionem bonorum debitoris convenire creditores, ut carnifices ad reliquias vitæ lacerandas, & distrahendas.* Id in idiotismo aptissimo vocabulo appellatur, *des confiture: cum scilicet debitor venalis pendet in foro:* id est, cum bona ejus in foro pendent venalia, cessa, vel data possessione omnium bonorum debitoris: postea dico, creditoribus permitti à judice venditionem eorum bonorum, non etiam partitionem, vel addictionem, quæ fiat creditoribus, *ils ne sont jamais estroussès aux creanciers, mais à l'estranger:* denique creditores bona debitoris, quæ possidere jussi sunt, inter se non possunt partiri, & ea detinere jure dominii, sed necesse est, ut vendant, & pretium ex venditione redactum servato ordine juris, salvis hypothecis, & privilegiis creditorum inter se partiantur, *l. 4. sup. tit. prox. l. 6. hoc tit. l. unica, sup. ne mulieri pro dote.* Quod ait, *pro dote*, id obtinet in quolibet alio debito, ut pro debito bona debitoris creditori non addicantur, sed ut ea tantum possideri jubeat, ac deinde permittatur ei venditio. Ergo ante venditionem creditores bona debitoris possident jure cessionis, si debitor bonis cesserit, vel jure prætorii pignoris, si prætor eis dederit bonor. possess. Quæ differentia notanda est, bonor. possessionem dicit *l. pen. hoc tit.* sicuti *l. si pup. §. defend. ff. eod. & l. 5. ff. ex quib. caus. in poss. eat.* quæ frequentius dicitur possessio bonorum, non bonorum possessio. Proprie enim nobis aliud est bonorum possessio, aliud possessio bonorum, nec verba trajecta idem significant. Bonorum possessio quasi dominium tribuit, & est species successionis, sive hereditatis, *l. 1. ff. de bon. poss.* Possessio bonorum dominium non tribuit, *l. 5. sup. ut in poss. legat.* Et ita Zeno apud Stobæum elegantissimam facit differentiam inter discipulos φιλολόγους, & λογοφίλους, quia φιλολόγους vocat eos, qui rerum pondera, & dignitates, λογοφίλους eos, qui verborum tantum venustatem sectantur. Et medici quoque differentiam faciunt inter spinam albam, & albam spinam: & in constitutionibus Regiis, atque in consuetudinibus invenio differentiam fieri, *entre bois mort, & mort bois. Bois mort, c'est du bois, qui est sec, & encor debout: mort bois est qui est abbatu, & gist couché en terre.* Verum ad rem. Utroque genere, quo creditoribus datur possessio omnium bonorum debitoris, decoctor liberatus, nempe si bonis cesserit, *l. 3. hoc tit.* Liberatus item, si creditores omnia ejus bona possidere jussi sunt, *l. ult. hoc tit.* Et liberatur ab iis, qui ante cessionem bonorum, vel possessionem cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui postea cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui postea cum eo contrahunt, quod notat *l. 3. hoc tit.* Præterea non liberatur ipso jure, *l. 3. sup. tit. prox.* sed si conveniatur posita exceptione, cujus formula ita concipitur in Basil. *d. l. 3. h. t. & apud Theoph. §. ult. Inst. de replicat.* ἀλλ᾽ εἰ μὴ ἔξεστιν. *At si non licet:* quæ formula nihil pertinet ad rem: igitur sic scribamus, ἀλλ᾽ εἰ μὴ ἐξέστησεν, quod est, *at si non cesserit*, bonis scilicet, & inde in contextu quoque Institutionum apparet recte veteres libros habere, *nisi bonis cesserit, §. ult. de replication.* vel aliter: *at si non cesserit:* vulgo legitur, *si bonis cesserit:* sectius, *nisi*. Ad hæc sciendum est possessionem bonorum ex edicto dari in rem, id est, generaliter, non in personam, *l. cum unus, ff. eod. l. ult. h. tit.* Et ideo à Græcis appellatur καθολικὴ νομὴ τῶν δανειστῶν, ac si diceres, Catholica, id est, generalis possessio creditorum omnium: quod est magni momenti: Nam ex eo intelligimus etiam iis creditoribus, qui possessionem bonorum non petierunt, prodesse eam, quæ petita est ab aliis, quoniam non data est personis, quæ petierunt, sed generaliter in rem, petentibus, & non petentibus. Sed hoc ita restringetur in *l. ult. hoc tit.* ut ita demum iis, qui non petierunt se mitti in possessionem bonorum debitoris, prosit, quæ data est aliis, si præsentes intra biennium, absentes intra quadrien. quo eam non petierunt, profiteantur, ac ostendant se esse creditores ejusdem debitoris, & iis, qui petierunt, pro rata refundant expensas factas in judicio, id est, in persecutione poss. bonorum debitoris, & expensas, quas jurati affirmaverint se fecisse, jurijurando soli fidem haberi, quod est maxime notandum. Et hoc ita si res sit integra, id est, si nondum facta sit venditio, vel cessio juris sui ab iis, qui missi sunt in possessionem, quæ ut ex eo apparet plerunque protrahebatur in longius tempus, cum intra quadriennium ponat alios creditores posse venire re integra, & profiteri nomen suum inter creditores ejusdem debitoris. Nam si post venditionem, aut cessionem juris sui factam ab iis, qui impetrarunt possessionem bonorum debitoris, veniant, qui eam non petierunt: hoc casu iis ita prospexit Justinianus, ut ex pretio redacto, primum suum sibi servent, & habeant, qui venditionem, aut cessionem fecerunt accepta pecunia, residuum pecuniæ, ut obsignatum deponant, obsignent, & deponant in æde sacra, in Cimelarchio, ut ait *l. ult.* in quo scilicet vasa, & vestes, & donaria sacra deposita sunt, *le tresor:* depositiones, quæ fiunt in æde sacra, fiunt in Cimelarchio, idque ea lege, ut ait hæc *lex ult.* ut nullum ob eam depositionem, dispendium, vel damnum sustineant œconomi, id est, dispensatores rerum ecclesiæ, vel Cimeliarchæ, quos Theodorus vocat σκευοφύλακας .i. *custodes sacrorum*

crorum

crorum vasorum; quod idem Theod. ioterpretatur his verbis: si forte pereant pecuniæ depositæ: nam certissimum est, depositarium, nisi aliter convenerit, non præstare periculom tei depositæ, præstare dolum tantum, non culpam: depositam autem pecuniam in æde sacra ferent, qui supervenerint creditores, & ioter se partientur pro rata debiti quantitate. Sed maxime notandum est in hac venditione rerum debitoris, prius haberi rationem creditorum, qui siot hypothecarii, sive generales, sive speciales, quod & hodie fit, ut hi priores salvas suas hypothecas habeant, id est, ut illis primum satisfiat ex hypothecis, *l.6. hoc tit. l.ult. in fin. sup. t. prox.* illo loco, *in rebus officio judicis partiendis*. Prius ergo habetur ratio hypothecarõ, quam chirographarii creditoris. Item creditorum, qui privilegiarii sunt. Qua de causa *in ff. tit. de cess. bonor. l.1. & 2. & in tit. de rebus auct. jud. poss.* multis legibus fit mentio creditorum, qui privilegiarii sunt, id est, qui prærogativam exactionis habent: Et ob id etiam post hunc tit. datur titul. de *privilegiis fisci*, & tit. de *privileg. dot.* Nam fiscus est creditor privilegiarius, & mulier in dote. Ubi autem his satisfactum, tum reliquis, qui non sunt ejusdem conditionis ex residuo satisfit pro rata debiti, *l.6.hoc tit.* Hic est ordo juris, nec unus ex creditoribus compellitur omnia bona suscipere cum onere absolvendorum reliquorum omnium creditorum, *l.4. hoc tit.* Item certum est, primum satisfieri debere creditoribus defuncti, quam legatariis, quia legata non debentur, nisi ex eo, quod deducto ære alieno restat. Et inter creditores defuncti numerantur, ut ostendit *l. 1. hoc tit.* ii, quibus testator quid legavit ab eo herede, qui nunc defunctus est relictis legatariis quibusdam propriis, ab eo illis debebatur, ut legatum: ab herede heredis debetur potios ut æs alienum, quam ut legatum. Ideoque priorum legatorum causa est potior, quam posteriorum. Et hæc est sententia *l.1.* Postremo non est omittenda illa pars *hoc tit. de separationibus*, ad quam pertinet tantum *l.2. &* 7. Quid est *separatio*? est bonorum, & creditorum aliorum, ab aliis seorsim, aut separatim habita ratio, ut si sint creditores defuncti testatoris, & creditores heredis proprii, possunt creditores defuncti postulare separationem bonorum, ut scilicet ipsi eant in possessionem bonorum defoncti, qui sunt creditores defuncti, & creditores heredis eant in possess. bonorum heredis propriorum, atque ita, neque bona commisceantur, neque creditores, quod proponitur in *l.2. & 7. & in l.7.* tantom velim, ut legatur, *separatio postulata*, non *separatione*, ut & in *l.pen. sup. tit. de heredit. act.* in qua hæc eadem constitutio latius exponitur. Et de hoc tantum genere separationis agitur in h.tit.at in tit.*ff.de separat.*agitur etiam de aliis,puta,ut servi separent bona propria, quæ postea adquisierint à bonis domini, cui necessarii heredes exstiterunt cum libertate, & eodem modo separentur creditores servi, & domini, *l.1. §. ult. ff. de separat.* Item si veneant bona filiifamilias, ut separentur creditores castrenses à paganis, *d.l.1. §. si filiifamil.* Item si patronus heres exstiterit liberto, qui heres exstiterit Titio, ut separentur etiam creditores liberti, & Titii in adipiscenda bonorum possessione, separatis etiam bonis, *l. pen. ff. eod.* Et potest addi quintum genus separationis ex *l.3. §. proinde, ff. de minor.* ut à bonis patris, quæ fiscus occupavit ex causa debiti separetur peculium filii, quod est ex singulari constitutione D. Claudii.



AD TITULUM LXXIII.

DE PRIVILEGIO FISCI:

NON alia de causa hic titulus subjicitur duobus superioribus, quam quod ex cessione debitoris, vel ex edicto Prætoris possessis, & venditis omnibus bonis debitoris, habenda sit in primis ratio eorum creditorum, qui privilegiarii sunt, id est, qui habent privilegium exigendi, quod Plinius in epist. *ad Trajanum*, vocat πρωτοπραξίαν, quasi πρώτην ἐκπραξίαν, *primam exactionem*, qui cæteris creditoribus præferuntur in auferenda pecunia sibi debita, dilata interim exactione cæterorum, qui privilegium non habent: quæ causa etiam efficit, *ut in ff. tit. de cess. bonor. & reb. auct. judic. &c.* agatur de privilegiariis creditoribus, ex quibus est fiscus, *de quo hic titul. est*. Paul. 5. Sentent. *privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere*. Quæ sententia, ut intelligatur, sciendum est, alios esse creditores hypothecarios, alios chirographarios, qui & *personales* dicuntur, quia ex chirographo solo personam debitoris solam obligatam habent, non etiam ejus bona. Et qui hypothecarii sunt, etiam personales sunt, quia actio hypothecaria sine personali oon consistit, quæ directa, & principalis actio est: at, qui sunt personales, non continuo etiam suot hypothecarii, quia personalis actio sine hypotheca consistere potest. Ex chirographariis autem alii speciali quodam jure privilegiarii sunt, alii non item: ex hypothecariis autem, excepta causa dotis, ut ostendit tit. seq. nulli sunt suo jure privilegiarii. Fiscus est creditor hypothecarius, nec tamen privilegiarius, in actione hypothecaria jure suo quodam proprio, atque præcipuo contra alios creditores hypothecarios, nec nisi privilegio temporis, uti quilibet alius creditor hypothecarius, quia in hypothecis privilegium æstimatur ex tempore, oon ex causa debiti, non ex persona creditoris, & ubique fere, qui prior est tempore, potior est jure hypothecæ, quod & de fisco ita proditum est *l. 2. hoc tit. l. si pignus, l. ult. ff. qui pot. in pig. hab.* At in actione personali fiscus est privilegiarius, suo quodam jure, non spectata prærogativa temporis. Et hoc est, quod Paulus ait, *privilegium fisci, inter creditores primum locum tenere*, inter omnes scilicet creditores chirographarios, etiamsi privilegiarii sint, quia suum privilegium exercent contra alios, non etiam adversus fiscum. Exempli gratia: privilegiarius est, qui pecuniam credidit navis fabricandæ, vel instruendæ causa, *l. qui navem, ff. de reb. auct. jud.* Et tamen fiscus ei anteponitur, atque ita non est privilegiarius nisi post fiscum, *l. quod quis, eod.* id est possessis bonis debitoris, prius fisco satisfieri debet, quam ei, qui credidit navis fabricandæ, vel armandæ causa. Alias vero privilegiarius privilegiario non anteponitur, sed melior est conditio occupantis, id est, ejus qui prius suum recepit, qui sibi vigilavit: Nam nec si prior creditor chirographarius, nec privilegiarius suum recepit, privilegiarius creditor ei, quod recepit auferre potest ulla actione, nisi prior hypothecæ jure, si fuerit hypothecarius, ut fiscus, *l.5. hoc tit.* Nam fiscus semper est hypothecarius, id est, semper habet tacitam hypothecam in bonis debitoris, *l. aufertur, §. fiscus, D. de jure fisci, l.1. & 2. inf. in quibus caus. pig. vel hypot. tac. cont. l.1.sup. si propter publ. pensit. l. pen. hoc* tit. Quod est aliud privilegium fisci, ut ait *l.2. sup.de servo pign. dato manum.* Et tacitam hypothecam habet fiscus in bonis, quæ tempore contractus debitoris fuerunt, non etiam in iis, quæ tempore contractus debitoris esse desierant, & per venditionem forte, & traditionem in alium transierant, *l.4. hoc tit.* Nam tacita hypotheca fisci consistit tantum in bonis debitoris, noo in bonis alienis, etiamsi jam olim debitoris fuerint, antequam contraheret cum fisco. Ac ne quidem in bonis uxoris ejus, *l.1. hoc tit.* Quia inter conjuges nulla est communio bonorum, est societas vitæ, non bonorum, & res uxoris non minus viro sunt alienæ, quam res cujuslibet extranei. Et notandum, quod ait illa *l.1.* bona ejus, qui fisco obligatus est, ob reliqua administrationis primipili à fisco posse occupari jure tacitæ hypothecæ, non etiam res uxoris, quod intelligendum est de rebus, quæ sunt extra dotem, de paraphernis. Nam dos uxoris, quia est in bonis mariti, ex causa reliquorum primipili, id est, administratæ annonæ militaris, à fisco occupari potest jure hypothecæ, non quidem statim, sed in subsidium, quia dos est etiam

uxo-

uxoris, *l. quamvis, ff. de jure dot.* si scilicet ex bonis debitoris ipsius, vel fidejussoris ejus illa reliqua fiscus servare non possit, *l. 4. inf. in quib. caus. pign. vel hypot. tac.* Idemque obtinere io quolibet munere publico, ex contrario argumcotum præstat *lex 3. sup. ne uxor pro mar.* Et ne quis hæreat in hac *l.* in nomine primipili, *Primipilum* vocant jura nostra multis in locis centurionem primipili, ut alii auctores, cui tamen annona militaris exhibenda, & distribuenda data est: Nam ut Vegetius 2. de centurione primipili: *merita, & commoda totius legionis centurio primipili consequebatur*, præmia scilicet, emerita, & annonas, ut eas militibus distribueret. Et ita rectissime Theod. in hac *l.1.* primipilum definit, *τὸ τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς στρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον, ἵνα διανείμῃ τοῦτο αὐτοῖς*, id est, *annonæ, quæ dantur centurionibus primipili distribuendæ militibus*: hoc est munus primipili, cujus rationem reddere cogitur fisco. Ergo reliqua annonarum, si qua sint non distributa militibus, eum obligant, *ex l.3. & 7.inf.de cohortalib. princip.cornic. ac primi. lib.12. tit.58.* dum vocat pastum primipili, qui scilicet exhibetur militibus à centurione primipili. Et ita in *l. 6. C. Theod. eod. primipilaribus*, inquit, *qui ad pascendos milites solemniter ad limitem destinantur*. Et rectissime ad *leg. 1. sup. de condictione ex l.* debitor ex Primipilo in Basil. dicitur, qui debet fisco *διατροφὰς στρατιωτικάς*, id est, *pastus militares*, qui reliquator est annonæ militaris. Et Modestin. in *l. 10. §. qui primipilum, ff. de excusat. tutor. στρατιωτικὰς χρείας*, id est, *militares necessitates*. Pergamus ad reliqua. Dixi fisci actionem personalem præferri omnibus aliis actionibus personalibus, cujuscumque temporis sunt, quia in actionibus personalibus privilegium non æstimatur ex tempore, sicut in hypothecariis, sed ex causa, & qualitate debiti, *l.privilegia, ff. de reb. auct. judic. poss.* Fisci autem actionem hypothecariam non præferri antiquioribus actionibus hypothecariis, sed inferioribus tantum, & posterioribus. Addamus actionem fisci hypothecariam etiam præferri actionibus personalibus, vel antiquioribus, vel etiam privilegiariis, &c. *l. 3. hoc tit.* Nam & hoc idem habet quilibet, cui competit actio hypothecaria, ut anteferatur omnibus actionibus personalibus, omnibus creditoribus chirographariis, sive personalibus, *l. 6. sup. tit. prox.* Et ideo, ut hic exponam *l.5. hoc tit.* si debitor fisci, qui, ut dixi, semper est hypothecarius tacito jure: Si, inquam, debitor fisci, idemque debitor privati creditoris chirographarii prius solvat creditori chirographario, fiscus jure tacitæ hypothecæ pecuniam ante illi solutam vindicare potest actione hypothecaria ex justa causa, ut ait *l.5.* Puta, si debitor solvendo non sit: ergo in subsidium, ergo extra ordinem, ut etiam ait *l. 5.* Nam jure ordinario non fit, quod non fit nisi raro, ex justa causa, & in subsidium. Et ratio hujus constitutionis hæc est in *l.denique, de jure fisci*, quia res, noo persona convenitur, id est: fiscus pecuniam ante solutam creditori chirographario vindicat actione in rem, id est, hypothecaria, & in actione in rem non veniunt osuræ, in *l.si navis, de rei vindic.* Hæc, inquam, ratio ostendit, quod debui præmittere, cur *l. 5.* dicat, fiscom pecuoiam solutam creditori chirographario vindicare sine usuris, restitui fisco eam peconiam sine usuris, quia agit in rem, non in personam: & in actione in rem non veniunt usuræ, sed io actione in personam tantum. Eadem pene est ratio *l.5.* quia, inquit, creditor chirographarius, cui prius debitor pecuniam solvit, eam pecuniam non sumpsit fœnori, ut teneatur in sortem, & usuras actione in personam, sed suum recepit, quod ei auferri non potest, nisi actione in rem hypothecaria, & in act. in rem non veniunt usuræ. Et postremo notaodum ex *l.ult. hoc tit.* eum, qui pro debitore fiscali solvit fisco, non succedere in privilegium fisci, nisi hoc in eum specialiter à judice translatum sit, quod & l.3.significat. Sed huic sententiæ valde obstat *l. 2. ff. de cess. bonor. & l. si ventri, §. pen. & ult. de reb. auct. jud. possid.* Quæ ll. generaliter definiunt, eos creditores privilegiarios esse, quorum pecunia pervenit ad creditores privilegiarios, id est, succedere eos in privilegia, nec exigunt illæ leges ullo modo, ut privilegium in eos translatum, & transcriptum sit, quod tamen exigit destricte *l. 3. & ult. hoc tit.* his ego verissime respondeo, aliud esse privilegium, quod fiscus habet in actionibus hypothecariis ex tempore solo, ut quilibet alius hypothecarius cred. de quo est *l. 3. & ult.* In hoc privilegio temporis, is, cujus pecunia ad fiscum pervenit, non succedit, nisi nominatim in eum jus hypothecæ à judice translatum sit, quod non intelligitur esse translatum tacito intellectu, sed transferri debet nominatim in eum, qui pro eo solvit, qui in hypotheca habuit privilegium temporis, ne qui novissimus contraxit, injuriam faciat aliis, qui in hypotheca priores sunt tempore. Aliud autem est privilegium fisci in actionibus personalibus: & in hoc, qui pro debitore fisci fisco solvit, utique tacito intellectu succedit, etiamsi in eum non transcribatur. De hoc privileg. loquitur *l.2. de cess. bon. & l.2. si ventris, §.pen. & ult.*



AD TITULUM LXXIV.

DE PRIVILEGIO DOTIS.

EST etiam creditoribus permissa possessione, & venditione bonorum omnium debitoris in actionibus personalibus privilegiaria mulier, quæ dotem suam repetit soluto matrimonio, *l. si sponsa, ff. de jure dot.* Et hoc est, quod ait *l.1.ff.sol. matrim.* dotis causam semper, & ubique esse præcipuam, dotem scilicet præcedere omnia credita. Multa sunt introducta favore dotis, *l. si ego, §. si res, de jur. dot. l.ult. sup. ad SC. Vellejan.* & hoc maxime, ut habeat privilegium inter personales actiones. Et ita accipienda constitutio *hujus tit.* Quæ tamen ait hoc privilegium non transmitti ad heredem mulieris. Quæ verba omnes interpretes uno consensu, tam Græci, quam Latini accipiunt de herede extraneo; rectissime: Nam ad filium heredis mulieris idem privilegiom transit *Novel.91.* Et ita, quod dicitur in *l.maritum, D.sol.matrim. & l.nec maritus, sup. eod.tit.* maritum uxori, si uxor agat adversus eum, in id tantum, quod facere potest, teneri, quod & de uxore dicitur erga maritum: sed hoc beneficium non præstari heredi ejus, quia est beneficium personale: & hoc etiam intelligunt rectissime de extraneo herede tantum, non de filio viri, vel uxoris, *l. etiam filio, ff. eod.* At quæso, cur in *l. ult. inf. qui potior. in pignor. hab.* ait, actionem dotis præferri omnibos pene actionibus personalibus, cur ait pene? nimirum quia non præfertur actioni, quæ competit Reipubl. si antiquior fuerit, ut indicat *l. 9. sup. de jur. dot.* Et multo minus præfertur actioni, quæ competit fisco, quia ei adjuncta est semper, & adhæret tacita hypotheca. Mulier autem ante Justinianum non habuit tacitam hypothecam dotis nomine: hodie eam habet in rebus dotalibus, & in omnibus rebus mariti. Ac præterea in hypothecariis actionibus mulier, quæ de dote sua sollicita est, præfertur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, vel tacitam, vel expressam hypothecam habentibus, ut recte Martinus censuit *l. ult. inf. qui pot. in pignor. & Nov.97.* Excipiendus tamen, ut opinor, est fiscus: Nam huic in hypotheca mulier non præfertur, nisi ex privilegio temporis, *par l'anciennete, l.3. de primip. lib. 12. l. 2. inf. tit. proxim.* In qua quod de hypotheca conventa, cautaque mulieri, idem hodie dici velim de tacita, ut ejus jure mulier non præferatur fisco, nisi ex prærogativa temporis: non præferetur etiam mulier alii mulieri agenti de dote antiquiore, *d. l. ult.* & *Novel.91.* non præfertur ei, cujus pecunia rea comparata est sub pignore ejusdem rei, si & prior tempore sit, qui pecuniam credidit ad rem comparandam sub pignore ejusdem rei speciali, ut *Novel. 97.* His exceptis mulier, quæ dotem suam persequitur, præfertur omnibus creditoribus, non tantum chirographariis,

phariis, ſed etiam hypothecariis, etiam antiquioribus, A & plus igitur mulier habet, quam fiſcus, qui non habet in hypotheeis niſi privilegium temporis. Et propterea mulier vitium adſert regulæ juris, quæ ſtatuit in hypothecis priorem tempore eſſe potiorem jure. Denique beneficio Juſtiniani ex hypothecariis creditorib. una tantum mulier, quæ de dote agit ſpeciali jure privilegiaria eſt.



AD TITULUM LXXV.

DE REVOCANDIS HIS, QUÆ IN FRAUDEM ALIENATA SUNT.

IN hoc tit. agitur de actione in factum, quæ Pauliana dicitur in *l. videamus, §. in Fabiana, D. de uſur.* B Et à Theoph. *in §. item ſi quis, Inſt. de act.* & competit creditoribus poſt poſſeſſ. & venditionem bonor. judicati, tranſacto ſcilicet legitimo tempore judicati faciendi, ſi judicatus latitet, nec ſatisfaciat, nec defendatur, & bona, quæ veneunt, non impleant creditores, non ſufficiant creditoribus, videlicet ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum creditorum alienavit patrimonii ſui deminuendi cauſa, ut ex eo minus ferrent creditores. Et competere hanc actionem poſt poſſeſſionem, excuſſionem, & venditionem bonorum omnium judicati, vel cujuſcunque debitoris intra annum utilem, probat *l.* 1. *hoc tit.* illo loco, *bonis ejus excuſſis*, & *l.pen.* illo loco, *bonis poſſeſſis, itemque diſtractis*, ad quod verbum *diſtractis* adſcripta gloſſa penitus delenda eſt, quia interpretatur *diſtractis à debitore*, cum ſit intelligendum *diſtractis à* C *creditoribus* auctore prætore, vel præſide, ut diſtracta ſi non ſufficiant creditoribus, tum creditores actione Pauliana reſciſſa alienatione, revocent, quæ debitor alienavit in eorum fraudem. Idem etiam probat *§. item ſi quis in fraudem, Inſt. de act. & l. 6. §. ult. l. ait prætor, §.* 1. *& §. annus, D. quæ in fraud. cred.* Unde ſatis apparet quam bene ſit connexus hic titulus cum ſuperioribus. In *l.* 1. *hoc tit.* proponitur, heredem corpora hereditaria ceſſiſſe, & tranſtuliſſe in alium creditorem hereditariorum fraudandorum cauſa, ne ponas, ut Accurſ. heredem ea dediſſe in ſolutum propriis creditoribus, ſed ponas generaliter, vel illo, vel alio modo heredem ea alienaſſe, puta donaſſe, vel in dotem dediſſe in fraudem, & necem creditorum hereditar. quos l. 1. ait, bonis debitoris excuſſis, quæ retinuit, atque diſtractis, D ea poſſe revocari uſitatis actionibus ſicut negotium geſtum fuerit, ut jampridem emendavi ex veteribus, quos cuilibet paratus ſum oſtendere, qui de fide mea dubitabunt: *& uſitatis actionibus ſicut negotium geſtum fuerit*, id eſt, actionibus in factum. Factum ſignificat rem geſtam, negotium geſtum, ut in *l. cum mota, ſup. de tranſact.* Utilis *actio quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtret*, id eſt, actio comparata, concepta, compoſita in factum proprio nomine vacans, ut *l. quod de bonis, D. ad l. Falc. l. 4. §. ſi à Tit. D. de doli except. & §.* 1. *Inſt. de except.* Ubi Theophil. eleganter actionem in factum dicit, quod proponatur διηγηματικῶς *.i. narrative.* Et ita in gloſſis veterum eruditiſſimis *facto conceptas*, corrupte pro *in facto concepta*, ſic expoſitum legitur, διηγηματικῶς. Ad hæc notandum ex *l. 4. h. t.* hanc actionem Paulianam E non dari creditoribus, qui debitori heredes extiterunt, qui ejus hereditatem adierunt, quia confuſione, ſive aditione hereditatis creditores eſſe deſierunt, hac utor ratione: nec tamen improbo Accurſianam. Notandum præterea ex *l. pen.h.t.* hac in re eſſe differentiam inter titulum, ſive cauſam lucrativam, & non lucrativam. Lucrativa eſt, ſi rem accepi à debitore ex cauſa donationis: Et hoc caſu etiam ſi ignoraverim donatorem conſilium iniiſſe fraudandorum creditorum, teneor creditorib. actione Pauliana, ut eis rem reſtituam venundandam. Non lucrativa cauſa eſt, ſi emi, ſi numeravi pretium, quia pretium mihi abeſt. Et hoc caſu non aliter teneor creditoribus actione Pauliana, quam ſi fraudis conſcius, & particeps fuerim. Quæ diſtinctio ſumme notanda. Poſtremo not. ex *l. ult.* quam neque gloſſa, neque ſummaria; quæ omnia deleri volo, capeſſunt, & eſt tamen lex elegans: notandum, inquam, non tantum in eum, cui debitor aliquid fraudandi animo alienavit, ex edicto dari actionem Paulianam, ſed & in fraudatorem, ſeu debitorem ipſum, qui alienavit, quod oſtendit etiam *l.* 1. *& l. ult. §. ult. D. quæ in fraud. credit.* Ut puta, ſi creditor ſuo debitori in fraudem creditorum ſuorum quid acceptum tulit, quæ eſt ſentent. *l. ult. s' il à quitté la debte. Si actu ſolemni*, inquit, *præcedentem obligationem peremiſti .i.* interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & acceptilatione: Nam nudo conſenſu obligatio non perimitur. Et hic actus ſolemnis dicitur, πρὸς ἀντιδιαστολήν, ſive ad differentiam nudi conſenſus, ut in *l.3.inf.de emanc.lib.* At ſciendum eſt aliter, atque aliter teneri fraudatorem, & eum, cui alienavit: nam is, cui alienavit, tenetur in ſolidum, ſi ſcierit fraudem fieri, ſive parari creditorib. ſi autem ignoraverit, tenetur in quantum locupletior factus eſt, *l.6. §.* in *hoc, D. quæ in fraud. cred.* Et vetus eſt hæc actio Pauliana: Nam ad eam reſpicit Cicer.1.*ad Atticum*, cum ſcribit, *Cæcilius à T. Varo, quum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum ejus fratre.* (Pauliana ſcilicet) *de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepiſſe de Varo diceret.* At ut differentiam abſolvam: fraudator, qui alienavit, tenetur dumtaxat in quantum facere poteſt, puta poſt poſſeſſionem, & venditionem bonor. quia hæc actio Pauliana non datur ante poſſeſſ. & venditionem bonorum. His igitur peractis, ſi vendita bona non ſufficiant, agitur Pauliana in eum, cui alienavit in fraudem, & in eum ipſum debitorem, qui alienavit, ſed in debitorem, in fraudatorem, in id duntaxat, quod facere poteſt, puta ſi quid poſtea adquiſierit, vel ſi quod poſtea adquiſivit, dolo deſierit poſſidere, quia dolus ſemper pro poſſeſſione eſt. Ideo a. non tenetur in ſolidum, quia & bonis ſuis exutus, & everſus eſt, eadem ratione, qua dicitur eum, qui bonis ceſſit, poſtea non teneri, niſi in id, quod facere poteſt, quia iniquum eſt, in ſolidum damnari ſpoliatum fortunis ſuis, *§. alt. Inſt. de act.* Neque intereſt utrum ſpolietur auctoritate prætoris, an ultro facta ceſſione bonor. quæ fit ſine ſolemnitate pauciſſimis verbis, puta, *pax*, ut in 2.Apolog. Apulcii: *pax, Cedo bonis, non poſſum ſolvere, abiicio annulos aureos, & omnia inſignia dignitatis. Pax*, quæ eſt vox Græca apud Diphilum, Heſychium, Plautum, & Auſonium, quæ indicit finem negotio, *qui ſignifie, c'eſt aſſez, n'en parlons plus.* Nec eſt omittendum ex *l. ult. §. ult. D. quæ in fraud. creditor. adhibita l. ſi quis dolo, in princ. D. de re jud.* fraudatorem uno caſu in ſolidum teneri, puta ſi quid per fraudem ita diſſipavit, ut nulla ratione recuperari poſſit, ut ſi quid in mare projecerit, tunc tenetur in ſolidum, etiamſi non poſſit facere ſolidum, ut exutus bonis, quaſi pœnæ cauſa, carcere, & vinculis coerceatur.



JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

In Octavum librum Codicis Domin. Juſtiniani.

AD TITULUM I.

DE INTERDICTIS. Anno 1577.

TITULUS hic cohæret cum poſterioribus titulis libri ſuperioris, manifeſta ratione, quia illi fuerunt de poſſeſſione, & ejus effectis. Hic autem titulus, & qui ſequuntur, ſunt de interdictis, quæ poſſeſſionis, vel quaſi poſſeſſionis cauſam continent. Poſſeſſionis, veluti fundi, aut ædium: Quaſi poſſeſſionis, veluti uſusfructus, vel juris alterius, ut in *l. ait prætor, §. item ei, qui per captivitatem, D. ex quibus*

cauſ.

causa major. Et mihi aliud sunt *interdicta*, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione rei controversæ inter aliquos, cum statuit apud quem possessionem ejus rei esse oporteat interim dum disceptabitur de proprietate apud pedaneum judicem, quem & mox ipse dat inter eos, ut de proprietate judicet, id est, ut judicet uter rei dominus sit. Itaque interdicta perpetuam possessionem non addicunt, sed temporariam, quoad de proprietate judicatum sit, *l. 1. §. ult. D. de aqua quot. & æst*. Nam possessione cadit, qui interdicto eam obtinuit, vel retinuit, si in causa proprietatis contra eum judicatum fuerit. Item causam proprietatis interdicta non finiunt, sed præparant, ut ait *d. l. 1. §. ult.* & ordinant, ut scilicet sciatur in causa proprietatis, quis rei, quis actoris partibus fungatur, & consequenter, cui incumbat onus probandi dominii, probandæ proprietatis: Nam possessori, qui interdicto vicit, non incumbit onus probandi, sed petitori, *l. is, qui destinavit 24. de rei vind.* Non inficior quædam esse interdicta, quæ finiunt causam proprietatis, sed sunt admodum pauca, ut interdictum, quod datur ei, cui princeps permisit ducere aquam in prædium suum, verbi gratia, digitum aquæ publicæ rotundum, vel quadratum, vel unciam, vel *quinariam* ex castello, id est, ex dividiculo, sive receptaculo aquæ publicæ, vel ex alio rivo, aut fistula publica. Hoc interdictum, quo prætor vetat ei vim fieri, quo minus aquam ducat pro modulo, quem ei princeps adsignavit, non tantum eum possessorem facit, cui jus aquæ ducendæ princeps assignavit, sed etiam finit jus assignationis, id est, an jus aquæ adsignatum ei sit, & per hoc quasi possessionem perpetuam ejus juris tribuit, non temporariam, & hoc interdicto totum finitur, ut ait *d. l. 1. §. ult.* qui locus est elegans, id est, dato hoc interdicto nihil finiendum restat, nulla superest actio secunda. Nulla sunt interdicta, quæ proprietatis duntaxat causam contineant, quod error communis tamen admittit. Plura sunt, quæ possessionis duntaxat causam continent: nonnulla, quæ & possessionis, & proprietatis, ut illud interdictum, quod exposui modo: itemque interdictum *de itinere, actuque privato reficiendo*, quod & possessionis causam continet, id est, an usus sit itinere, vel actu, qui interdicto utitur, & proprietatis. an habeat servitutem itineris, vel actus. Deniq; duplex quæstio in hoc interdicto includitur, una possess. altera proprietatis, *l. 3. §. hoc autem, de itinere, actuq: priv.* Unde manifestum est, quod ait *lex 2. §. quædam, D. de interd.* hoc interdictum proprietatis non possess. causam habere, sic esse accipiendum, non solum possessionis temporariæ causam habere, sed finire totam rem, nec proferre. Similia iis sunt quædam alia interdicta, quæ quasi proprietatis causam habent, ut *de locis religiosis*, puta interdictum *de mortuo inferendo in sepulchrum*, quod est in fundo meo: In quo quæritur non tantum an sim in possess. inferendi mortui in sepulchrum illud: sed etiam an sim ejus sepulchri quasi dominus: Nec enim possum esse dominus sepulchri, ut fundi, propter religionem, sed possum ejus esse quasi dominus, *d. l. 2. §. quædam, l. sunt personæ 43. de relig.* Idemque de sacello dici potest, quod habeo in fundo meo, vel capella, ut Græci vocant: Unde in idiotismo factum est *capellæ* nomen: nam si quis eo me uti prohibeat, simile interdictum mihi dabitur, quod erit & de possessione, & de jure dominii, & de jure quasi dominii, id est, an sacellum sit quasi meum. Et ita sunt interpretanda hæc verba in *d. l. 2. §. quædam, ff. de locis sacr. vel religios.* Ejusdem conditionis est interdictum *de liberis, vel libertis exhibendis*, quoniam in eo non tantum quæritur, an sint exhibendi (quæ possess. quæstio est) sed etiam an sint mei liberi, vel liberti, id est, quasi mei, *l. talem, §. 1. de hered. instit.* dixi quasi mei: Nam liber homo proprie non potest esse in dominio alterius, *l. 1. §. per hanc, D. de rei vindic.* Et de hoc interdicto ita agitur in *d. §. quædam.* Et nota, ut aliarum rerum est possessio, aliarum quasi possessio, ita aliarum esse proprietatem, aliarum quasi proprietatem, sive quasi dominium, quod idem est. Et interdictis etiam hujus generis adjecit Accursius interdictum *de arboribus cedendis*. Male, quoniam in eo nil quæritur de jure proprietatis, sed de possessione tantum, ut an arbor tua, quæ impendet in meas ædes, possessioni ædium mearum impedimento sit, ut si sit, succidatur. Illud etiam Accursius, quod jam supra recitavi, haudquaquam recte opinatur, superiora interdicta, quæ dixi, & possessionis, & proprietatis causam habere, proprietatis duntaxat causam habere, quoniam nulla usquam invenies talia. Et his quidem interdictis, quæ retuli, exceptis, quæ totam rem finiunt, alia interdicta, quæ sunt innumera, non finiunt, sed præparant causam proprietatis: non finiunt igitur totam rem, sed eis datis, superest actio proprietatis, quam *lex 3. tit. sequ.* vocat *secundam actionem*, in loco vocant *secundum caput rei, qua de agitur*. Et in hac re valde notandum est, prætorem reddito interdicto non dare judicem, qui de possessione cognoscat, de qua jam ipse interdicendo judicavit, sed qui de proprietate cognoscat. Et hæc est mens Theophili in Institutionibus: quo perperam utuntur, qui ex eo incaute colligunt, interdicto addici judicem, qui de possessione judicet, quod perinde est, ac si diceret rem judicatam retractari: Nam hoc vult Theophilus, prætorem interdicentem de possessione, instruere, sive ῥυθμίζειν judicem datum in causa proprietatis, ut sciat quo ordine judicium illud procedere debeat. Denique interdictum esse ordinem, sive ῥυθμὸν de proprietate futuri judicii, *un reglement*, quo prætor constituit, in causa proprietatis quis futurus sit actor, quis reus. Etiam illud notandum, prætorem inter eos, qui de possessione, & proprietate contendunt, protinus operam suam interponere, datis interdictis, quæ & ob eam rem *momenta* dicuntur in jure, & *momentariæ possessiones*, quod protinus interponantur sine ulla cunctatione, quoniam, ut idem Theophilus scribit, ea sæpe controversia procedit ad cedes, vel ad vulnera, vel ad plagas, id est, verbera, seu percussiones: Sic enim illo loco *plagas* interpretari oportet, pro verberum quolibet genere sine sanguine, sine solutione continui. Et male Latinus interpres Theophili *plagas inferre*, illo loco πληγὰς ἐπιφέρεσθαι interpretatur *ad manus venire*: Nam & vulnera inferre, est ad manus venire: Et si hoc voluisse Theophilus dixisset, ut solent Græci omnes auctores, εἰς χεῖρας ἰέναι, vel εἰς χεῖρας ἐλθεῖν. Prætoris autem est, non pati, ut ad arma, cædes, vulnera, plagas prosiliant, quos potest sua jurisdictione componere, nimirum reddito interdicto, quam primum, *l. æquissimum, ff. de usufr.* Nec est omittenda definitio interdictorum, quam Justinianus proposuit *in Instit.* ut interdicta sint formæ, atque conceptiones verborum, quibus prætor jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet: quod maxime fit, inquit, cum de possessione, vel quasi possessione inter aliquos contenditur. Et ait *maxime*, quia sunt quædam interdicta jam à me supra exposita, quæ & de proprietate causam admittunt, simul ac de possessione, non de proprietate sola. Et ait, *Formæ, atque conceptiones verborum*, pro quo Theophilus dixit ὁμιλίαν: *interdictum esse* ὁμιλίας *prætoris*. Jurisconsultus, ex quo eam definitionem Justinianus sumpsit, meo judicio scripserat, *Interdicta esse formulas, non formas, & conceptiones verborum*. Sed Tribonianus ubicunque veteres usi sunt verbo (*formulæ*) vel reposuit (*verborum conceptio*) ut illo loco, & in definitione stipulationis, quia inde sustulerat formulas stipulationis: vel reposuit verbum *actio*. Veteres fere semper dicebant formulam, non actionem: formulam fam. ercisc. communi dividundo, finium regund. formulam hypothecariam, formulam Fabianam, formulam ad exhibendum. Et in fragmentis Pauli de injuriis, *sicut formula de injuriis posita est: quod Auli Agerii pugno mala percussa est*. Item: *formula, quod Numerius Nigidius illum immisit Aulo Agerio infamandi causa*. At Tribonianus hic nomen *formulæ*, ubique sustulit, quia sublatæ erant formulæ actionum à Constantino, id est, solemnia verba pernumerata, & per-

scripta à Jurisperitis; Et ante Constantinum formulæ in extraordinariis judiciis non observabantur, *l. actio 47. de negot. gest.* Quamobrem ea lex in eis judiciis eatraordinariis, ait, non observari subtilem differentiam inter actionem directam, & utilem, quæ sola consistebat in formulis: quod confirmat *l. quamvis, §. si mulieri, D. ad Senatusc. Velle].* Uno tantum per incuriam Tribonianus reliquit formulæ verbum in *l. si servus navem, de furt.* Qui tamen locus etiam abest à Basil. Puto ob eandem causam, quod formulæ obsolevissent, & est sententia ejus legis digna, quæ vobis exponatur. Servus sine voluntate domini navem exercuit, & in ea aliquid à vectore aliquo servandum recepit, quod vector alius furto sustulit: ait, vulgarem formulam dari in dominum servi, si servus ipse furtum fecit, qui navem exercet, noxalem, si vector, de peculio duntaxat. Et vulgarem formulam vocat, non ut quidam advocatus regis scripsit, *actionem de peculio*, quæ etiam adjectio est variarum actionum, non actio specialis: sed vulgarem formulam vocat actionem de recepto, quæ competit ex edicto nautæ, caupones, stabularii, vel de peculio duutaaat, vel noxaliter. Postremo loco adnotemus, verbum *dicere*, quod est prætorium, modo generaliter accipi pro jus dicere, quod verbum latissime patet, modo specialiter pro edicere, quod est legem ponere, in *l. 3. quamvis, de admin. tutor. quamvis prætor dicat*, in edicto scilicet, id est, edicat: modo interdicere de possessione, ut in *l. ult. in fin. ff. de precario, l. videamus, §. in Fabiana, de usur. l. cum prætor, de verb. sign.* Igitur nihil interest *dictum* dicas, *an interdictum*, sed interdictum usitatius est, cujus nominis rationes varias Jurisconsulti adferunt, ut solent, more Stoicorum, à quibus imbuti sunt, in effingendis etymologiis esse liberrimi. Alii interdicta dici, quod interdicere sit denuntiare, & prohibere, & ea proprie interdicta dicantur, quæ prohibitoria sunt, quæ exhibitoria, vel restitutoria, decrera, non interdicta, *§. sunt tamen, Instit. eod. tit.* quæ tamen differentia nusquam observatur. Alii, interdicta dici, quod inter duos dicantur, *in dict. §. sunt tamen*, quod veriverbium scitum est magis, quam verum. Alii, quod interim dicantur, quod fortasse verius est, quia interdicta interim duntaxat valent, quoad de proprietate judicatum sit. Et ita hodie Hispani, qui ut ex sermone, ita ex jure Romano plura retinent, qnam ullæ aliæ nationes, interdictum vocant, *entretento*, id est, interim dictum, ut veteres loquebantur. Isidorus, & ipse homo Hisp. 5. Etym. *Interdictum est*, inquit, *quod à judice nox in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, salva propositione ejus*, id est, salva quæstione proprietatis. Et Anianus ad Paul. in tit. de injuriis: *Interdicta dicuntur, quasi non perpetua, sed ad tempus interim dicta.* Sic nostri JC. ludunt in reddenda Etymol. deposiri. Ulpian. *quod ponatur, &* de, esse intensivam particulam. Paulus, *quasi dix positum.* Nam quod ad breve tempus datur custodiendum, id ait, non esse depositum, sed servandum datum. Hæc sunt, quæ ad Rubricam spectant, ad quam quæ scripsit Accursius, omnia rectissima sunt.

Ad L.I. Cum proponas, *radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus, fundamentis domus tuæ periculum afferri, præses, ad exemplum interdictorum, quæ in albo proposita habet (prætor)* Si arbor in alienas ædes impendebit: *Item*, si in alienum agrum impendebit: *quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere: rem ad suam æquitatem rediget.*

IN lege prima agitur de interdicto de arboribus cædendis, quæ vicino nocent, cujus duo genera proponuntur in *l. 1. de arborib. cædend.* Unum de arboribus adimendis, cui est locus in urbe, vel oppido inter vicinos: alterum de arboribus coercendis, cui est locus in agris inter eos, qui affines agros habent: olim illud dicebatur *de arboribus collucandis*: hoc vero dicebatur *de arboribus sublucandis*, Paul. 5. Sententiarum, *arbor*, inquit, *quæ in vicini agrum imminet, nisi à domino sublucari non potest, isque convexiendus est, ut eam sublucet: quod si conventus dominus facere noluerit, à vicino luxuries ramorum compescatur, idque qualiscumque dominus facere non prohibetur.* Sublucare igitur est luxuriem ramorum compescere, & coercere, quod prætor fieri interdicit, usque ad quindecim pedes, è terra scilicet, veluti subtus missâ luce, ut Festus ait. Collucare autem, ut idem ait, est arboribus succisis locum implere luce. Interlucare, quo verbo Plinius sæpissime utitur, est in sylva, vel arbusto inter arbores ramorum densos amplexus amputare. Porro in urbe arbor vicini, quæ impendet in meas ædes, atque ita luminibus meis, vel alias possessioni meæ officit, ex interdicto collucari debet à domino arboris, vel si id dominus arboris facere nolit, eam collucare, & ligna mihi habere possum. Et est *collucare*, ut iterum apertius dicam, non circumcidere ramos, sed arborem fluentem in meas ædes, totam stirpitus succidere, vel ut recentes loquuti sunt, adimere, l. 1. *§. si arbor, de arb. cæd.* Et competit interdictum non tantum domino ædium, in quas arbor vicini impendet, sed etiam fructuario, quia interest etiam fructuarii arborem istam non impendere, *d. l. 1. §. non solum.* Et hoc est, quod supra dixit Paulus, qualemcunque dominum, id est, sive proprietarium, sive fructuarium per interdictum obtinere posse; ut cessante domino arboris, ipse non prohibeatur arborem succidere, & ligna tollere. In agris autem arbor vicini, quæ impendet in fundum meum, & umbra sua meæ possessioni nocet, sublucanda tantum ramis supputatis, & coercenda est, quia non omnis arbor, non omnes rami mihi officiunt, sed ii tantum, qui à terra subtus excrescunt, usque ad quindecim pedes, ut prætor definivit ex lege 12. tabul. *d. l. 1. §. pen. & l. 2. eod. tit.* Et eatenus duntaxat supputandi sunt rami, non usque ad summum cacumen arboris. Ad hæc quæritur in hac *l. 1.* quid sit dicendum, si non arboris vicini rami impendeant in meas ædes, sed radices ejus arboris porrigantur in meas ædes, & subruant fundamenra ædium mearum, aut eis periculum afferant, an mihi interdictum competit, ut arbor succidatur? Et hæc lex ostendit competere interdictum ad exemplum superioris interdicti, id est, utile interdictum de arboribus cæd. Nam in jure semper his verbis, *ad exemplum illius, vel illius actionis actionem dari*; significatur illam actionem dari, non directam, sed utilem. Ergo hoc etiam casu, quoties radices arboris vicini officiunt ædibus meis, mihi competit utile interdictum, ut si vicinus nolit arborem succidere, & collucare, ego non prohibear eam collucare, vel succidere, ut sicut per arboris è terra se sustollentis, ita per radicum ejus causam nihil fiat, quod ædibus meis noceat, fundamentis forte ædium mearum concussis, & convulsis. Et hæc constitutio declarat, quemadmodum sit accipiendum, quod ait *l. si plures, §. si arbor, D. arborum furt. cæs.* Si arbor vicini in vicinum prædium radices porrexerit, recidere eas vicino non licere, si radices porrexerit in ædes meas, recidere eas mihi non licere, sed me agere debere civili actione, jus non esse vicino radices arboris suæ in ædes meas immissas habere: & addendum, vel agere interdicto utili, ut arbor succidatur, ex hac Constitutione, & Accursius nihil referre ait, an arbor fuerit sata propius ædes meas intermisso spatio legitimo 5. pedum, quod debet intermitti, aut quod debet intermittere, qui serit arborem ex duodecim tabul. ut *l. ult. ff. fin. regund.* an non intermissum fuerit legitimum spatium; quæ adnotatio huic loco non convenit, quo agitur de arbore sata in urbe propius ædes vicini. Illa autem lex 12. tabul. pertinet ad agros tantum, ut scilicet oleæ, & ficus, quæ seruntur, absint à vicino 9. pedes, cæteræ arbores quinque pedes, majore spatio intermittendo in serenda olea, & fico, propterea quod harum arborum radices longius serpunt, & defrugant fundum vicini, si in eum se immittant, succo fundi, sive alitura ei subrepta. Et copiosæ sunt radi-

ces

tes in fico, in olea crassiores, & ramosæ. Quamobrem in serendis oleis etiam jubet intermitti 30. pedes, cum in aliis arboribus satis sit intermitti 9. pedes, & aliquanto plus in fico, ut disces ex Plinio 16.& 17. & Plutarcho in Solone. In urbe autem serendæ arbori nullum à vicino intervallum, quod servari oporteat scriptum invenitur, sed hoc tantum in hac *l.1.* ut si radices arboris tuæ periculum adferant fundamentis ædium mearum, sit mihi in te utile interdictum de arbore succidenda. Et in agris maxime notandum est, arborem, quæ ex fundo vicini quasdam, non omnes radices fundit in fundum meum, manere in dominio ejus, in cujus fundo oritur, nec communem fieri, licet utrinque alatur. At si omnes radices immiserit, & coaluerit penitus in fundo meo, mea fit: quia in fundo meo alitur tota, & dominio ejus abscedit, in cujus fundo oritur, non item alitur, quod ostendit *lex 5. §. de arbore, de rei vindic. l. 7. §. ult. de adquir. rer. domin.* Et hanc esse veterem legem Theophilactus Rhetor scribit in epistola, cujus initium est, *αἱ συκαῖ σου*, &c. Et totius Epistolæ sententia hæc est: *Ficus in agrum meum radices omnes suas immiserunt, renuentes esse in dominio tuo, & à te transfugientes, ut mihi fructum largiantur paula adhibita mea cura, quæ est lex vetus agricolarum, cui te vetustum jam, & senem parere compellit: quod si non feceris, & legi nostræ veteri adversatus fuerit, nos te tanquam novum legislatorem rerum rusticarum repudiabimus, & finibus nostris tanquam peregrinum exiorrem faciemus.* Ergo vides arborem vicini, quæ fudit omnes radices suas in meum fundum, meam esse, & vicini esse desinere. Sed non est omittendum, vicino tamen in me dari utilem actionem in rem, vel potius in factum, ut ei præstem æstimationem arboris, argumento *legis si mulier, §. ult. D. de donat. int. vir. & uxor. & §. si quis in aliena, Instit. de rer. divis.* Et hæc quidem ita se habent, si arbor non sit posita in confinio: Nam si sit posita in confinio, vel prope confinium, quod idem est, cujus fundi succo alitur tota, ejus est dominii jure, sed si utrunque fundum altorem habet, communis est pro diviso, id est, pro regione cujusque fundi, *d. l.7. §. ult. & l. arbor. D. comm. divid.* Ad hæc notandum est ex his verbis legis primæ, *interdictorum, quæ in albo proposita sunt:* ut actiones, sic interdicta proponi, & promitti in albo prætoris, edicto scil. prætoris, ut apud Paul. 4. *Sentent.* edicto perpetuo cavetur, ut interdicto reddito agi possit. Ex quo liquido apparet, quid distet edictum ab interdicto, id nimirum, quo distat ab actione, quo promissor à re promissa. Et priusquam finiam quæstionem *h.l.* monendi estis, cum ea esse conjungendam *l.3. de ædific. priv.* In qua etiam agitur de periculo ruinæ ædium, ut in ista, & est utriusque inscriptio, & subscriptio eadem. Et vult illa, ut si corruerint ædes in civitate, an restitui debeant in pristinam faciem, necne, an converti possint in hortum, vel aream, hoc pertinere ad cognitionem præsidis provinciæ, cujus proprium est conspicere ædificia, & conservare ornatum urbium, ne deformetur urbium aspectus ruinis, & consuetudinem etiam civitatis spectandam esse, ac pro consuetudine, vel converti ædes collapsas in aliam speciem, vel in pristinam restitui, ut in *l. præses provinciæ, inspectis ædificiis, D. de offic. præsid.*

Ad L.II. Præses provinciæ in *eum, qui ejusdem provinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere.*

CUm l. 2. conjungenda est *l. 1. sup. ubi de hered. agat.* Cujus etiam eadem est inscriptio, & subscriptio, & in re coeunt hoc modo. Si sit controversia de hereditate inter heredem scriptum, & legitimum, vel substitutum, heres scriptus recte desiderat se interim mitti in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit mortis tempore ex edicto D. Adriani, vel hodie ex edicto Justin. ut est scriptum *sup. in tit. de edict. D. Adr. tollen.* quoad de hereditate judicatum sit. Et hoc quidem desiderat à præside ejus provinciæ, in qua sunt res hereditariæ, tum de hereditate ipsa litigat, id est, jure proprietatis apud eundem præsidem, si reus sit ejusdem provinciæ, id est, si subditus sit ejus præsidis jurisdictioni: Nam si reus sit alterius provinciæ, apud alterum præsidem est cum eo agendum petitione hereditatis, non apud præsidem, in cujus provincia sita sunt bona hereditaria. Ergo restat ex *d. l. 1.* præsidem non posse cognoscere de proprietate in eum, qui non est ejusdem provinciæ. Nunc additur in hac lege secunda, etiam ex interdicto, id est, de possessione, eum non posse cognoscere in eum, qui non est ejusdem provinciæ, quamvis scilicet (& hæc est ratio dubitandi in hac lege) quæstio de possessione non sit tanti momenti, quia temporaria est possessio, quanti quæstio de proprietate, quæ totam rem finit. Igitur (*neque ex interdicto*) hoc loco, id est, de possessione: Nam nulla sunt interdicta, quæ possessionis causam non contineant, vel solam, vel mixtam cum causa proprietatis, quod heri ostendimus. Adversus hanc legem 2. videtur Accurs. opponere *l. non tantum, §. sed Articulejano, ff. de fideicomm. libert.* Species hæc est. Quidam testamentum faciens in provincia Lugdunensi, rogavit heredem, ut illum servum manumitteret, heredem, inquam, qui erat alterius provinciæ. Heres non manumittit, & abest à provincia Lugdunensi justa ex causa, dum consistit in suis sedibus, & domicilio suo, ut ait *l. si eum, in fi. eod.* Quid fiet? Servus poterit adire præsidem provinciæ Lugdunensis, ut quando heres rogatus abest justa ex causa, pronuntiet servum esse liberum. Et rata est libertatis datio, licet heres non sit ejusdem provinciæ: sed hoc ita constitutum est nominatim ex Senatusconsulto Articulejano, *d. l. non tantum, §. sed & Articulejano*, favore libertatis.

Ad L.III. Incerti juris non est, *orta proprietatis, & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.*

Ad L.IV. Si quis quodlibet *interdictum afflagitet: ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere.*

EX lege tertia inter cætera intelligimus hodie omnia judicia esse extraordinaria. Hoc etiam proponitur in *Institut. eod. tit. §. ult.* & in *tit. de success. subl.* Et iis verbis (*omnia judicia esse extraordinaria*) significatur, in judiciis hodie non observari priscum, & solemnem ordinem legum, non observari subtilitatem, non scrupulosam, & nimiam diligentiam Jurisconsultorum, in judiciis exercendis non observari formulas juris, ut *l. actio, de negot. gest.* nullam observari solemnitatem, puta in vindicatione fundi, ut ex fundo litigantes in jus ad prætorem deferant unam glebam, unum cespitem, quod olim fieri solebat, & in ea gleba tanquam in toto fundo vindicent, quod exposuit A. Gellius *lib.* 20. Non componi etiam verba prætoris, ut olim, ne quid ipse sua sponte loqueretur, non dici viam litigantibus, quam juberentur ire, & redire in judicium, quem ritum M. Tull. exposuit in oratione pro L. Muræna: *Et priscis iisdemque barbaris, etiam ridiculum fuisse*, ait, *ut homines, cum recte in loco constitissent, juberentur abire, & mox unde abiissent, eodem reverti.* Sicut nos hodie Turcæ derident, cum cernunt deambulantes, & subinde eandem viam euntes, & redeuntes. *Cur*, inquiunt, *in loco non consistunt, in quem pervenerunt, sed ex eo mox recedunt, ut & mox in eundem revertantur eadem via?* Et ita Volones populos quosdam Hispaniæ Strabo lib. 3. scribit, cum primum vidissent milites Rom. *ἀνακάμπτοντας*, id est, reflectentes subinde eandem viam spatiandi gratia, vertigine agi, & insanire existimasse, & veluti pietate ductos, illis se viæ duces obtulisse. Sed hæc mittamus, quæ tamen in judiciis servabantur, antequam lis contestaretur, ut juberentur litigantes *viam ire, & redire*, & quasi deambula-

re ante conflictum. Hoc cum agitur extra ordinem non fit. Et addamus, etiam in actionibus civilibus, quæ pœnæ persecutionem habent, cum extra ordinem agitur, non servari pœnam legitimam, ut in actione furti, non observatur pœna dupli, vel quadrupli, quia judicia sunt extraordinaria, nec in judiciis attendimus pœnam legitimam, sed fur deducitur ad præfectum vigilum, vel præsidem, ut domino restituta re, & pecunia furto sublata in simplum, corporali supplicio pœnam luat. Quam viam qui eligit, proculdubio amittit actionem furti in duplum, vel quadruplum. Et hanc utique viam hodie omnes eligunt, contenti restitutione rei sublatæ, & magis cupidi pœnæ corporalis, quæ infligatur furi, quam pœnæ pecuniariæ in duplum, vel quadruplum, quæ ad eos redeat, quibus furtum factum est, *l. interdictum*, *§. qui furem*, *de furt.* quæ est in eam rem elegantissima. Et ita in judiciis criminalibus ordo legum, quo olim ea judicia exercebantur solemniter, ritus eorum judiciorum exercendorum non observatur, *l. ordo, de publ. judic.* Denique judicia criminalia non peraguntur ex ordine, id est, rite, & solemniter, ut in illo loco Virgilii: *Solvique ex ordine funes*, & illo loco, *Phrygiamque ex ordine matrem invocat*, sed peraguntur temere, tumultuose, extra ordinem, id est, non observato ordine, rituque legitimo. Ordinarium, solemne, legitimum, idem est. Et his est adversum quod extraordinarium dicimus. Svetonius in Vespasiano, *Nil extra ordinem induisit*, *& legitima præmia non nisi sero persolvit*. Opponit legitima præmia extraordinariis. Idem in Augusto: *Non legitimos, atque ordinarios pugiles modo, sed & catervarios, pugnantes temere, & sine arte*. Tertullianus in libro de fuga in persecutione: *In legitima oratione*, inquit, *cum dicimus ad patrem: Ne nos inducas in tentationem*. In legitima oratione, quia cæteræ orationes extraordinariæ sunt. Una legitima, quam ore suo sanctissimo Dominus noster nobis edidit, atque composuit. Addamus, etiam pœnas criminum legitimas in usu esse desiisse, & indici pœnas extraordinarias judicum arbitrio, *l. 2. de prævaricatoe. l. lex, §. ult. D. ad leg. Jul. repetund. l. ult. D. ad leg. Fab. de plagiar. l. hodie, de pœn. l. in Senatusconsultum, §. an ad eos, D. ad Turpill.* Quamobrem hodie pœna appellari potest, cum tamen olim non posset appellari à pœna legitima, quia à lege non est appellatio, *l. si qua pœna*, *D. de verbor. signific.* Etiam addamus, quod est in *l. 2. ex quib. caus. major.* hodie majores 25. annis per absentiam suam, vel alterius læsos, in integrum non restitui à prætore ex edicto: sed ex Constitutionibus, vel Senatusconsultis extra ordinem in integrum restitui à principe solo, quod fit hodie, vel à senatu: Nam etiam minores quam 25. annis nati, non restituuntur in integrum à prætore ex edicto: sed ex Constitutionibus à Principe solo. Apud Cassiodorum lib. 4. epist. 35. *ex rescripto regis ad Actores Albini minoris* 25. *annis, Albinus restituitur in integrum*. Eleganter Tertullianus in Apologetico: *Veterem, & squallentem sylvam legum novis principalium edictorum, & rescriptorum securibus truncari, & cedi*, id est, *res agi extra ordinem pro libidine principis*, id est, *non jure directo*, *non ex præscripto legum*. Et similiter litis futuræ denuntiationes solemnes, quæ olim fiebant, & condictiones dicebantur, ut in jure Augurali. Servius in illum locum Virgil.

Tertia lux classem, Cretis sistet in oris.

Condictionem esse denuntiationem, cum denuntiabatur, ut ante tertium diem quis ad inaugurandum adesset. Hæ, inquam, condictiones, & denuntiationes solemnes futuræ litis hodie non sunt in usu, nec tempora, quæ post denuntiationem utrique parti dabantur ad causam agendam, *§. sic itaque, Instit. de action. l. 1. C. Th. de denunt. vel edit. rescript. &c.* Quia judicia sunt extraordinaria, non legitima. Et eadem ratione hodie interdictis proprie non utimur: sed statim agimus missis solemnibus, utili actione ad instar interdicti, quæ & extraordinaria actio dicitur in tit. *ff. de interdictis*, *sive extraordinariis actionibus*, *quæ pro his competunt*, quibus scilicet magis utimur: quia interdicta sunt juris ordinarii, quo non utimur. Post hanc actionem utilem, quæ continet causam possessionis, vel quasi possessionis, agimus rei vindicatione, vel petitione hereditatis apud eundem judicem, non apud alium, *l. ordinarii, sup. de rei vindic. l. nulli, sup. de judic. cap. 1. extra, de causa possess. & propriet.* Non ut olim, de possessione apud prætorem: de proprietate, id est, de jure dominii apud pedaneum judicem. Sed hodie, ut dixi, utraque quæstio vertitur finiturque apud eundem judicem, nec observantur illæ solemnes denuntiationes, quæ olim observabantur in interdictis, ut indicat *l. 6. C. Th. de denuntiat. & edit. rescripti.* quæ etiam abolentur in *l. 4. h. tit.* Nam *lex 4.* ambages vocat *denuntiationes* illas, & condictiones solemnes, ut patet ex *d. l. 6.* Et ait hæc *lex 4. ruptis veteribus ambagibus*, id est, prætermissis illis condictionibus solemnibus, inter ipsa cognitionum auspicia, id est, statim ab initio actionem exprimendam esse, id est, utilem actionem, qua agitur ex causa interdicti, puta exprimi debere causam interdicti, ex qua agitur utili actione, puta agi ex causa interdicti unde vi, vel ex causa interdicti quorum bonorum, vel quod vi, aut clam, &c. Et ita *l. 3. h. tit.* ait, in extraordinariis judiciis, quibus utimur scilicet, non uti nos proprie interdictis, sed agere ad exemplum interdictorum: exemplum, umbram, imaginem sequimur, & effectum, non ordinem, & solemnia exercendorum interdictorum, ut in *l. 2. & 4. inf. unde vi*, *l. ult. inf. de lib. exhib. l. ult. sup. de act. emp.* Nam jus directum, & ordinarium, quo per interdictum litigabatur, ut Frontinus, & Urbicus libro de limitibus agrorum scribunt, *de possessione esse controversiam, cum de totius fundi statu per interdictum, hoc est, jure ordinario litigatur*. Et ad summam, hodie hic est exitus controversiæ de possessione, & proprietate, ut de utroque simul agi possit, id est, ut utraque quæstio possit cumulari, cujuscunque interdicti causa fuerit, vel adipiscendæ, vel recuperandæ, vel retinendæ, ut in *l. naturaliter*, *§. nil commune*, *de adquir. possess. & l. cum fundum, §. ult. de vi, & vi arm.* quod latius explicat *Observat. 7. cap. 38. & Observat. 9. cap. 36.* Et judex quoque, si velit, utramque quæstionem de possessione, & proprietate connectet, & simul judicabit, atque finiet. Quod ne quis laboret in hac re, in epistol. Symmachus etiam constitutum fuisse ait: vel etiam (quod est frequentius) si hoc malit judex, dividat causam possessionis, & causam proprietatis: ac facta divisione competentibus actionibus, ut ait *l. 5.* id est, utilibus actionibus ex causa interdictorum, prius quæstio de possessione decidenda est, ut ex hoc ordine facto, inquit, id est, ut deinde peracto ordine, vel, ut dicam explicatius, ordinato, & præparato judicio proprietatis, & de possessione dicta sententia, tum quæratur de proprietate: & probationes dominii ab eo exigantur, qui succubuit in judicio possessorio: Nam ut interdictum, ita utilem actionem hodie, & extraordinariam recte dicemus esse *ἐφόδιον*, & ordinationem futuri judicii petitorii: & hoc solum hodie retinemus ex jure ordinario, *d. l. ordinarii*, *sup. de rei vindic.* Monendi estis ad extremum male vulgo existimari, idem quod habetur in hac *l. 3.* ut divisis causis, prius disceptetur de causa possessionis, quam proprietatis, idem contineri in *l. 1. sup. de appellat.* & in *l. si de vi*, *D. de judic.* cum in dict. *l. 1.* hoc duntaxat decernat D. Severus, ut prius finiatur lis civilis, & de possessione, & de proprietate, quam agatur de crimine vis illatæ possessori, de crimine interversæ possessionis, quod decretum pugnat cum rescripto Hadriani, quod præferebat causam criminalem de vi, causæ de possessione, & de proprietate in *d. l. si de vi*, sed decretum Divi Severi tanquam posterius magis sequendum est, quod etiam posteriores principes approbaverunt in *l. si quis, infra, ad legem Juliam de vi*.

AD



AD TITULUM II.

QUORUM BONORUM.

POST titulum generalem de interdictis, datur specialis hic, & is, qui sequitur de interdictia apiscendæ possessionis, ut est scriptum Flor. titulus 4. & 5. de ioterdictis reciperandæ possessionis: titulus 6. de interdictis retinendæ possessioois. Hæc enim est una divisio interdictorum, quod alia sint apiscendæ, alia reciperandæ, alia retinendæ possessionis, quam notavit etiam Ausonius in Grypho ternarii: *Interdictorum*, inquit, *trinum genus*, *unde repulsus vi fuero*, *aut utrubi fuerit*, *quorumque bonorum*. Apiscendæ possessionis interdicta sunt, quæ competunt iis, qui ante nacti non sunt possessionem: Ex ex eo genere est interdictum quorum bonorum, de quo agitur hoc titulo, quod sic appellatur à primis verbis edicti, quo promittitur, ut in *l. 1. tit. super*. Interdictum, *si arbor in ædes alienas impenderit*: & in titul. seq. *Interdictum quorum legatorum*, *& interdictum quod vi*, *aut clam*, *Interdictum uti possidetis*, *Interdictum unde vi*. Qualitates interdictorum per principia edictorum, quibus ea se daturum prætor pollicetur, ostenduntur, ut actiones quoque à primis verbis edictorum. Actio si certum petetur, quæ est de credita pecunia, actio si quadrup. pauperiem fecisse dicetur, quæ aliud nomen non habet, quam quod ita sumit ab initio edicti, & actio quod jussu, & actio quod metus causa, ut Hebræi libros sacros his verbis nominant, à quibus incipiunt, ut librum Geneseos, librum *In principio*: librum Exodi, librum *hæc sunt nomina*: librum Levit. lib. *vocavit*: librum Numerorum, vocant, librum *locutus est*: Deuteronomii, librum *hæc sunt verba*. Porro interdictum quorum bonorum competit ei, cui prætor dedit bonorum possessionem ex testamento, vel ab intestato. Hæc à prætore datur de plano, sine causæ cognitione cuilibet petenti, nulla ab eo exacta probatione cujusquam rei: *comme au Palais on baille des lettres de Chancellerie*: Ita etiam possessiones bonorum cuilibet dantur temere, & inexcusso jure petentis bonorum possessionem, & quæ data est, tribuit tantum jus agendi, jus instituendæ litis, jus persequendi patrimonii, quod cujusque cum moritur fuerit, non etiam tribuit corporalem possessionem rerum: Nec enim bonorum possessio sic accipitur, ut rerum possessio. Rerum possessio est facti, & corporis, cum quis incumbit rebus, insidetque suo corpore: bonorum possessio est juris, id est, jus successionis, non detentio rerum, *l. 3. §. 1. de bonor. possess.* Ergo postquam agnovi bonorum possess. si velim rerum hereditariarum possessionem, quam alius tenet, adipisci, uti debeo adversus illum interdicto quorum bonorum *mihi possessio data est*, *&c.* ut scilicet confestim in me transferat possessionem, confestim, & ut ait *l. 3. h. tit. omnibus frustrationibus amputatis*, id est, quod maxime notandum, remota denuntiatione solemni, & observatione temporum: sic enim etiam accipienda esse hæc verba, *ruptis veteribus ambagibus* in *l. 4. sup. tit.* quæ est eorundem Imperatorum, heri evidenter ostendimus, & nunc dico eandem interpretationem esse adhibendam ad hæc verba *l. 3. h. tit. omnibus frustrationibus*, denunciationibus, scilicet, quæ olim servabaotur, & rem trahebant, amputatis. At notandum agentem interdicto quorum bonorum, non aliter adepturum possessionem rei, quam si judici probaverit se esse fratrem, si tanquam frater petierit bonorum possessionem unde legitimi, ut in *l. 3.* vel si probaverit, se esse filium defuncti, si tanquam filius præteritus ante petierit bonorum possessionem contra tabul. ut in specie *l. 1. h. tit.* Hoc etiam exigitur, ut probet se bonorum possessionem agnovisse, *qu'il monstre son tiltre*, id est, causam agendi interdicto. Causa est bonorum possessio, quam agnovit. Ut probet etiam eam bonorum possessionem fuisse cum re, id est, cum effectu, quod est in *l. 2.* integrum esse negotium, id est, post agnitam bonorum possessionem neminem ei hereditatem jure civili evicisse: ideoque in principio *l. 1. hoc tit.* hereditatem petiturus, id est, de apiscenda possessione rerum hereditariarum acturus, judicibus, inquit, allega de fide intentionis, id est, proba te esse filium, proba te bonorum possessionem agnovisse. Unde notandum est, interdictum quorum bonorum dari tantum bonorum possessori, non heredi, qui jure civili extitit: nam prætor suos tantum successores tuetur: Et ideo in hac etiam *l. 1.* illo loco, *hereditatem*, *vel bonorum possessionem*: illud (*vel*) est adjectum ἐκ τοῦ παραλλήλου, *comme s'il vouloit dire*, id est, ut hereditatis nomine intelligeremus bonorum possessionem, ut *l. 139. D. de verb. signific.* ait, *bonorum possessionem etiam hereditatis appellatione significari*, alioqui ex illo loco hujus legis primæ, sequeretur interdictum quorum bonorum etiam heredi dari, quod est falsum, cum ei tantum detur, qui vice heredis est, id est, bonorum possessori, sive heredi prætorio. Item notandum interdictum quorum bonorum dari tantum adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, vel dolo desiit possidere, ut in *l. 2. h. tit.* quia dolus pro possessione est. Et ob id Arrianus Jurisconsultus in lib. de interdictis exposuit, quis possideret pro herede, *l. 11. de petit. hered.* propter interdictum quorum bonorum scilicet, quod competit tantum adversus eum, qui possidet pro herede, vel pro possessore. Et is quidem possidet pro herede, qui putat se heredem esse, cum non sit, vel se bonorum possessorem esse, vel etiam, qui sciens se heredem non esse, agit se pro herede, & interrogatus, quo titulo possideat, respondet *pro herede*. Pro possessore autem possidet prædo, qui interrogatus quo titulo possideat, impudenter respondet, versa interrogatione in responsionem, quia possideo, nec aliam possossionis suæ causam adfert: Et ut petitio hereditatis, quam hoc interdictum ordinat, & præparat, ita etiam hoc interdictum, quod quorum bonorum appellatur, datur in eum tantum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, licet minimam, *§. adipiscendæ*, *Inst. de interd. l. hoc amplius*, *de furt. l. licet minimam, de pet. hered. l. cum enim, D. si quis omiss. caus. test.* Nam licet hæc judicia ad universitatem bonorum pertineant, & qui agit, universa bona persequatur, & sua esse petat, tamen id tantum consequitur, quod is, cum quo agit ex bonis hereditariis possidere deprehenditur, quantumvis licet minimum sit. Denique, quod notandum, horum judiciorum instituendorum forma sumitur ex persona, id est, ex jure petitoris, quod habet in universa bona: condemnatio autem fit ex persona possessoris, id est, pro modo ejus, qui possidet, ut in id tantum restituendum petiori damnetur. At quæso videamus, cur hæc judicia petitionis hereditatis, & interdicti quorum bonorum non reddantur etiam in eos, qui alio titulo possident, veluti pro emptore, pro dote, pro donato, pro legato, cur adversus istos etiam non redduntur? Et vera ratio est, quia non est de hereditate, sive successione universorum bonorum par, justaque contentio, *la partie n'est pas bien faicte*, nisi cum eo, qui etiam se heredem esse, vel successorem contendit, nisi uterque dicat, *se esse heredem*, & is, qui agit, & is, quocum agitur, ut si possideat pro herede. Qui autem possidet pro possessore, cum nullam aliam adferat causam possessionis suæ, ut heres possidere præsumitur, cum etiam paratus sit subire judicium de hereditate, aut possessione hereditatis. Qui autem alio titulo possidet, veluti pro emptore, mihi dicenti, *hereditatem*, *aut universitatem bonorum ad me pertinere*, non facit controversiam universitatis: nec enim *eam*, dicit, *ad se potius pertinere*, sed dicit, *se rei*, *quam possidet*, *dominium ex causa emptionis adquisisse*: quæ oratio non repugnat meæ. Ergo non est mihi justus adversarius. Et ita gloss. in *l. penult. sup. ex quibus caus. cess. longi temp. præscr.* & Græci Interp. ad *l. 9. D. de petit. hered.* quod qui possidet pro herede ὑπὸ νομὴν διὰ τὸ, *&c.* id est, *facit*, *cum nullam dicat causam suæ possessio-*

sessionis, qui pro possessore possidet, ut suspicemur eum possidere ut heredem, ut jure ineamus cum eo certamen de hereditate. Hæc ratio est valde notanda, propter quam comparatum est, ut petitio hereditatis, & interdictum quorum bonorum non detur, nisi adversus eum, qui sem hereditariam possidet pro herede, vel pro possessore, quoniam is solus facit controversiam hereditatis. Cæterum addamus, possessione bonorum in possessorem traoslata per interdictum quorum bonorum, eum, à quo traoslata est possessio, eum, qui possessione cecidit, si velit, posse agere petitione hereditatis, id est, petitorio judicio, probantem scilicet hereditatem ad se potius pertinere, quæ secunda actio dicitur *in l. 3. hujus tit.* quia sequitur judiciom possessorium, id est, interdictum quorum bonorum. Et in d. *l.* hoc est valde singulare, quod ait, *legem naturæ ab intestato vocare fratrem ad successionem fratris*: Nam consanguinei in ea *l.* ut semper in jure sunt fratres, non omnes cognati, sed fratres tantum in jure, *consanguinei* dicuntur. Non igitur filium tantum natura vocat ad successionem patris, *l. cum ratio, in prin. de bon. damnat.* sed etiam fratrem ad fratris, vel sororis successionem. Nihil aliud restat, quam quod ad hæc quæri potest, cur interdictum quorum bonorum, quod hactenus semper contulimus cum petitione hereditatis, non datur in debitorem hereditarium, id est, in quasi possessorem juris: Nam debitor hereditarius est quasi possessor juris: sed datur tantum in possessorem corporum hereditariorum, *l. 2. eod. tit.* cum tamen petitio hereditatis, quæ est etiam de uoiversitate, detur in debitorem hereditarium, *l. regulariter, l. etiam, §. ult. de pet. hered.*? Et ut breve faciam, ratio differentiæ est, quia petitio hereditatis persequitur jus omne, quod defunctus habuit: interdictum quorum bonorum possessionem tantum corporalem rerum, quas defunctus possedit mortis tempore; interdictum, possessionis causam continet: petitio hereditatis, causam juris.

AD TITULUM III.

QUOD LEGATORUM.

IN hoc titulo proponitur aliud interdictum, quod ipsum etiam est apiscendæ possessionis, & à primis verbis edicti appellatur *Quod legatorum*, sic est emendandus titulus, non *quorum legatorum*. Hæc enim suot fere verba edicti: *ut quod legatorum nomine, quis sine voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, possidet, vel dolo malo fecit, quo magis desineret possidere, id illi restituat, si satisdatum sit legatorum nomine, vel si per illum non stet, ut satisdetur.* Ergo à primis verbis, *ut in Pandect. Florent.* appellatur *interdictum quod legatorum*, noo *quorum legatorum*. Dico *sine voluntate ejus, ad quem ea res pertinet*, puta heredis, aut bonorum possessoris, cui incumbit onus præstandorum legatorum, & interest heredis, ut ea ipse præstet, non etiam occupet legatarius sine sua voluntate. Non quidem semper qua de causa, nec semper heredi datur interdictum quod legatorum, sed ita demum (quæ est vis totius interdicti) si interveniat lex Falcidia, puta legatis onerata, vel exhausta hereditate, quia Falcidiam olim heres sibi servabat, non ipso jure per vindicationem, sed per retentionem tantum rei legatæ: hodie etiam per vindicationem, ex Constitutione Justin. *l. pen. sup. ad leg. Falcid.* Olim (ut dixi) heres tantum habuit retentionem Falcidiæ: & ideo legatario occupante possessionem rei legatæ vacuam non ex volontate heredis, heredi necessarium erat interdictum quod legatorum, ut recepta re legata per ejus retentionem sibi servaret Falcidiam, quam sibi servare aliter non poterat, quod constitutio hujus tituli evidenter ostendit, & de fideicommissario idem statuit, qui rem per fideicommissum relictam occupavit, sine voluntate heredis. Unde, quod Ulpianus ait in vexata illa lege 1. *de leg.* 1. per omnia esse exæquata legata fideicommissis (quoniam ea lex tracta est ex *lib. 79. ad edictum*, Ulpianus tractavit de interdicto quod legatorum) dixi jamdiu, id tantum pertioere ad ioterdictum quod legatorum, & legem Falcidiam: nec enim dicit per omnia, & in omnibus, ut *l. 2. §. furiosus, de jure codicill.* ait, *furiosum per omnia, & in omnibus absentis loco haberi*. Ergo in illa *l. 1. per omnia*, non *in omnibus*, sed in lege Falcidia tantum, & interdicto quod legatorum, quod Falcidiæ ex legatis, aut fideicommissis servandæ causa heredi, aut bonorum possessori, aut heredi heredis competit. Et hoc item aperte confirmat *l. 1. §. si quis ex mortis, D. quod legat.* quæ docet io donationibus causa mortis cessare interdictum quod legatorum, quamvis alias instar legatorum obtineant, & ex eis quoque placeat detrahi Falcidiam ex constitutione Severi. Sed cessat tamen in eis interdictum quod legatorum, ut eo non possit heres rem donatam à possessore retrahere, & via retentionis mox detrahere Falcidiam. Et ratio hæc est, quia hoc interdictum datur tantum ei, cujus interest, *l. ult. §. ex hoc interdicto, D. eod. tit.* Et heredis nihil interest, ut ad se redeat possessio rei donatæ mortis causa, Falcidiæ deducendæ gratia, propterea quod idem D. Severus ex donationibus causa mortis ei dedit vindicationem Falcidiæ, d. *l. pen. sup. ad l. Falcid. & l. cum pater, §. mater, & §. Mævio, de leg. 2.* quia princeps ille videbat heredem non posse retinere id, quod jam donando defunctus corporaliter transtulerat in donatariom. Igitur, quia hoc casu heres vindicationem habet Falcidiæ ipso jure, supervacuum ei est interdictum quod legatorum. Et eadem ratione si legatarius possessionem rei legatæ non occupaverit post mortem testatoris, sed mortis tempore res legata apud eum fuerit, quia hoc etiam casu heredi competit vindicatio Falcidiæ, propterea quod retinendæ rei legatæ facultatem non habuit, cessat interdictum quod legatorum, id est, supervacuum heredi est, *l. lineam, ad leg. Falcid.* quamvis eo uti non prohibeatur, si malit retentione Falcidiæ, quam vindicatione oti. Unde consequens est, hodie supervacuum esse interdictum quod legatorum, quia à Justiniano, ut dixi, generaliter provisum est heredi ipso jure data vindicatione Falcidiæ, nec tamen ab eo interdicto, quamvis supervacuo, heredem repellit, qui eo voluerit uti oblata satisdatione legatorum nomine: nec enim heres hoc interdicto legatario evincebat possessionem, nisi cavisset legatario de præstando quandoque legato, & cavisset datis fidejussoribus, id est, satisdato.

AD TITULUM IV.

UNDE VI.

IN hoc titulo proponitur interdictum, quod reciperandæ possessionis causa ei competit, qui de possessione fundi, vel ædium vi dejectus est, quod appellatur *unde vi*, nec omnino idem est, quod beneficium redintegrandæ possessionis, quo hodie utimur: nam huic locus est, etiamsi non vi, sed dolo, vel metu, vel alio modo aliena possessio occupata sit, ut titulo seq. & non tantum de re soli, id est, rei immobilis, sed etiam de qualibet re mobili, cum tamen interdictum *unde vi* competat tantum de re soli, de re solo cohærente, nisi si forte res quædam mobiles fuerint in fundo, vel ædibus, unde quis vi dejectus est, quia tunc hæ res venient in interdictum unde vi, quod tamen principaliter non est de his rebus, aut de harum rerum possessione amissa recuperanda, & redintegranda, sed principaliter est de fondo, vel ædibus, unde quis dejectus est, ut *l. 1. §. illud utique, & §. seq. de vi, & vi arm.* Quod discrimen inter interdictum unde vi, & interdictum, aut quasi interdictum redintegrandæ possessionis, qoo hodie utimur (Nam apiscendæ possessionis interdicta non sunt in usu, sed retioendæ tantum, & redintegrandæ, sive reciperandæ) Id, inquam, discrimem etiam optime notavit Imber-

tus

tus in *Instit. forensibus*, quo libro, quod ad trituram forensem attinet, nullus est melior. At duo sunt interdicta unde vi, sive de vi: unum *de vi quotidiana*, quod ipsum & quotidianum dicitur, de vi, quæ infertur sine armatis, aut multitudine. Alterum *de vi armata*, & inter ea multæ, & magnæ differentiæ. Interdictum quotidianum unde vi datur tantum ei, qui sibi possidebat prædium, unde per vim dejectus, aut (ut veteres loquebantur) detrusus est, quia dejici nemo potest, nisi qui possidet, *l.1. §.interdictum autem, de vi, & vi arm.* Interdictum autem de vi armata, datur etiam colono vi dejecto, aut creditori misso in possessionem rei servandæ causa, licet ii sibi non possideant. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illo*, inquit, *interdicto quotidiano, unde ille me dejecit, additur, cum ego possiderem; in hoc autem interdicto de hominibus armatis non additur si oportet quæri, possideret nec ne*. Facit enim differentiam inter ea duo interdicta, quæ de possessione vi erepta comparata sunt. Est etiam alia, quia interdictum de vi quotidiana, vel actio utilis, quæ pro eo hodie competit extra ordinem exemplo interdicti, est annalis, quod etiam sequimur hodie, id est, finitur anno utili, *l.2. hoc t. l.1. §.annus, de vi, & vi arm.* In heredem autem ejus, qui vim fecit, non est interdictum de vi, vel utilis actio ex causa hujus interdicti, sed in eum est actio in factum perpetua (quæ non est commiscenda cum illa actione utili, quæ successit interdicto) in id scilicet, quod ad heredem pervenit, *l.1. §.ult. l.3. §.1. de vi, & vi arm.* ut & in specie *l.prætor ait, §.plane si quæratur*, cui adjungi debent verba, quæ sequuntur *§.prox.* cum non sint separanda *nonnulli putant, &c. D. de novi oper. nunc.* Interdictum autem de vi armata est perpetuum, non annuum. Marcus Tullius 15. epist. *Postulabimus*, inquit, *ex qua hæresi vi hominibus armatis dejectus sis, in eam restituare*. Et subjicit, *in hoc interdicto* non solet addi, *in hoc anno*, id est, non est annuum, sed perpetuum interdictum. Et huc pertinet *l.3. §.hoc interdictum, de vi, & vi arm.* & interpolata est à Triboniano, ut docet *Observat.5. cap.20.* Sequitur alia differentia: interdictum de vi quotidiana datur ei tantum, qui recte, & sine vitio possidebat ab eo, qui eum dejecit, id est, qui neque vi, neque clam, neque precario possidebat ab eo, qui eum dejecit: Nam si ipse eum vi dejecerat, vel clam possessionem invaserat, vel precario ab eo possessionem acceperat, postea vi ab eo dejectus, à quo (ut dixi) vi, aut clam, aut precario possidebat, non potest adversus eum experiri interdicto unde vi: sed si procul iis vitiis abest, adversus eum habet interdictum unde vi. Paulus 5. *Sentent. tit. eod. Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, ab eodem adversario impune dejicitur*, id est, sine metu interdicti quotidiani. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illa vi quotidiana*, inquit, *non satis est docere, se cum possideret, esse dejectum, nisi doceat, ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit*. Et hoc etiam ostendit *lex qui possessionem, de vi, & vi arm.* Hæc est species: Si tu me vi dejeceris, illico ego te, deinde tu me, mihi dari interdictum unde vi, quod etsi in ipso conflictu, atque congressu vi te dejecerim, non tamen propterea à te videor vi possidere: Unde ex contrario colligitur, quod si vi à te possidere viderer, postea dejectus à te non haberem interdictum unde vi. Idem probat *lex cum fundum, eod. tit.* cujus sententia hæc est: Colonus, qui fundum à domino locaverat, *le Fermier*, eo fundo à domino vendito, emptorem fundi jussum à domino, sive locatore, eodemque venditore fundi venire in vacuam possessionem fundi, colonus intrare prohibuit, ac deinde ab emptore vi dejectus est: habet in emptorem interdictum unde vi, quia, inquit, quod eum prohibuit intrare, non ideo videtur ab eo vi possidere, sed à locatore potius. Unde etiam ex contrario colligitur, quod si ab emptore vi possideret, non haberet in eum interdictum unde vi. Idemque confirmat *lex 1. §.qui à me, D.eod. tit.* qui à me vi possidebat, id est, qui per vim mihi eripuerat possessionem meam, ab alio vi dejectus est: habet interdictum unde vi: etiam prædo habet interdictum unde vi adversus alium, non adversus eum, quem deprædatus est, Recte igitur illo loco, *si ab alio dejectus sit*: Nam si ab eo dejectus sit, à quo vi possidebat, proculdubio non habet interdictum unde vi. Quamobrem & ex lege Toria, quam Spurius Torius tulit, cujus fragmenta ex æneis tabulis edidit Petrus Bembus, vel ex lege Agraria, qui ex possessione vi ejectus est, quod vi is, qui ejectus est, possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo, qui eum ea possessione vi ejecerit, de eo demum recuperando interdictum competit. Et hæc de interdicto quotidiano. Interdictum autem *de vi armato*, datur etiam adversus eum, à quo qui vi dejectus est, vi, aut clam, aut precario possidebat, quoniam hæc est vis atrocior, *l. sed si vi armata, de vi, & vi arm.* Tria sunt vitia possessionum, vi, clam, precario, quæ nec rescripta principum abolere possunt, ut quæ quis iis modis tenet, ea jure teneat invito domino, quæ est sententia *l.3. hoc tit.* nec conveniatur interdictis, quibus singula vitia corriguntur, interdicto unde vi, interdicto de precario, interdicto de clandestina possessione: nam, & hujus interdicti fit mentio in *l. 7. §. Julianus, D. communi divid.* Donatus in Eunuchum: *his tribus modis*, inquit, *aliquid mala fide possidetur, nec rite res agitur, vi, clam, aut precario*. Et notandum (quod pertinet ad leg. 1. atque ita hodie explicabimus leg. 1. 2. & 3.) notandum, inquam, quod si à te nec vi, nec clam, nec precario possideo, vim, quam mihi sine vitio possidenti infers, ut me dejicias, propellere me, & propulsare posse, possessionis meæ tuendæ, & defendendæ causa, ex continenti scilicet: Nam ex intervallo vim inferre ad recuperandam possessionem, jam non est propulsare vim, sed ulcisci: & ut propulsatio, sive defensio omni jure permissa est, ita etiam ultio prohibita omni jure, *l.scientiam, §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.* Jus tuendi se, quod fit incontinenti, in ipso articulo, atque congressu, naturale esse: jus ulciscendi se, non esse naturale. Ultio est honor debitus soli Deo. Licet igitur, ut ait *lex* 1. unicuique vi lacessito vi defendere possessionem suam, adhibito, ut subjicit *l. 1.* moderamine inculpatæ tutelæ, id est, cum modo æquo, & pari, cum moderatione æquabili, & remota ab omni culpa, & ita, ut ne quid plus faciat, quam æquum bonumque est, puta ne occidat eum, qui satagebat hoc tantum, non ut me occideret, sed ut me possessione depelleret, alioquin punietur excessus, punietur tutela, quæ excessit modum. Et ita in *l.si adulterium cum incestu, §. Imperator, ad leg. Jul. de adult.* maritum, qui deprehensum necavit, puniri, non quod se vindicare non debuerit, sed quod plus fecerit. Servato igitur modo civili inculpatæ tutelæ adversus eum, qui mihi vim infert, vi defendere possum possessionem meam, si recte, & sine vitio eam possideam, ut ait hæc *l.1.* id est, si neque vi, neque clam, neque precario eam ab eo possideam, qui mihi vim fecit, quod ex contrario, ἐξ ἀντιδιαστολῆς nobis præbet argumentum, eum, qui vi, clam, aut precario à me possidet, sicut in me, si eum vi dejecerim, non habet interdictum quotidianum unde vi, ut docui supra, ita etiam eum non jure propulsare vim, quam ei infero, recuperandæ possessionis gratia, quam ipse mihi vi abstulit, maxime si vim inferam ex continenti, ut *l. 3. §. cum igitur, de vi, & vi arm.* Nam si jure, & legibus adversus vim, quam feci, non potest mecum experiri, nimirum interdicto unde vi, & multo minus potest mecum experiri manu, & viribus: quin potius æquo animo ferre debet, si mihi, quam per vim eripuit possessionem, mox vi mea restituo mihi in ipso congressu; æquissimum est, ut quod fecit, patiatur, ut ait *l. sed & partus, §. quæri, D. de eo, quod met. caus.* Quod fecit passus est, inquit, ut in lege Rhodia *cap. 6.* quod est tractum ex *d. l. sed & partus*, & idem exprimit, quod illa lex. Et nihil est præterea, quod fideliter tradi possit in hac lege 1.

Ad L.IV. Si de possessione *vi dejectus eneum & lege Julia vis privatæ reum postulare, & ad instar interdicti*, unde vi, *convenire potes, quo reum causam omnem præstare oportet: in*

qua

qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuis, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur.

IN lege quarta proponitur eum, qui possessorem vi dejecit, non tantum reneri interdicto unde vi, vel utili actione, quæ pro interdicto competit, quod judicium civile est, nec pœnale: sed etiam criminaliter teneri legibus Juliis de vi privata, vel publica, & ex constitutionibus Principum, ut in *l. 1. §. 1. de vi, & vi arm. l. 1. inf. quand. civil. act. crimin. præjud.* & quod ait *d. l. 1. §. 1.* ex constitutionibus principum, id est, extra ordinem. Non ergo tantum pœna legis Juliæ, sed etiam extra ordinem ex constitutionibus puniri eum, qui vi alienam possessionem pervasit, ut *l. 1. in fine, & l. penult. ad leg. Juliam, de vi privata:* & non tantum ex constitutionibus illo loco propositis, quæ sunt veteres Constitutiones, sed etiam ex novis constitutionibus hujus tituli, maxime ex *l. 7. & l. pen.* Et additur in hac *l. 4.* interdicto unde vi veteri possessori non tantum possessionem restitui, & reformari: sed etiam omnem causam ei præstari, puta, fructus, quos petitor honeste percipere potuit, etiamsi prædo eos non perceperit: quod generaliter cum de fructibus æstimandis quæritur, non inspicimus, an reus, unde petitur, fruitus sit, vel quantum fruitus sit, sed quantum frui potuisset petitor, si ei possidere licuisset, *l. si navis, §. ult. de rei vindic. l. 2. sup. de fructibus, & lit. expens.* Verum interdicto unde vi is, quo cum agitur, non tantum fructus præstat perceptos, aut percipiendos, id est, quos actor honeste percipere potuit, sed & pleraque alia: quoniam nomen *causæ*, quam hæc lex præstandam esse ait omnimodo, non tantum fructus complectitur, sed etiam partus, & pensiones prædiorum, & adquisitiones servorum, qui erant in prædiis, unde quis vi dejectus est, omnem utilitatem: Denique omne id, quod interest, venit in interdictum unde vi, id est, omnia, quæ habiturus, vel adquisiturus erat, qui vi dejectus est, si vi dejectus non esset, vel æstimationem eorum, ut *l. 1. §. non solum, D. de vi, & vi arm.* Ad hæc quærit Accursius, quid sit dicendum, si villa, aut domus, unde quis vi dejectus est, postea sine dolo, aut culpa prædonis incendio combusta sit, quid si fundus voragine perierit, quid si homines, vel pecora, quæ ibi erant, suo fato demortua sint, an etiam prædo tenetur hoc interdicto eorum nomine, quæ perierunt sine dolo malo, & culpa ejus? Et recte respondet teneri, etiamsi is, qui vi dejectus est, parato adversario judicium accipere ex causa interdicti, moram fecerit in eo conveniendo, & interim res perierit, quia licet alias, qui litigare paratus est, non videatur moram facere, sed purgare potius moram, si quam ante fecerit, offerendo se aleæ judicii, *l. si quis solutioni, de usur.* tamen hoc tantum procedit in debitore rei, vel pecuniæ ex contractu, qui non solvit, ut moram non videatur facere si paratus sit judicio se defendere: nec idem procedit in prædone, vel fure, id est, in eo, qui vim, aut furtum fecerit, aut etiam qui metu illato aliquid extorsit malo more, malo exemplo: nam hic plus quam morator est, id est, in majori est culpa, & vitio, quam sit mora, nec purgat vitium, quod contraxit vim inferendo, aut extorquendo aliquid per metum, aut faciendo furtum, si se offerat judicio, non ideo purgat vitium, sive moram, aut verius plusquam moram. Et hæc est sententia *l. pen. D. de vi, & vi arm.* quæ conjungenda est cum *l. ult. D. de condict. furt.* ejusdem auctoris, & libri, Et ex utraque est explicandum, quod ait *l. videamus, §. item si vi, de usur.* nec mora mea mihi aliquid aufert, id est, mora petitoris in conveniendo eo, qui vim aut metum intulit, nihil ei aufert. Igitur secundum hæc prædo, id est, invasor possessionis alienæ, tenetur interdicto unde vi, etiamsi sine dolo malo, aut culpa, quod notandum, vi desierit possidere, quia prædo, aut fur semper pro possessore habetur, quoquo modo desierit possidere, prædo semper vim facere videtur: vis initio facta semper perseverat. Et hoc est, quod ait *l. 1. §. huic consequens, de vi, & vi arm.* ut Florent. scriptum est, interdicto unde vi teneri etiam eum, qui vi sine dolo malo desiit possidere, & *§. ex interdicto* ejusdem legis, ex interdicto unde vi, etiam eum, qui non possidet, restituere compelli. Neque his obstat, quæ tamen prima fronte videtur obstare, *l. 3. §. si quis, D. quod vi, aut cl.* quæ ait diserte; *eum, qui se judicio defendere paratus est, vim facere desinere.* Sed loquitur ea lex de eo, qui initio operis faciendi, cum prohiberetur ab eo, cujus intererat opus non fieri, ne opus faceret, satis obtulit in ipso initio judicio sisti, & dixit se judicio paratum esse contendere. Ea re hic vim facere desinit, quam inchoavit, quia inter ipsa initia rem emendat, & à vi desistit, dum se judicio offert, si is, qui prohibet opus facere, agere velit. At post vim peractam, puta post dejectionem nihil agit, qui se judicio defendere paratus est, quia serius agnoscit bonam fidem, sed quidquid ex his rebus, quas per vim occupavit, interdicit, ad periculum ejus spectat, quod Accursius ait verum esse indistincte, sive id, quod perit, periturum æque erat apud petitorem, sive non, nimirum hac distinctione non observata; quoniam, qui his rationibus alienas res possident, plusquam moratores sunt, id est, debitores, qui tardi sunt in debitis exsolvendis, & ideo illi indistincte tenentur. Nec obstat huic sententiæ *lex si cum exceptione, §. quatenus, ff. quod metus causa,* quæ statuit hac in re idem esse jus interdicti unde vi, & actionis quod metus causa: nam ut ad eam legem respondeamus, cui Accursius strictim, & obscure hic respondet, scribens, satis esse, eum teneri in triplum: & ut hoc apertius intelligatur, quod dicimus, prædonem etiam ejus rei, quæ periit, teneri, sive ea res fuerit peritura apud actorem, sive non, ab hac sententia excipiendus est casus unus *d. §. quatenus*, puta si res perierit post condemnationem prædonis intra tempora judicati, id est, antequam judicato moram faceret: nam hoc casu, non aliter res ei perit interim, quam si non fuit æque peritura apud actorem: sed si fuit æque peritura apud actorem, quæ periit intra tempora judicati, tunc reus relaxatur à condemnatione præstandæ rei in actione quod metus causa, & in interdicto unde vi. Sed in eadem actione quod metus causa, non relaxatur etiam à condemnatione pœnæ in triplum. Et hoc est, quod Accurs. ait ibi in casu *§. quatenus*, satis esse prædonem teneri in triplum, absolvi autem à præstatione rei.

Ad L. V. Invasor locorum *pœna teneatur legitima: si tamen vi loca eadem invasisse constiteris: nam si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.*

IN *l. 5. hujus tit.* idem proponitur, quod in *l.* quarta, puta prædonem, id est, eum, qui vi invasit possessionem alienam, non tantum teneri interdicto unde vi, ut restituat possessionem, & omnem causam, sed etiam pœna legitima, id est, legibus Juliis statuta: vel quia hæc lex est Constantini, qui pœnam capitis statuit in eos, qui per vim invadunt alienas possessiones, *l. 2. C. Theod. ad l. Jul. de vi:* pœna legitima hoc loco, est pœna capitis. Et quod maxime notandum, conjungenda est hæc *l. 5.* cum *l. 1. C. Theod. finium regund.* cujus pars exstat in *l. 3. sup. eod. tit.* & integra constitutio etiam extat apud Julium Frontinum libro de limitibus agrorum, & *d. l. 3. & d. l. 1.* Et hujus legis eadem est inscriptio ad Terrullianum virum perfectissimum, comitem Diœceseos Asianæ, & subscriptio eadem, quæ ubique sic restituenda, *data 14. Calend. Mart. &c.* Et omnium harum legum sententia hæc est, si vicinus in agris dicatur invasisse fines possessionis vicini, unde inter eos sit orta controversia de finibus, prius de possessione quæstionem esse finiendam, ut habuimus in *l. 3. tit. 1.* deinde agrimensorem esse mittendum ad loca, ut utraque parte præsente oculis suis subjectis locis, ut in *l. si irruptione, in fi. ff. fin. reg.* in re præsenti disterminet fines, & ita finiatur quæstio proprietatis: Nam (ut ait d. lex 3.) semper quæstioni de finibus co-

hæret

hæret quæstio proprietatis. Et ita Apulejus 6. Metamorph. *in causa finium contendi de proprietate, vel si altera pars se subtrahat, veluti is, qui pervasit loca; nec adesse velit mensore inspiciente loca, ut nihilominus agrimensor mittatur ad inspicienda, & consideranda loca*, & ut ait integra lex, *si fidelis inspectio probaverit loca esse tenentis, tum, ut petitor victus abscedat, atque ita res judicetur μονομερῶς*, id est, una tantum parte præsente: vel contra si inspectio probaveeit loca esse petitoris, tum invasur pœna legitima teneatur, si tamen, ut ait *hæc lex* 5. quæ ex illa teacta est, vi loca eundem invasisse constiteeir: Nam ut subjicit *hæc l.5.* si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis possessa sint, sine pœna possessori restitui debent. Hic observa apud Frourinum sic legi, *loca data ab aliis possessa sunt*, quod plurimum faeere videtur ad clariorem legis intellectum. Nam ponamus primum dominum ea loca possedisse, non possessionem eorum locorum fuisse vacantem, quo ramen casu primus Justinianus domino dedit interdictum restitutoeium adversus eum, qui possessionem vacantem ingressus est, & tenet, *l.ult. h.tit.* secundum quam legem tibi etiam licet in specie hujus l.ponere, possessionem fuisse vacantem, ut Græci ponunt σχολάζουσαν. Sed secundum integram constitutionem Constantini, & secundum formam veteeis juris, ponamus dominum ea loca possedisse, & per errorem domini, puta, dum alia loca pro aliis accipit, non admodum peritus possessionum suarum: vel per incuriam domini, dum non admodum curat possessiones suas, alios quosdam mihi bona fide ementi ea loca vendidisse pro suis, quæ dominus possidebat, & eorum possessionem mihi tradidisse, hoc casu non teneor pœna ulla, quia non deliqui, sed, ut ait *hæc lex*, domino teneoe in hoc tantum, ut ei possessionem restiruam, quam amisit, me in eam ingresso pee errorem suum, vel non *curantiam suam*, & teneor non interdicto unde vi, sed teneor beneficio momenti, id est, interdicto restitutorio, momentaeiæ possessionis interdicto, id est, quod generaliter competit de restituenda possessione alii quoquo modo interversa, & perturbata, vel adempta beneficio (ut hodie loquimue ex *can. redintegrandæ* 3. *quæst.*1.) redintegrandæ possessionis, quod compellit reum etiam possessionem alienam, quam sine vi adeptus est, domino restituere, ut puta, si per incuriam domini, ut ponit hic, vel errorem eam obtinueeit citra vim. Et ita apparet, quod notandum, beneficium illud generale redintegrandæ possessionis duci ex hoc loco, & *l.8. hoc tit.* dum air, *interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim*, quia scilicet perrinet etiam ad possessionem alio modo, quam per vim perturbatam, vel interversam, quod etiam ostendit ritulus sequens, *si per vim, aut alio modo, &c.*

Ad L.VI. Meminerint cuncti *sive vulgato rescripto mansuetudinis nostræ, sive sententia cujuslibet judicis utantur in causis conveniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actiones ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde injuriarum nascatur occasio, unde Jura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo jurgare cœperant, privabuntur.*

Ad §. Sin autem *habito plerumque colludio, curatores, vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis, vel adultis jurgandi copia, & fructus adimatur: his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: sed illico quidem possessio ei, à quo est ablata, reddatur: curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur.*

HÆC lex est de creditore, qui sub specie, & terrore rescripti principis, aut sententiæ, sive interlocutionis judicis occupat possessionem rei sibi debitæ, non insinnato resceipto, & sententia debitori. Sæpe lites inchoantue ex rescripto principis extra ordinem, vel ex sententia, & interlocutione, vel commonitione judicis jubentis (verbi gratia) *ut quam rem ex illo instrumento apparet Lucium Titium debere Cajo Sejo, ejus rei mox possessio in Cajum Sejum transferatur*. Sed creditor, qui eo rescripto, eave sententia utitur, cavere admodum debet, ne eo, eave abutatur potius, quam utatur, quæ est cautio hujus l. puta ne temere fretus illo eescripto, illave sententia, sive commonitione judicis, irruat in possessionem rei sibi debitæ non convento debitore, non servato ordine juris: Nam ea rescripta, quæ impetrantue, & videntue desideeare præsentem, promptamque executionem, aut præcepta judicum, nunquam intelliguntue remittere ordinem juris. Igitue, qui eo eescripto, sive eo commonitorio utitur, prius debet convenire debitorem, eundemque dominum ejus rei, vel eo absente convenire debet actorem reeum ejus, sive dispensatorem, aut villicum, vel procuratorem, ut liti adiis nomine domini instituendæ ex rescripto, vel præcepto judicis, ut sit ei copia defendendi: neque vero potest creditoe nudo resceipto principis, aut nudo præcepto judicis fretus sua auctoritate rem debitam occupare, *ne*, inquit lex, *inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nascuntur*. Jura nascuntue ex rescriptis principum, ex præceptis, & jussionibus judicum. His ergo juris remediis non debemus abuti ad injuriam. Et hæc est sententia hujus legis: hoc addito, eum creditorem, qui secus fecerit, coerceri damno litis, id est, jus crediti amittere, & illico ablatæ rei possessionem per interdictum restituere debitori, qui nunc desiit esse debitor. Non loquitur hæc constitutio de interdicto unde vi, quia nullam vim facere videtue, qui utitue rescripto principis, aut præcepto judicis, & secundum illud venit in possessionem rei debitæ: non ergo proprie loquitur de interdicto unde vi, sed de generali interdicto restitutorio momentaeiæ possessionis, quo etiam, quæ non vi, sed errore, & incuria domini, ut *l.prox. sup.* aut rescripto, vel sententia judicis, ut *h.l.6. & l.2. t.seq.* quæ, inquam, etiam ita occupata est possessio, in integrum restituatue generali interdicto redintegrandæ possessionis, qua quis spoliatus est, etiam si citra vim, imo & hoc generali interdicto, quæ cum vacaret possessio occupata est, absente domino, in integrum restituitur ex *l.ult. h.t.* In hac autem l.agitur de eo, qui sub specie, & terrore judicati, vel resceipti Principis, absenti, & ignoranti debitori aufert possessionem rei debitæ. Igitur longe est alia species hujus constitutionis, quam decreti Divi Marci, de quo in *l.pen. D. ad leg. Jul. de vi priv. Lexstat, D.quod met. causa*, quoniam decretum D.Marci pertinet ad crediiorem, qui vim fecit palam in eeposcendo debito: Et utique vim facit creditor, qui sine judicis auctoritate, ut ponitur in ea specie, rem, pecuniamve debitam occupat, non concedente domino, qui sibi jus dicit. Hæc autem constitutio pertinet ad eum, qui sub specie judicati, vel rescripti principis, sub specie juris, & ordinis invasit rem sibi debitam. Non omnis invasor est violentus possessor, & cum quem dicimus invasisse, ut *l.5. sup.* distinguimus vi invaserit, an alio modo: Nam invadere non est rapere, sed pervadere rem alienam. Et ad speciem hujus constitutionis pertinet etism *lex un. in fine, sup. de suffragio*. Quidam, cui erat negotium aliquod expediendum rei suæ, in aula principis promisit, se daturum aliquid cuidam aulico, si ei suffragium ferret in causa sua: ex eo promisso actio est, id est, suffeagii peomissi petitio est, puta præmii promissi pro suffragio. Sed si is, qui suffragium alteri tulit in petenda pecunia promissa suffragii nomine, *solo commonitorio judicis fretus*, id est, mandato, quo jubetur, qui promisit confestim exolvere, quod promisit, si hoc solo fretus sua auctoritate rem promissam occupet, causa cadit, quia ex commonitorio, sive mandato judicis, non debuit rem invadere, sed petere solemniter, & rite. Igitue, quæ est species hujus legis sextæ, eadem est etiam *d.l.unicæ, §.ult.* At decreti D. Marci longe alia est species, atque hujus constitutionis: eadem tamen pœna in utraque specie, puta, ut creditor jus crediti amittat. Unde & eleganter Hegesippus *libro 2. de bello Judaico*: *Non petendo, sed usurpando, quæ in petitione consisterent,*

  etiam

etiam in pecuniariis causis præjudicari solere, ut præposteri litigatores causa cadant. Et sane sunt præposteri, qui incipiunt ab executione, ab apprehensione rei debitæ: itaque causa cadunt, credito. In hoc igitur est in utraque specie pœna eadem, quod & in hac, & in illa, creditor jus crediti amittat: sed gravius aliquanto punitur creditor, qui vim fecit, id est, qui nullo fretus præcepto judicis, sua auctoritate rem debitam occupavit, quia, ut est in *Nov.60.* non tantum creditum amittit, sed etiam alterum tantum præstat debitori; & hanc dupli pœnam Justinianus introduxit. Tenetur etiam criminaliter lege Julia de vi, ut ostendit *l.ult. ff. ad leg. Jul. de vi priv. & l.in possessionem, inf. eod. & l.sed & partur, in fine, D.quod metus causa.* Tenetur lege Julia criminaliter, id est, mulctatur tertia parte bonorum suorum redacta in fiscum, & fit infamis, quod etiam Justinianus *d. Novella 60.* ait supradicto decrero Divi Marci fuisse comprehensum, ut creditor teneretur pœna legis Juliæ. Et sane id satis est comprehensum decreto D. Marci, cum eo declaravit, vim fecisse creditorem: Nam si vim fecit, consequens est, eum teneri criminaliter legibus Juliis. Neque quod diximus de credito amittendo in utraque specie, ei quidquam objiciatur legatarius, qui non ex voluntate heredis occupavit rem legatam, qui tamen tenetur tantum interdicto quod legatorum, non etiam amittit legatum, quia scilicet hic casus pertinet ad rei legatæ possessionem vacantem, quam apprehendit legatarius, & quam heres nondum nactus est, cui etiam propterea datur interdictum quod legatorum, quod non est recuperandæ, sed adipiscendæ possessionis, quia ante nactus non erat possessionem, quam nunc nanciscitur interdicto quod legatorum. Ergo vacabat possessio: & etiam non utitur heres interdicto quod legatorum, nisi si interveniat lex Falcidia. Non objiciatur etiam, quod affertur ex *l.ait prætor, §.si debitorem, D.quæ in fraud.credit.* Ex qua lege colligitur, creditorem impune auferre pecuniam sibi debitam debitori fugienti, paranti fugam, veluti manu injecta in debitorem, & illata vi: nam hoc est ex veteri jure specialiter in debitore fugiente, quia debitor creditori non relinquit spatium agendi ex ordine juris, ideoque potest ipse manu injecta eum retinere in tanto periculo amittendæ rei suæ, nec jus crediti amittit, nec restitoit pecuniam, quam abstulit; hoc est ex duodecim tabulis, *si caluitur, pedemve struit, manum endo jacito*: Est quidem hæc via incivilis fateor, & extraordinaria, sed incivile etiam est, auferre creditori suum, quod extorsit fugienti debitori. Incivile est, non probare, quod fecit creditor, quoniam excusat eum præsens periculum amittendæ rei suæ. Et eadem est ratio *legis ult. §.ult. D. quod metus causa.* Quidam creditor sine auctoritate judicis, sine cognitione, pecuniam sibi debitam extorsit debitori, præsente tamen apparitore, & interveniente, sine judice, non sine apparitore inciviliter extorsit, vim fecit: nam quod apparitor præsens fuit, non ideo minus vim fecit, sed tamen qualis qualis præsentia apparitoris eum excusat, ut non compellatur corrigere, quod fecit per vim sui servandi causa. Non omnis vis improbatur, etiamsi sit incivilis, non quæ infertur coacte magis, quam civiliter, ut Tit. Livius 38. ait, *vim factam pie magis, quam civiliter.* Ergo his casibus causa est excusandi creditoris, qui pecuniam sibi debitam debitori extorserit: At non in specie hujus legis, cum ad injuriam abusus est rescripto Principis, aut præcepto judicis. Et notandum est, ad hæc verba constitutionis, *memin. cuncti, sive vulg.* aliud esse vulgare rescriptum, aliud insinuatum, ut in *l.2. C.Theod. unde vi.* Insinuatur rescriptum, aut sententia judicis, cum intimatur adversæ parti, ut dispiciat cedere, an contendere debeat cognita litis causa. Vulgatur autem rescriptum, cum quis passim ostentat rescriptum, quod obtinuit in rem suam à Principe. Non est autem satis vulgari rescriptum, sed etiam insinuari oportet adversario, alioquin abutimur rescripto Principis, cujus mens non est, ut qui id impetravit, negligat ordinem juris. Et postremo notandum est, quod additur *in hac l.* graviter puniri tutores, vel curatores, qui in fraudem pupillorum suorum, vel adolescentium, forte colludentes cum eorum debitoribus sub specie judicati, vel rescripti non insinuati debitoribus, rem pupillis debitam auferunt hoc animo, ut pupillos suos, vel adolescentes, adficiant damno litis, damno crediti, quod facinus meretur gravissimam pœnam: ideoque constituitur, ut ii exspoliatores pupillorum, non tutores, bonis omnibus publicatis ob eam caussam deportentur in insulam, & ut eorum temeritas nil noceat, sed restituta possessione temere occupata in necem pupillorum suorum, ut sit pupillis jus crediti integrum, ut liceat agere, & persequi creditum ex rescripto principis, vel præcepto judicis. Et hoc generaliter servatur in causis minorum, ut factum, vel dolus tutorum, vel coratorum non eis noceat, perinde ac si ipsi fecissent, ut tutores in re pupillorum sint vice pupillorum, id est, dominorum, non si quid agant, quod minuat rem pupilli, ut *l.neque in interdicto, D.de divers.regulis juris.*

Ad L.VII. Si quis in tantam *furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit: dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.*

LEX superior fuit de creditore, qui sub specie rescripti, vel præcepti, quo jubetur rem sibi debitam protinus accipere, eam rem occupat neglecto juris ordine, id est, non convento possessore, non insinuato rescripto, quem ob eam rem lex mulctat damno litis, & possessionem veteri possessori illico restituere jubet: nec enim impetrato eo rescripto existimare debuit, sibi remissum esse ordinem juris, sicut is, cui princeps dat liberam tellamenti factionem, debet intelligere non ideo sibi esse remissa solemnia juris, *l.si quando, in princ. sup. de inoff. testam.* Ergo, & qui rescripto principis nititur, vel præcepto judicis, quo jubetur scilicet rem sibi debitam protinus exigere, arripere, accipere, non ideo tamen minus jure, & ex ordine experiri debet: quæ est præcipua vis, & potestas legis superioris. Hæc autem lex est de eo, qui neglecto etiam ordine juris, rem suam, vel alienam, quam alius possidet, audacius impulsus suo furore, & audacia sola, per vim occupat ejecto possessore. Et fit hujus legis mentio, tanquam celebrioris in Institutionibus duobus locis, in tit. *de vi bon. raptor. & in tit. de interd.* Et in formulis Cassiodori *lib.9.* his verbis, *Sanctio*, inquit, D.Valentiniani (hanc legem intelligit) *adversus eos diu pessime neglecta consurgat, qui prædia rustica, vel urbana despecto juris ordine per se, suosque præsumpserint expulso possessore violenter intrare.* Pertinet ergo hæc lex ad prædia urbana, vel rustica, sed pertinet etiam ad quascunque res mobiles, quas quis temere per vim occupavit depulso possessore. Et sententia ejus hæc est, ut si quidem rei suæ, quam alius possidet, quis possessionem per vim invaserit ejecto possessore, dominio rei, quod habuit, cadat: sicut lex superior dixit, creditorem credito cadere, qui rem debitam invadit, etiamsi usus sit specie rescripti, aut sententia judicis: & ut is, qui rem suam ab alio possessam per vim invasit, confestim possessionem restituat veteri possessori conventus generali interdicto restitutorio ad redintegrandam possessionem. Sin autem quis rei alienæ possessionem per vim occupaverit ejecto possessore, ut protinus restituta possessione veteri possessori, eidem præstet æstimationem ejus rei, ut ait etiam *lex pen.h.tit.* vel etiam aliam rem ejusdem meriti, ejusdem pretii, ut ait idem Cassiod. *lib.3.in epist.* cujus initium, *Inter gloriosas, &c.* Et hoc quoque confirmat *l.4.sup. fin. regund.* quæ pertinet quidem duntaxat ad fines agrorum per vim, atque injuriam vicini interversos, sed ex *h. l.* trahitur ad omnem rationem per

vim

vim interversæ possessionis alienæ, ut scilicet, qui eam intervertit, illico restituat in integrum, & hoc amplius alterum tantum præstet, quanti ea res est, vel aliam rem ejusdem pretii, ut fundum alienum vi pervasum mox restituat, & æstimationem fundi, aut alium fundum ejusdem æstimationis, ejusdem meriti. Ergo extra causam criminis, quo tenetur, qui alium vi de possessione dejecit, civiliter etiam tenetur in duplum, id est, in rem, quam invasit, & ejus rei æstimationem: sicut creditorem, qui rem debitoris temere possidet, Justinianus vult teneri in duplum civili judicio, extra criminale judicium, in *Nov.60.* Sic igitur statuamus: Is, qui rei alienæ possessionem per vim invasit, tenetur in duplum ei, quem dejecit per vim de possessione (in quo duplo inest res ipsa, nec enim totum pœna est) & tenetur in duplum, sive dolo malo, sive per errorem, puta existimans rem esse suam, eam per vim occupavit ex hac constitutione. Et ita, si res fuit immobilis, res soli: nam si res fuerit mobilis, & aliena, non sua, quam rapuit, & expressit possessori, ita distinguimus: aut per errorem id fecit, dum existimat rem esse suam, & tunc etiam tenetur in duplum, ne quis hoc prætextu erroris se defendere unquam possit, id est, rem debet restituere, quam diripuit, & rei æstimationem, etiamsi obtendat causam erroris, quia nec eo modo ad rei suæ possess. pervenire debuit. Et hoc casu tenetur actione vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo inest res, quæ erepta est: pœna autem est tripli, quia mixta est actio, quæ & rem, & pœnam persequitur. Hoc loco quæres non immerito, cur si res sit mobilis, quæ vi erepta est dolo malo, raptor teneatur in quadruplum, in quo inest res: sin autem fuerit immobilis, etiamsi dolo malo eam rapuerit indistincte teneatur in duplum tantum, in quo etiam inest res, sive rei persecutio? Et dicam simplicem æstimationem rei immobilis plerumque majorem, & graviorem esse, quam triplicem æstimationem rei mobilis, quia plerumque longe majus est pretium rei immobilis, puta fundi, vel ædium, quam rei mobilis, puta vestis, aut animalis: & si qua sit res magni pretii, veluti gemma, aut monile aliquod preciosissimum, ea res mobilis eodem jure censetur, quo res immobilis, *l. emptori, §. 1. de evict.* ut Plinius scribit, *Margaritas in mancipatum venisse, ut prædium aliquod, lib.9. cap.35.* Et hodie usu receptum est, ut beneficium *l.2. C. de rescind. vendit.* quod est proprie de rebus immobilibus, porrigatur etiam ad res mobiles, quæ sunt admodum pretiosæ. Rursum quæres, cur raptor rei mobilis, extra rem, teneatur actione vi bonorum raptorum in triplum pœnæ nomine: fur manifestus, qui minus deliquit, quam raptor, quia nil egit per vim, teneatur pœnæ nomine in quadruplum extra rem furto subreptam, actione nimirum furti manifesti, & raptor in triplum intra annum tantum, quia annua est actio, fur manifestus in quadruplum perpetuo, etiam post annum? Et dicam raptorem, aut esse manifestum, aut non manifestum, sicut fur aut est manifestus, aut non manifestus. Non omnem raptorem esse manifestum, facessat, sed alium raptorem esse manifestum, quem dominus videt, aut deprehendit rem suam invadentem, alium esse raptorem nec manifestum, ut puta eum, qui coactis hominibus effringit fores domus alienæ, in qua nemo est, & ex ea rapit aliquid, nemine vidente, nemine reclamante, ut in *l. si quis uxori, §. ult. ff. de furt.* Et actio vi bonorum raptorum non pertinet proprie ad raptorem manifestum, cum teneatur actione furti manifesti in quadruplum, & perpetuo, qua utique actione sanus quisque persequetur potius raptorem manifestum, quam actione de bonis raptis in triplum. Et ideo proprie actio vi bonorum raptorum non est comparata in hunc casum, si raptor deprehendatur, quia in eum tunc suppetit gravis actio, nempe furti manifesti in quadruplum, *l. si vendidero, §. cum raptor. ff. de furt.* At actio vi bonorum raptorum proprie pertinet ad raptorem nec manifestum, & per eam actionem raptoris nec manifesti deterior, quam furis nec manifesti conditio constituitur, quia fur nec manifestus tenetur in duplum tantum pœnæ nomine, raptor nec manifestus in triplum: & concurrunt quidem in hunc casum ambæ actiones, furti nec manifesti, & vi bonorum raptorum, adeo ut sit in arbitrio ejus, qui vim passus est, utra actione uti malit, & si primum egerit furti nec manifesti in duplum, deinde agere potest vi bonorum raptorum in id, quod amplius in ea est. Et in libris nostris concursus, puta actionis vi bonorum raptorum cum actione furti nec manifesti fit mentio sæpissime, *l. 1. ff. de vi bonor. rapt. d. l. si quis uxori, §. ult. & l. si quis egerit, ff. de fur.* quia scilicet ad hunc casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, cum furtum, sive raptus non est manifestus. At nusquam fit mentio concurrentis actionis furti manifesti cum actione vi bonorum raptorum, quia scilicet ad hunc casum proprie non pertinet actio vi bonorum raptor. sed ad casum furti nec manifesti; ex quo sane apparet graviorem esse actionem vi bonor. raptorum, quam furti nec manifesti, & electa actione furti nec manifesti, superesse vi bon. raptor. actionem in id, quod gravior est actio, vel etiam si quis intra annum nulla actione egerit in raptorem, neque furti nec manifesti, neque vi bonor. rapt. post annum vim passo semper est integra actio furti nec manifesti in duplum, quia perpetua est actio, *§. 5. Instit. de perpet. & tempor. act.* At quæres, cur in specie *legis Christianis 6. sup. de paganis, & sacrif.* videatur dari in perpetuum actio vi bonorum raptorum in duplum tantum, in quo insit res, ut puta si res mobiles Judæorum, aut paganorum Christiani temere diripiant, tenentur Judæis, aut Paganis, non in quadruplum mixta actione vi bonor. raptor. sed in duplum tantum, æque mixta actione? Et observandum in *C. Theod. l. pen. eod.* in ea specie secundum jus ordinarium, edictumque prætorium fuisse scriptum, *Christianos teneri in triplum, vel quadruplum:* in triplum, actione vi bonor. raptor. in quadruplum, actione furti manifesti, cum deprehensi sunt, & palam reclamantibus Judæis bona eorum diripuerunt. Sed Tribonianus triplum, vel quadruplum mutavit in duplum, tanquam scilicet minus delinquant Christiani, qui quid Judæo, aut pagano, quam, qui Christiano aliquid diripiunt, & tanquam Christiano plus liceat in Judæum, aut paganum, quam in Christianum: Quod an sit æquum, cogitandum relinquo: & ideo non ordinaria actione, sive pœna tripli, aut quadrupli vult teneri Christianos, qui eorum bona diripiunt, sed pœna tantum dupli. Et recte Accurs. dixit esse specialem causam, cujus rationem aperui satis. Verum notandum est, quod addit Cassiodorus in supradictis locis, *Eum, qui rem alienam per vim invasit, si non sit par solvendo æstimationi ejus rei, in quam tenetur ex hac lege, corporali supplicio afficiendum*, quod in jure legimus frequenter, ut qui non habet in ære, pœnam luat in corpore, *l. ult. inf. de sepulc. viol. l. ult. ff. de in jus voc.* Cassiod. *ut pœna satisfaciat, cujus facultas facinoris non satisfacit ultioni*. Et alio loco, *ut reddat debitum pœnis, qui non potest compensare pecuniis*. Et D. Ambros. serm. 78. *ut*, inquit, *qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat vel corporis ultione*. Et notandum etiam, quod ait h. l. *Eum, qui rem suam, quam alius tenet, per vim occupat, rei suæ dominium amittere*, eo abrogari *l. 3. in fine, C. Th. ad l. Jul. de vi*, cui consentit etiam *l. 11. & 14. C. Th. quor. app. non recip.* quæ leges mediam tantum partem ejus rei redigunt in fiscum, ut scil. mediæ tantum partis dominium amittat: at ex hac constitutione integrum dominium amittit. Et illæ constitutiones C. Th. faciunt, ut existimemus, dominium, quod hæc lex ait invasorem amittere, & totius rei dominium hodie redigi in fiscum: quod non observant communes interpretes, non etiam cedere vim passo, qui nec ejus rei dominus fuit, sed possessor tantum. Et hoc procedit, ut ait lex, non tantum si possessio ejus rei, quæ interversa est, per vim fuerit constituta apud fiscum, sed etiam apud privatum hominem, ut totius rei dominium cadat in fiscum, possessio nuda restituatur veteri possessori beneficio interdicti, & momenti. Et postremo etiam notandum in hac lege illo loco, *ante adventum judicialis arbitrii*, esse legendum *ante eventum*, quia de eo loquitur, qui per vim occupat possessionem alie-

alienam ante rem judicatam, id est, ante judicialis arbitrii eventum, qui non expectat sententiam, sed ipse sibi sententiam dicit temere, & inconsulto. Sic omnes veteres libri, *ante eventum*, non *adventum*: sic *l.pen. h.t. eventu cognitionis judiciariæ*. Sic *l.3. C.Th. unde vi*, *Nov.1. Th. de invasor.* Id sic effertur, non expectata, vel adversus præsentem, vel in contumacem definitiva sententia, hoc est, ante eventum judicialis arbitrii.

Ad L.VIII. Momentariæ possessionis *interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur.*

LEX octava est de generali interdicto redintegrandæ possessionis, quod momentum, & momentariæ possessionis interdictum appellatur, quod mox audiri (ut ait hac l.) mox dari, mox expediri debet, sine ulla procrastinatione, & inde ei nomen. Et in *l.ult. hoc tit. generali jurisdictione*, id est, generali interdicto illo restitutorio, ut in Basilicis γενικῷ παραγγέλματι, *generali interdicto*: & quia generale est, ideo hæc lex octava, id non semper pertinere ait ad vim publicam, vel privatam, id est, non semper pertinere ad possessionem usurpatam vi armata, aut vi non armata, sed etiam ad possessionem usurpatam alio modo, puta errore, vel incuria domini, ut *l.5. hoc tit.* vel obtentu rescripti, aut decreti judicis, *l.6. hoc tit. l.2. tit. seq.* Denique momentariæ possessionis interdictum non semper comprehendit causam interdicti unde vi, quod est speciale, sed & aliam causam perturbatæ, aut motæ possessionis alienæ, in qua licet videatur existere crimen aliquod, quod mota sit possessio aliena, non tamen semper tanti est, ut exigat inscriptionem actoris, qua se subjiciat pœnæ talionis: hæc enim est vis inscriptionis: sicut cum agitur de vi, vel de alio crimine publico, vel extraordinario, actorem subscribere in crimen oportet, & subjicere se talioni, nisi reum convicerit, & peregerit. At in causa motæ possessionis, quia moveri potest sine vi aliena possessio, non semper exigimus, ut actor subscribat in crimen. Denique causa momentaria non semper adnumeratur gravioribus causis, aut criminibus, quæ exigunt inscriptionem actoris, & cognitionem præsidis provinciæ, sed disceptari etiam potest à magistratibus municipalibus, vel defensoribus civitatis, & sine inscriptione actoris, ut si nulla sit vis illata possessori. Et hæc est sententia h.l. Et hæc sunt reponenda in vicem glossarum Accursii, quas damnamus una litura. Ita vero crimen, aut causa abacti animalis, nonnunquam proponitur sine inscriptione, ut in *l.unica*, *inf. de abigeis*, ut puta si agatur de uno tantum pecore abacto, de una tantum capra abacta, quo casu abactor, ut fur tenetur civili act. in duplum, vel in quadruplum, non abigeatus crimine extraordinario, quod accusatoris inscriptionem exigit. His similes sunt causæ de servulo quodam fugitivo, quem quis forte recepit, vel celavit, vel de modica re direpta, aut furto sublata, vel de invasis finibus parvulæ terræ, ut ait *l.causas*, *C.Theod. de jurisdict.* ex qua ducta est *h.l.* 8. *& dicta lex unica*, *de abigeis*, *& l.pen. inf. de accusatio.* Et est in *d.l. causas*, legendum hoc modo, *parvulæ etiam terræ finium*, quam causam finium plerunque dirimunt agrimensores, vel arbitri, aut pedanei judices, nec desiderat cognitionem præsidis, ut ostenditur apud Julium Frontinum de limit. agrorum, *l.si finalis*, *& l. cunctis*, ut nec de interversis, aut invasis finibus modicæ terræ necesse sit inscribere in crimen modicæ rei, nec adire præsidem provinciæ. Injuria est de parvis, & minimis rebus præsidem provinciæ judicare, *ut l.ult. sup. de pedan. judic.* Et ex d. *l. causas*, adnotandum est, *ad leg. ult. ff. de privatis delictis*, *& l. ult. ff. de furt.* quæ dicunt furti agi posse extra ordinem criminaliter, cum inscriptione tamen actoris, id verum non esse, si res modica furto sublata sit, quia quæstio rei modicæ inscriptionem non exigit actoris, sicut nec quæstio abacti unius pecoris, quæstio celati vilissimi mancipii, quod erat in fuga, quæstio momenti, si vis absit. Et si quæras, cur de re modica sit actio furti, non item actio de dolo, ut ait *l.9. §.ult. ff. de dolo*? dicam quodammodo plecti stultitiam ejus, qui patitur dolo malo se circumscribi, qui non novit fallaciam alienam, qui patitur sibi oblinire os, ut de eo non possit queri, si res sit modica. Et licet furtum, quod nobis fit, imputetur nostræ culpæ, nostræ negligentiæ, quod non simus vigilantes in servandis rebus nostris, tamen major est stultitia ejus, cui videnti, & consentienti fallaciis quibusdam res sua eripitur, quam cui invito, & ignoranti furtum: qua ratione etiam actio de dolo est temporaria, at actio furti est perpetua. Præterea notandum est ad hanc l. momenti beneficium, aut momentariæ possessionis interdictum latius patere, quam ut contineat tantum causam recuperandæ possessionis: nam continet etiam hoc generale interdictum causam apiscendæ possessionis, ut interdictum quorum bonorum, & causam retinendæ possessionis, ut interdictum uti possidetis, vel utrubi: & non tantum interdicta restitutoria, sed etiam exhibitoria, quia & exhibitioni restitutio inest, quod memini me docere in *l.si colonus, inf. de agric. & cens. lib.*11. Et secundum hanc generalem significationem Isidorus, *momentum*, inquit, *dictum est à temporis brevitate, ut quam cito, quam statim salvo negotio principali possessio reformetur, nec in ullam moram perduci possit*, *quod repetitur*. Denique possessionis causa quælibet, dicitur causa momenti, *ut in cap.1. extra de cauß. possess. & propriet. legali provisione esse decretum, ut unus, idemque judex judicet, tam de momenti, quam de proprietatis causa: legali provisione*, inquit, *& intelligit leg. ordinarii, sup. de rei vind. & l.nulli, sup. de jud.*

Ad L.IX. Si quando vis in judicio *fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quæstio proponatur: si non potuerit, qui vim sustinuit, quæ perdidit, singula comprobare: taxatione à judice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento æstimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei ultra taxationem à judice factam jurare: & quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet.*

IN *l.9.* hoc definitur, ut si is, cui vis facta est, non possit probare quæ res ei direptæ sint, quod plerumque etiam est difficile probare, quod vis fiat tumultuarie: Si igitur non possit probare quæ res ei direptæ sint tempore datæ impressionis, & constet tamen de vi, & impressione, judex ei nequeunti probare quot, qualesque res sibi arreptæ sint, deferat jusjurandum in litem, quo scilicet æstimet damnum rerum, quod fecit, videlicet taxatione, ut ait, à judice facta certæ summæ, ad quam usque juret, *se tanti scilicet æstimare quod perdidit*: Nam judicis est, jurijurando in litem certum modum præfinire, ultra quem actori jurare non liceat, ut in *l.4. §. jurare*, *& l.5. D. de in litem jur. l. arbitrio*, *D. de dolo*, vel etiam judicis est moderari jusjurandum, postquam juratum est, & minuere summam, in quam juravit, litemque æstimavit actor, *ut l.sancimus*, *sup. de judic.* Et judex in condemnatione omnino sequetur jusjurandum, quod ipse prætaxavit, non etiam quod ipse non prætaxavit. Ergo ex *hac lege* intelligitur in interdicto unde vi jurari in litem, deficientibus actori probationibus. Et ait, *tempore impetus*, id est, tempore impressionis factæ, aut vis ἔφοδος. Et videtur significare Zeno tempus tyrannidis Basilici, qui rebellavit adversus Zenonem, & occidentis imperium pervasit, & singulorum facultates: De qua tyrannide ad eundem Sebastianum Præfectum prætorio, ad quem est hæc lex scripta, est etiam intelligenda *l.decernimus, sup. de Sacros. Eccl.* Et ita hanc quoque *l.9.* si referas ad tempus illius tyrannidis, sive civilis seditionis, ex eo etiam dices, bello civili rapta, pacatis rebus, si apud aliquem agnoscantur, repeti posse, quod etiam probat *l. 5. & l.ult. C. Theod. de infirmandis eis, quæ sub tyrannide facta sunt*. Sueton. in Vespas. *Sorte elegit recuperatores, per quos civili bello rapta restituerentur*. Et similiter Cornelius Tacitus 4. Hist. *Sorte ducti, per quos redhiberentur bella rapta.*

Ad

Ad L.X. Non ab re est, *quemadmodum possessionis alienæ invasores, tam vetus, quam præsens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus, & possessionis alienæ detentoribus impune procedere, si locatoribus forte, vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: & non protinus, id est, non expectato judiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus pro tanta suæ iniquitatis impudentia, si cognitionis judiciariæ eventu fuerint condemnati: rei, cujus possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, æstimationem victrici parti una cum ipsa re præbere compelli.*

LEX pen. est ampliatio, sive extensio *l. si quis in tantam*: Namque pœnam ejus legis hæc lex pertrahit ad conductores, & ad eos, qui res alienas precario possident, si dominis eas recte, & suo tempore repetentibus, restituere nolint, ut scilicet condemnentur in duplum, id est, in rem ipsam, & ejus æstimationem, licet non ideo perfecte dominum intervertcrint possessione rerum suarum, constituentes sibi possidere, quod ante possidebant domino, ut conductores scilicet, vel precarii possessores, quia nemo sibi ipse mutare causam possessionis potest, *l. cum nemo, sup. de adquirend. possess.* & tamen perinde atque invasores, & interversores possessionis alienæ tenentur in duplum, propter impudentiam suam, & contumaciam.

Ad L. ult. Cum quærebatur *inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerint, quia veteres leges, nec* unde vi *interdictum, nec* quod vi, aut clam, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones, per suam auctoritatem usurpare, sancimus talem possessorem, ut prædonem intelligi, & generali jurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus: Ridiculum enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione jamdudum veteribus legibus definita est, dicentibus, si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ super recipienda possessione à nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.*

LEX ultima hujus tituli dat interdictum restitutorium dominis, quibus absentibus, & non consentientibus, ab aliis rerum, quæ ad eos pertinent, possessio occupata est, cum vacaret, id est, cum à nemine possideretur, cum nec animo domini retineretur, ut potest, neglecta nimirum ab eo, & derelicta, *ut in §. quod autem, Instit. de usucap.* si occupata sit sine judicis auctoritate. Hæc omnia desiderantur, ut absentes fuerint domini, & vacans possessio apprehensa sit, sine judicis auctoritate, & ut ab eo, qui non ignorabat rem esse alienam, cujus possessio vacabat. Olim hoc casu non dabatur ullum interdictum restitutorium, quia possessio, quæ vacabat, id est, quæ à nemine possidebatur, non potest videri esse erepta, aut perturbata, aut interpellata, ut restitui debeat, sed domino competebat tantum rei vindicatio, id est, actio proprietatis, non etiam interdictum momentariæ possessionis, sive restituendæ possessionis, quam non habuit dominus. At ex hac constitutione, hoc casu etiam domino datur interdictum restitutorium: & censet Justinianus pro prædone habendum esse eum, qui absente domino sine judice rem ejus ingreditur, relicta, & vacante possessione, quam scit non esse suam, nec sibi debitam, aut obligatam. Ne quis hic objiciat casum interdicti *quod legatorum*, quo legatarius rem legatam, cujus possessio vacat, occupat impune rem sibi debitam, cujus possessio vacat, ut nec aliter heredi teneatur interdicto *quod legatorum*, quam si intersit heredis interveniente lege Falcidia. At non occupat impune ex hac constitutione rem alienam quis non sibi debitam absente domino, & sine judicis auctoritate, quinimo punitur ut prædo, etiam secundum sententiam *l. si quis in tantam*, quia non potest excusare se prætextu ignorantiæ. Nam *ut heic ait Just.* omnes scire debent, id, quod suum non est, ad alium pertinere, ut in *l. ult. §. nemo, sup. comm. de legat.* Plautus in Aulularia: *Tu illam scibas non tuam esse, non abactam oportuit.* Et eleganter Demosthenes apud Stobæum λόγῳ 13. ad furem dicentem, *nesciebam rem tuam esse: at tu sciebas & tuam non esse.* Et inde lex illa vetus apud Ælianum 3. Histor. & Platonem 11. de legibus: ὃ μὴ κατέθου, μὴ λάμβανε: *quod non deposuisti, ne tollas*; Et apud Joseph. 2. adversus Appionem ὃ μὴ κατέθηκέ τις, οὐκ ἀναιρεῖται. Illud notandum ex hac l. ult. in hac specie, quod Justin. dat interdictum restitutorium, ac si in prædonem, esse perpetuum, ut evidenter exprimit in fine legis, cum tamen alias dari tantum soleat intra annum utilem: sed hoc ideo, quia res geritur inter absentes, ut in *l. 1. tit. seq.* magis subvenitur absenti, & ignoranti, quam præsenti, nimirum dato interdicto restitutorio perpetuo, id est, usque ad tricennium.

AD TITULUM V.

SI PER VIM, VEL ALIO MODO ABSENTIS PERTURB. POSS. SIT.

Ad L.I. Judices absentium, *qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas, & auctoritatis suæ formidabile ministerium objiciant: atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an ejus, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus, seu servus quolibet titulo retinebat: nec eos, qui dejecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio causæ mandata sit, ab experiunda re secludant: nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personas, quia hujusmodi conditionis hominibus causas perorare fas non sit, sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri convenit: ut eos momentariæ perinde possessioni (sine ulla cunctatione) restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen domino, quolibet tempore reverso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus, quia fieri potest, ut restitutio propter servos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos, interea differatur: Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per injuriam sublatus est, omnia, quæ superfuerunt ad disceptationem litigii, immutilata permaneant: judicio servato justis, legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possess. tenentibus absentium nomine, contra præsentium violentiam subveniri.*

HIC tit. pars est superioris, & proprie pertinet ad possess. alienam, quam quis per vim, vel alio modo occupavit, abstulit, interpolavit absenti possessori, & quodammodo cohæret cum *l. ult. t. sup.* hac ratione, quoniam *& illa l. ult. & const. hujus tit.* sunt de possessione occupata absente domino: sed illa de possess. vacante; hæ constitutiones de possessione, quam absens retinebat per alium, puta per servum, aut colonum, aut amicum suum, aut libertum, aut propin-

pinquum; alius autem occupavit per vim expulsis hominibus possessoris, servo, vel colono, vel liberto, vel amico, vel etiam qui eam occupavit alio modo, ut puta sub specie rescripti, aut judicati, ut in *l.2. h.tit.* Et interdictum recuperandæ possessionis, quod in hac specie competit, tria potissimum singularia habet. primum, ut expulsis hominibus, qui absentis nomine possidebant, statim operam dante judice interdictum detur, etiamsi causæ dictio, ut ait, eis mandata non sit. Regulariter nemo agit alieno nomine sine mandato, *l. si pupilli, §.ult. de negot.gest.* M. Tul. *pro Roscio Comœdo. Alteri nemo petere potest, nisi qui cognitor est factus*, id est, quasi procurator: Sed ex causa momenti etiam sine mandato de redintegranda possessione recte agit, qui absentis nomine possidebat, ex *l.1. h. t.* & ut *l.ult. sup.tit.prox.* ab actione furti, qua tenetur etiam is, qui rem alienam attrectat, quam dominus non possidet, cum id se domino non invito facere judicare debeat, argumentatur ad actionem momenti, sive interdictum, ut etiam hoc teneatur, qui absente, & ignorante domino vacantem possessionem occupavit: ita quod ait hæc *lex* 1. de actione momenti, ut possit perturbata possessione, qui alieno nomine possidebat absente, nec mandante domino, eam intendere, sive instituere, confirmari potest exemplo actionis furti, qua ex lege Hostilia licebat sine mandato cuilibet experiri nomine ejus, qui erat apud hostes, vel qui Reipublicæ causa aberat, & nomine ejus, qui in tutela erat, capti ab hostibus, vel absentis reipublicæ causa, ut in *§.1.Inst.de his, per quos agere poss.* Et hoc est primum, quod singulare est in hac causa, absenti interpellata possessione, quam per alium possidebat. Item in hac causa singulare hoc est, ut servis, qui nomine domini possidebant, & expulsi sunt, postulantibus detur interdictum momentariæ possessionis, quo experiantur adversus eum, qui expulit, ut in *l. ult. sup. qui legit. person.* & *l.1. & 4. C.Theod. unde vi*, Regulariter servum causas orare fas non est, sic loquitur *l.1. h.t.* forte respiciens ad illud Comici, *servum hominem causam orare leges non sinunt*: orare est agere, quod & adorare in 12. *tab.* illo loco: *si adorat furti, quod nec manifestum esset*. Et in servis hoc est regulariter verum, ut probat, *l.tutelas, §.1. ff.de capite min.l.3.ff.ne quis eum, qui in jus vocat. est vi exim. l.3. §. si servus, ff. de pecul. l.ult sup.de nox. act. l.6.7. sup. de judic. l.4. sup. de obsequiis patrono præstan. Valentinianus Nov. de competitoribus, servos*, inquit, *nec ab initio, quasi nec personam habentes, in judicium admitti volumus*. Imo & servi precum quoque offerendarum principi, libelli offerendi principi incapaces sunt, *l. 1. sup. de precib. Imper. offer.* Sed ab hac regula juris excipitur casus ablatæ possessionis alienæ, quam dominus per servum suum possidebat: Nam hoc casu servus interdicto momentariæ possessionis agere potest, non etiam de proprietate, id est, secunda actione principali, quæ est de proprietate, quia secunda actio, sive principalis, quæ est de proprietate omnino desiderat justas, & legitimas personas, id est, liberos homines: judices etiam jubentur hac in re diligenter navare operam, & quasi suscipere personas absentium, ut scilicet sine ulla cunctatione possessionem interpolatam in integrum restitui jubeant, atque procurent. Accurs. hoc loco alium casum adjicit, quo existimat etiam servum in judicium civile admitti, quem sumit ex *lege ult. sup. ubi causa fisc.* Perperam: Nam illa *lex ult.* non tantum loquitur de servo, sed etiam de inquilino, vel colono domorum principis, quos sive agant, sive conveniantur super criminali, vel civili negotio, statuit, non alium observare judicem, quam præpositum sacri cubiculi, ad quem pertinebat præcipue cura domorum Principis, adjuncto comite domorum. Et quatenus l. loquitur de civili judicio, id tantum accommodari debet ad inquilinum, vel colonum, non servum, quoniam cum servo nulla est actio civilis, nec ex contractu, nec ex delicto: quatenus autem lex illa loquitur de criminali negotio, id solum potest accommodari etiam ad servum, quia plerumque cum servo potest esse criminale judicium: servus omnibus pene legibus publicorum judiciorum reus fieri potest; *l. hos accusare, §.omnibus, ff.de accusat.* Maxime iis legibus, quibus non adjicitur, cujus conditionis homo fecerit, veluti, ut disputat M. Tullius pro Cluentio, *si in lege ita sit scriptum: quicunque civis Rom. erit, hac lege non tenetur servus: At si ita sit scriptum*, non expressa conditione hominis: *Quicumque venenum malum fecerit, hominem occiderit: hac lege etiam servus tenetur*: & fere omnes leges publicorum judiciorum ita scriptæ sunt, non notata conditione ejus, qui in eam incidit. Itaque recte dicimus, *omnibus pene legib. publicorum judiciorum servum fieri posse reum*. Et contra servus quoque ex quibusdam legibus accusationem instituere potest adversus liberum hominem, veluti de majestate, aut de annona, *l.mulieri, in fi. eod. tit. l.famosi, ff.ad leg. Jul. maj.* At civili actione nil refert, nata sit ex contractu, an ex delicto, veluti furti actione, quæ est civilis, aut vi bonorum raptorum, aut l.Aquiliæ, aut injuriarum, servus nec agere, nec conveniri potest, excepta actione momenti ex hac *l.1.* cujus exemplo, quoniam & supra jam bis contulimus actionem furti cum actione momenti, fortiter defendi potest, re domini absentis furto sublata, servum furti agere posse, servum furti agentem à judice non pati repulsam. Tertium, quod est singulare in specie hujus legis, hoc est, ut ex hac causa, interversæ scilicet possessionis absentis, non vacantis, interdictum recuperandæ possessionis, sive actio momenti perpetuo competat, quod idem & in possessione vacante domino statuit *lex ult. tit. sup.* Ergo etiam domino reverso, si interim, qui expulsi sunt possessione, in qua erant nomine absentis, interdicto non egerint, etiam post annum hoc interdictum datur. Sic videmus magis subveniri absenti, cujus possessio interversa, vel occupata est, nimirum dato momento perpetuo, quam præsenti, cui datur tantum annale momentum, sive interdictum pro redintegranda possessione. Et hanc rationem (ut opinor) Cassiodorus, qui fuit magnus Jurisconsultus, & quæstor principis, ait *7. variar. in formul. præfecti vigil. vigilibus momenti tempora dilatata esse*, id est, non esse coarctata anno utili, quia scilicet vigiles, etiamsi in urbe præsentes sint, vice absentium habentur, *l. si maritus 2. §.legis, ff. ad leg.Jul.de adult.* Et hoc est, quod ait *l.4. C.Theod. unde vi, ex hac causa, de qua agimus, & absentibus, & in militia constitutis subveniri*. Vigiles autem constat esse milites.

Ad L.II. Nec imperiale responsum, *quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innovare possessionis statum, eo, qui rem tenet, absente, permittit, quia negotiorum merita, partium adsertione panduntur*.

LEx 2. docet, nec sub specie sola rescripti, aut interlocutionis judicis absentis possessionem esse perturbandam, quia, inquit eleganter, quod in proverbium cessit, *causarum merita partium adsertione panduntur*, id est, quia conveniri prius, & audiri possessorem oportet ex ordine juris, & stato, condictoque die adversus eum disceptari de causæ meritis, præsente utraque parte, non temere statim transferri possessionem, aut haberi statim pro jure translatam possessionem, quam quis arripuit, inconvento adversario, nixus solo rescripto principis, aut præcepto judicis, quo forte jubetur possessionem eam sibi vindicare: Nam hæc verba, *principis, aut judicis*, non intelliguntur abolere ordinem juris. Et hæc *l.2.* est conjungenda cum *l. penult. sup. de adquir. possess.* quæ ait, *vitium hujus possessionis*, arreptæ scilicet non convento adversario, *etiam heredem ejus sequi, qui rescripto abusus est, etiam si heres ejus bona fide possideat, ignarus vitiosi initii possessionis*, quia heres est successor jurium omnium defuncti, id est, virtutum, & vitiorum; commodorum, & incommodorum omnium, ideoque eam rem non poterit usucapere, si defunctus eam vi occupaverit, & tenebitur heres ejus, ad quem hæc possessio pervenit per defunctum, interdicto momentariæ possessionis, ut in *l.ult. hujus tituli*.

AD



AD TITULUM VI.

UTI POSSIDETIS.

Ad L.unic. Uti possidetis fundum, *de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.*

CONSTITUTIONIS hujus tituli duas facio partes, quarum secunda est de judicio petitorio, id est, de causa proprietatis. Prima pars est de judicio possessorio, id est, de interdicto retinendæ possessionis, quod vulgo appellatur *uti possidetis*, B à primis verbis interdicti, quæ constitutio hujus tituli proponit statim ab initio, & in idiotismo appellatur *complainte en cas de saisine, & de novvellete, ou plainte de Haro*: & est io usu frequentissimum interdictum, quod de omni re, omnique jure competit, & sacro, & profano, & est (ut dixi) ioterdictum retinendæ possessionis, quia prætor eo vetat vim fieri ei, qui possidet: pertinet autem hoc interdictum ad tes immobiles. Aliud est interdictum retinendæ possessionis rerum mobilium, quod etiam à primis verbis appellatur *utrubi*, de quo omnino est intalligenda *l. coloni*, *inf. de agricol. & cens. lib.* 11. quoniam ea l. in Codice Theodos. ponitur sub *tit. utrubi*. Ergo, quæ in ea lege appellatur *celeris reformatio possessionis*, quod est momentum, est interdictum utrubi.. Et inter ea interdicta uti possidetis, & utrubi olim C hæc fuit differentia: interdicto uti possidetis vincebat, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat: Nam qui possessionem habet ab adversatio vi, aut clam, sut qui eam ab adversario precario accepit, numquam in causa possessionis vincit, quia manifestum est vitium possessionis. Itaque adversus illum, à quo habet possessionem malo more, id est, vi, aut clam, aut precario, ea possessio nihil ei proficere potest: non potest retinere ab eo adversus illum: nam adversus alium, à quo non habeo possessionem, possessio mihi proficit, etsi eam adeptus sim cum vitio. At (ut dixi) interdicto uti possidetis vincebat is, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat: Nam hæc verba interdicti, *uti possidetis*, referuntur ad præsens tempus, id est, quo reddi- D tur interdictum, *l.* 1. *§. interdictorum*, *ff. de in terdict.* quæ talia esse prodidit Ælius Gallus JC. apud Festum, *uti nunc possidetis* 1: & in *l.* 3. *§. Labeo*, *ff. uti possid. Sicut nunc possidetis*. Articulus (*nunc*) præsens tempus significat. Deniqua interdictum uti possidetis concipitur in præsens tempus, & in eo præsentis temporis possessio spectatur. Interdicto autem utrubi vincebat is, qui majore parte snni retrorsum numerati, ut ait Paulus 5. *Sentent. tit. de interdict. εἰς τὸν πρὸ ἀναλημμένου*, ut ait Theophilus *eod. ti.* qui, inquam, majore parte anni retrorsum numerati, non prorsum, nec vi, nec clam, nec precsrio ab adversario possederat, *l.* 1. *ff. utrubi*. Et ideo ad interdictum utrobi omnino referri debet *lex majore*, *ff. de verb. signific.* postea vero sublata est illa differeotia, cœpitque utroque interdicto vincere, non qui tempore redditi in- E terdicti, non qui majore parte anni, sed qui tempore litis contestatæ ex causa interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat, *§. hodie tamen*, *Instit. de interdict. l.* 1. *ff. utrubi*. Ait. *Qui possidebat eo tempore, quo super hoc, id est, possessione ab adversario inquietabatur*. Quæ verba sunt Triboniani, & significant tempus litis contestatæ. Ex quo spparet verum esse, quod fertur in foro, *qu'en defendant par contraire possession l'on trouble*, id est, eum, cum quo actor litem contestatur ex causa interdicti ad retinendam possessionem, si rem defendat, inquietare actorem, eundemque possessorem videri, nimirum quia facit litem possessionis, qui judicium de possessione accipit, nec cedit actori. Hodie ve-

A ro longe alio jure utimur, quam quod exposuimus: Nam hoc, vel illo interdicto, uti possidetis, vel utrubi, neque vincit is, qui tempore redditi interdicti, nec is, qui tempore litis coatestatæ, nec is, qui majore parte anni, sed is, qui toto superiore anno, ipse auctorve ejus, nec vi, nec clsm, nec precario ab adversario possedit: & ne vis fiat, res plerunque sequestro deponi solet, quam tamen sequestrationem recte recosat is, qui toto superiore anno recte possedit. Et hoc est, quod dicimus, *que celuy-là a raison d' ententer complainte en cas de saisine, & nouuelletè, qui est possesseur d' an & iour, contre celuy qui le trouble & empesche en sa possession, concluant à ce qu'il soit maintenu & garde en sa dite possession, laquelle son adversaire luy trouble induement: & de nouuel, & en cas de debat s'il pense qu'il n' en puisse iouyr paisiblement, concluant* B *que le bien soit saisi, & sequestrè*. Quod inferius genus sequestrationis esse ex jure civili comprobabimus. Sed ad hæc prius notandum hac io re, quomodo distet actio ab interdicto: Nam possessori, cui datur interdictum uti possidetis, vel utrubi, possessori, inquam, rei corporalis, ultro nulla datur actio, neque qua dominium vindicet, quia sufficit ei possessio, & rei vindicatio non compsratur sine dispendio possessionis, *l.* 1. *§. interdictum autem*, *ff. uti possidet.* neque qua vindicet possessionem ejus rei, quia jure civili nulla est prodita vindicatio possessionis. Ælius Gallus apud Festum (ut memini me recte emendare) *possessio*, inquit, *non est iis de rebus, quæ tangi possunt: neque qui dicit se possidere, is, hanc ego rem, potest dicere* (quod est initium formulæ vindicationis) *Itaque*, ioquit, *in legitimis actionibus, nemo ex jure Quiritium* C *possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur, uti nunc possidetis*. Et sententis Galli hæc est, possessionem esse rem incorporalem, quæ solo intellectu percipitur, & abstrahitur, non sub sensus csdit nostros. Et quia formula vindicationis hæc est: *hanc ega rem ex jure Quiritum meam esse ajo*, non convenit possessioni: nam hoc provocabulum (*hanc*) est demoostrativum, & possessio, cum sit tes incorporalis, demonstrsri oon potest: itaque oemo ex jore Quititum lege agendo possessionem suam vocat, id est, nemo vindicat, sicut Cornificius ad Herennium: *suam hereditatem vocat lege agnationis*, id est, vindicat hereditstem, tanquam agnatus, led is, qui dicit se possidere, agit interdicto uti possidetis, vel utrubi, eoque magis se, quam adversarium possidere affirmat, & postulst, ut se potius D prætor tueatur, oc amittat possessionem. Et quod dicitur in *l.* 3. *§. sed & usumfruct. §. si mecum, & §. Pomponius*, *ff. ad exhib.* interdicturo dari actionem ad exhibendum, quod glossæ non intelligunt: non potest referri ad aliud interdictum, quam ad interdictum utrubi: Nam interdictum uti possidetis, non pertinet ad res mobiles, de quibus est tantum actio ad exhibendum. Et aliis interdictis non dicimus nos possidere, oimirum, quia omnia alia interdicta non possessori dantur; proinde non vindicatur, aut qussi vindicatur aliis interdictis possessio; & actio ad exhibendum competit tantum vindicaturo, aut quasi vindicaturo: non igitur interdicturo, nisi interdicturo utrubi, videlicet si in præsenti non possideat, sed possederit majore parte anni, vel, ut hodie utimur, toto superiora anno. Et de prima parte hujus constitutionis E hactenus. Secunda pars, quæ incipit ab his verbis, *ac satisdationis*, est de causa proprietatis, in qua, ut statim videbitur, & perspicue exponam sententiam hujus partis, quam communes interpp. non assequuntur: & qui magna cum laude tenuit has scholas Franciscus, longe sb ea recessit: Nec in Accursio habeo, quod probem, præter hæc verba, *forma servata*, inquit, *satisdanda, vel de transferenda possessione*: Sententia hæc est, ut qui est reus in judicio petitorio, id est, qui vicit interdicto uti possidetis, in illo judicio petitorio satisdet actori de re conservanda, & restituenda, si vincatur in judicio petitorio: aut eo non satisdante, & actore offerente satisdationem, ut possessio transferatur in actorem, & ille ex reo fiat actor, & fungatur onere petitoris, solusque probandæ causæ pro-

prie-

prietatis oneri subjiciatur, quod fit sæpe, ut quis veluti A pœnæ causa ex reo fiat actor, possessione ab eo translata in petitorem, atque ita petitore facto reo, commutatisque personis, ut in *l. ædificatum, de dam.inf. & l. si priusquam, de novi oper. nunt.* Neutro autem satisdante, quid fiet? Sane possessor, qui interdicto vicit, tanquam in pari causa erit potior, aut sane ea res arbitrio judicis sequestro deponetur neutro satisdante. Et hic est ordo edicti perpetui, & forma, de qua hæc lex loquitur, quæ servatur & in multis aliis casibus; ut in petitione hereditatis, is, à quo petitur hereditas, id est, possessio hereditatis, satisdare debet actori de servanda re, & restituenda ni vicerit: aut eo non satisdante, possessio transfertur in petitorem satisdantem. Neutro autem satisdante, possessor potior habetur, aut bona sequestrantur, *l. de bonis, §. ult. ff. de Carbon. edic. & Paulus 1. Sentent. tit. de satisd.* Idem ordo servatur in hac B specie: Filius emancipatus præteritus, si petat bonorum possessionem contra tabulas, suo, id est, filio defuncti, qui non fuit emancipatus satisdare debet, *se bona propria collaturum in commune, qu'il rapportera ce qui luy est propre.* Si non satisdat, possessio portionis contingentis filio emancipato transfertur in suum satisdantem de ea restituenda emancipato, cum emancipatus reipsa bona propria contulerit. Neutro satisdante, portio emancipati sequestratur. Et hæc est sententia *l. 1. §. si frater, & l. 2. §. ult. ff. de collat. bon.* Postremo idem etiam ordo juris servatur in hac specie: heres condemnatus fideicommissario, appellavit, debet satisdare fideicommissario nomine fideicommissi, vel si non satisdet, transferenda est possessio rei per fideicommissum relictæ in fideicommissarium satisdantem: neutro autem satisdante, res per fidei- C commissum relicta sequestratur, *l. postquam, §. Imper. D. ut legat. nom. cav.* Et hunc ordinem etiam Imperator in secunda parte hujus legis finito judicio possessorio de retinenda possessione, vult servari in judicio petitorio, ut qui vicit interdicto satisdet, aut in satisdantem actorem transferat possessionem.



AD TITULUM VII.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

Ad L. Unicam. Si in potestate patris *fuerunt impuberes filii, & vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus cœpit hereditas pertinere: de exhibendis* D *testamenti tabulis interdicto uti potestis.*

INTERDICTA, quæ sunt proposita superius, vel *restitutoria* sunt, ut quorum bonorum, quod legatorum, unde vi: *vel probibitoria*, ut interdictum uti possidetis. Sequuntur postea interdicta *exhibitoria*, quæ licet figura verborum sint exhibitoria, vi tamen ipsa τῇ δυνάμει restitutoria sunt: Nam ut in actione exhibitoria verbum (*exhibere*) restituendi vim, effectumque in se continet, *l. Julianus, §. quantum, ff. ad exhibend.* sic & in interdictis exhibitoriis, ut actori scilicet restituatur, quod exhiberi desiderat, *l. 1. §. in hoc interdicto*, illo loco, *sed omnino restituendum, ff. de liber. exhib.* & in *l. pacto 26. sup. de pactis*, *de chirographis exhibendis*, id est, *restituendis*, *& l. ult. sup. de ædilit. act. servum exhibere*, id est, restituere. Et hic si quæras, quid actio exhibitoria, quæ & E ad exhibendum appellatur, distet ab interdicto exhibitorio: dicam hoc tantum, quod actione exhibitoria petantur res, quæ nostræ sunt, *l. 3. §. si ipse, D. de tab. exhib.* & quas mox nostras esse dicturi, id est, vindicaturi sumus: *interdicto* autem exhibitorio petantur res, quæ nostræ non sunt, ut tabulæ testamenti, in quibus nobis aliquid relictum est, quæ non sunt singulorum, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est, *l. 2. in princip. D. quemad. testam. aper.* nec eas postquam exhibitæ fuerint vindicaturi sumus, vel etiam petantur interdicto exhibitorio liberi homines, qui nullius dominio subjecti sunt, nec vindicari possunt, aut peti actione ad exhibendum, *l. si liber, D. ad exhib.* vel etiam petantur liberi nostri, id est, filii, vel nepotes, quos in potestate habemus, qui æque nostri, id est, in dominio nostro non sunt. (Aliud enim est dominium, longe aliud potestas) nec à nobis vindicari possunt, *l. 1. §. 1. ff. de rei vindicat.* Et ex his quidem interdictis exhibitoriis, primum hac lege proponitur interdictum de exhibendis, sive proferendis tabulis testamenti, quod & momenti beneficium vocat Anianus *l. 1. C. Theod. victum civil. criminal. ag. non posse*, & competit primis heredibus, vel etiam secundis, existente casu substitutionis, ut in specie legis positæ sub hoc titulo, vel legatariis, aut fideicommissariis, quorum interest tabulas testamenti inspicere, & describere: & generaliter omnibus, quibus quid in eis adscriptum est, *l. 3. §. solent, D. de tabul. exhibend.* Et rursus competit hoc interdictum adversus eum, penes quem sunt tabulæ, si negat eas se exhibere posse, vel oportere, *l. 1. §. 1. eod.* Nam si non negat, hoc interdicto frustra convenietur, sed extra ordinem compellendus est eas exhibere, *l. 2. §. ult. D. quemad. testam. aper.* Dixi, hoc interdictum dari heredibus, quibus tamen etiam vindicatio tabularum competit, & actio ad exhibendum, *l. 3. eod.* Sed hoc ita distingui volo, ut competat heredibus vindicatio tabularum tanquam suarum: nam tabularum testamenti, quis justius sibi adserat dominium, quam heres? Et ob id ad exhibendum quoque actio, ut heredibus competat: hoc vero interdictum de tabulis exhibendis, ut heredibus detur, non tanquam de instrumento proprio suo, sed tanquam de instrumento publico, quod non est solius heredis, sed universorum, quibus quid testamento adscriptum est, ut ait *l. 2. in pr. eod.* Cæteris autem extra heredes, quibus legatum, aut fideicommissum relictum est, hoc tantum interdictum competit de tabulis exhibendis, non vindicatio tabularum, non actio ad exhib. *l. 3. §. si quis extra, D. de exhib.* Et ex his facile cognosces, quemadmodum sit separanda actio exhibitoria ab interdicto exhibitorio.



AD TITULUM VIII.

DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEU DE DUCENDIS; ET DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

SEQUUNTUR in hoc titulo alia duo interdicta exhibitoria, & unum probibitorium, quod est de *ducendis liberis*. Primum autem interdictum exhibitorium est de *liberis exhibendis*, quod competit parentibus, qui eos in potestate habent, adversus eum, apud quem sunt non sua sponte. Dico, *qui liberos in potestate habent*, quæ quasi proprietatis quæstio est, & in hoc interdicto vertitur, ut docui, *sup. tit. 1. b. libri.* Dixi, *adversus eum, apud quem sunt*, quoniam hæc sunt verba prætoris, qui tamen in superiore interdicto de tabul. exhibendis maluit dicere, *penes quem tabulæ testamenti sunt*. Et ratio hæc est, quia liberi homines apud nos esse possunt, non etiam penes nos, tabulæ etiam penes nos, quo pertinet *l. penes, de verb. signif. Apud* significat personam, & locum: *penes*, personam, & dominium, aut possessionem. Eleganter Seneca in epistol. *quidquid est, cui dominus inscriberis, apud te est, tuum non est.* Ergo interdictum de tabulis exhibendis datur adversus eum, *penes quem sunt*, id est, qui earum dominium, vel possessionem habet. Interdictum autem de liberis exhibendis, adversus eum, *apud quem sunt*, id est, qui quoquo modo retinet, sive dominii, sive possessionis jure: quia & liberi hominis dominium, aut possessio non est adversus liberos ipsos, qui sunt in potestate nostra, & apud se, non apud alios, non datur interdictum de liberis exhibendis, quo simul quæratur in potestate sint, necne: & hoc ostenditur in *l. 3. §. hoc autem, & §. seq. D. de liber. exhib.* & utique adversus liberos ipsos non datur principaliter, & unice. Sed si principaliter agatur de hereditate, quam contradicente filio jure potestatis pater sibi per filium quæsitam dicat, in hanc quæstionem

recte

A recte cadit, vel incidit interdictum de filio ducendo, ut *l. pen. D. de lib. exhib.* & *l. 1. hoc tit.* & utriusque quæstionis idem erit disceptator, & judex. Porro post interdictum de liberis exhibendis, subsequitur interdictum de liberis exhibitis ducendis, quod est prohibitorium, *id est*, vetat vim fieri ducenti liberos suos. Et de eo accipio *l. 1. hoc tit. ex d. l. pen.* Et in Rubrica hic lego *divisim*, seu *de ducendis*, quia in interdicto prætor *ducendi*, non *deducendi* verbo utitur, & nobis non licet mutare verba legum, aut interdictorum: quin & si vel tantillum mutaverimus, deteriora fecerimus. *Deducere*, est prosequi ducentem, *ducere*, præire deducenti. Secundum autem interdictum exhibitorium, quod in hoc titulo proponitur, est de libero homine exhibendo, quod patri datur de exhibendo filio emancipato: matri etiam de B exhibendo filio, vel filia, ut in *l. 2. hoc tit.* quæ est scripta ad matrem, & marito plerunque adversus socerum de exhibenda, ac ducenda uxore, ut *l. 2. ff. de liber. exhibend.* & *l. 3. hoc tit.* quæ est scripta ad Evodium maritum, quod animadvertendum est. Et generaliter hoc interdictum datur cuilibet extraneo studioso tuendæ libertatis, si quis liber homo dolo malo ab alio retineatur, ut patri de filio emancipato, vel matri, quem alius retinet dolo malo. Est igitur quasi publicum interdictum, quia patet omnibus, *l. 3. §. hoc interdict. ff. de liber. hom. exhib.* Quod ita verum est, si ut Ulpian. ait in *d. l. 3. §. plane si dubitat.* si is, qui exhiberi desideratur, pro certo liber sit: sic loquitur Ulpianus, ut Sallust. *pro certo constat*. Nam si quæratur de statu, si controvertatur de statu hominis, puta liber sit, an servus, sicut *interdicto* C *de tab. vel liber. exhib.* non oportet præjudicium fieri quæstioni hereditatis, *l. ult. D. de tabul. exhib. l. pen. D. de lib. exhib.* secundum regulam *legis per minorem*, *D. de judic.* Et ut Quintilianus ait declam. 319. *de vita cogitari, de majori re prius quæri oportere*. Ita Ulpianus in *d. §. plane si dubitatur*, ait, *interdicto de libero homine exhibendo, cum de statu quæritur, non oportere præjudicium fieri alienæ cognitioni*. Et satis apparet eum vocare *alienam cognitionem*, cognitionem de statu hominis, sive cognitionem de liberali causa: quamobrem semper existimavi eo loci illud *alienæ*, esse proprium nomen legis de cognitione liberalis causæ. Nam & auctores limitum mentionem faciunt legis Alienæ, & apud Dionem in Vespasiano mentio fit *Alieni Vespasiano amicissimi*. Et in M. Tullii Divin. illo loco, *deinde, ut opinor, habet Alienum, Cæcilius scilicet*. Asconius Pedianus, D *quosdam alienum velle intelligi proprium nomen esse*, quod est verissimum: *quosdam non esse proprium nomen, sed significari alienum*, id est, *alterius judicii, non ex auditorio prætoris hominem*, quod nemo illius unquam probavit, sicut nec nos in *d. §. plane si dub.* ut *alienæ*, sit alteri cognitioni: nec enim alteri cognitioni per alienam unquam simpliciter vetatur præjudicium fieri, sed per minorem tantum majori, veluti de hereditate, de statu, de capite, de causa fiscali. Neque vero cum eo, quod ait ille *§. plane si dubitat (si de statu agatur, cessare interdictum de libero homine exhibendo)* quidquam pugnat *§. exhib. Instit. de interd.* qui prætorem ait, per interdictum jubere exhiberi eum: cujus de libertate agitur: quoniam hoc sic intelligi potest, cujus de libertate tuenda agitur, ne invitus ab alio retineatur, quem pro E certo constat esse liberum, nec negat, qui retinet, quia non facit ei controversiam status, vel etiamsi illa ejus §. verba, ut Theophilus, accipias de controversia status, quam facit is, qui tenet eum, quem in libertatem vindicare volo, hic erit sensus minime contrarius *§. plane si dubitat.* ut hujus judicii de liberali causa præparandi gratia absque præjudicio possim desiderare eum hominem exhiberi, vel actione ad exhibendum, ut probat *l. de eo, D. ad exhib.* vel hoc interdicto.

Finem huic operæ dabit quæstio hæc, *cur creditori non detur interdictum de exhibendo debitore, qui latitat apud aliquem, illo conscio?* Nam creditori denegatur hoc interdictum, *ex l. ult. §. ult. ff. de lib. hom. exhib.* Et vera ratio, ut opinor, hæc est, quia creditori adversus debitorem latitantem alia suppetunt remedia ex edicto prætoris, puta ut mittatur in possessionem bonorum debitoris latitantis, quo nihil potest esse gravius, & quia creditoris pecuniariter interest, id est, agitur de ære ejus. At interdictum de libero homine exhibendo non datur ei, cujus pecuniariter interest, *l. si liber, ff. ad exhibend.* datur cuilibet fautori libertatis civium, etiamsi quod homo liber ab alio retineatur, propterea nihil ei absit, atque adeo nihil ejus intersit, quod ad rem familiarem attinet non retineri eum hominem tanquam suum, quia non multum à servis distant, qui inviti retinentur. Denique hoc interdictum de libero homine exhibendo non juris sui, aut rei familiaris, vel pecuniæ tuendæ, sed officii tantum causa datur, *pour faire plaisir*, ut ait *l. 2. §. officii, ff. de interd.* non datur, quod pecuniariter intersit, sed quod hominis cujusque intersit, hominem beneficio affici, & mutua officia commeare inter homines, *l. servus, ff. de servis export.*



AD TITULUM IX.

DE PRECARIO, ET SALVIANO INTERDICTO.

In hoc titulo proponuntur duo interdicta restitutoria, Precarium, & Salvianum. *Precarium* est de re precario concessa restituenda ei, qui concessit. Precarium autem, licet sit gratuitum, sicut donatio, & commodatum, non tamen idem est omnino, quod donatio, quoniam donatio non revocatur, precarium revocatur. Eademque ratione non est idem, quod quæ *precariæ* dicuntur in jure Canonico, quæ non revocantur, *c. ult. ex. de prec.* Non est etiam idem, quod commodatum: Nam commodatum revocari importune non potest: Nec recte agis commodati, nisi tempori agas, ut si equum tibi commodavi, ut Romam ires, antequam eo Romam vectus fueris, eum tibi auferre non possum. At precarium quandocunque revocari potest, etiam importune, & intempestive: atque etiamsi concessum sit ad certum tempus, revocari ante illud tempus potest, *l. cum precario, ff. eod.* quoniam totum hoc, quod precario rogatur, conceditúrque, descendit ex liberalitate, & bona volentia, seu libidine ejus, qui precario concessit, *l. quæsitum, §. eum quoque, eod.* Itaque ex pœnitentia precarii repetitio est, sicut donati mortis causa, vel donati ob rem, alioquin non esset precarium, sed commodatum, à quo non licet pœnitere, à precario licet pœnitere, etiam statim. Et recte Decius in *l. in omnibus obligation.* & *l. contractus, de regul. jur.* reprehendit Panormitanum, qui in *d. cap. ult. de precar.* scribit, precarium ex pœnitentia illico revocari non posse, id est, statim atque concessum est, hoc est falsum, & alienum à natura precarii, qua liberalitate nulla est imbecillior, aut inconstantior. Revocatur autem precarium interdicto, quod precarium dicitur, quo tenetur etiam heres ejus, qui precario rogavit, & accepit, *l. 2. h. tit. d. l. quæsitum, §. ult.* Neque huic sententiæ obstat *l. cum precario, §. ult. ff. eod. tit. vel l. cum heres, ff. de divers. & temp. præscr.* quæ negant heredem ejus, qui precario rogavit, teneri interdicto precario: nam brevis distinctio rem expediet in hunc modum: heres ejus tenetur interdicto precario ex persona defuncti, ex sua persona, puta si in possessione permaneat, non tenetur interdicto precario, quia nullas ipse preces adhibuit, & precarium finitur morte ejus, qui precario rogavit, *d. l. cum precario, §. ult.* atque etiam morte ejus, qui precario concessit, *l. certa, in pr. ff. eod. tit.* Sed heres precarii possessoris, si post mortem ejus in possessione permaneat, tenetur interdicto de clandestina possessione: quoniam (ut ait eleganter Paulus 1. *Sentent. tit. de interd.* non precario, sed clam possidere videtur. Commodatum autem morte finiri commodatarii, vel commodantis non invenies, imo heredem commodatarii

ex sua persona, & ex suo facto teneri actione commodati, *l. pen. sup. de commod. l. in commodato, §. si ex facto, ff. eod.* Et præterea ex commodato nascitur ultro citroque actio civilis commodati, directa, & contraria, *d. l. in commodato, §. sicut.* Ex precario autem nulla nascitur civilis actio, ut patet ex *l. eum, qui §. is, qui precario, ff. de furt. l. interdict. ff. de prec.* Hac ratione, quoniam precarium magis accedit ad donationem, quæ non est contractus, nec obligationem constituit, quam ad commodatum, vel alium contractum: accedit ad utrumque, ideoque modo donatio, sive liberalitas, modo contractus dicitur in jure nostro, sed magis est donatio, revocabilis scilicet, non irrevocabilis, non directa, non simplex. Itaque deficiente actione civili ex precarii causa, & nulla interveniente stipulatione de re restituenda precario concessa, ex qua nascitur ex stipulatu actio civilis, B necessarium fuit dari interdictum de precario, quod tamen non datur ultro citroque, id est, mutuo: sed ei soli, qui precario concessit: existente actione civili, veluti ex stipulatu, qua tibi caverit is, qui precario dedit, non est necessarium interdictum precarium, *l. & habet, §. cum quis, ff. de pre.* Neque huic sententiæ obstant *l. 2. §. pen.* vel *l. duo, §. ult. eod.* quæ de interdicto etiam dant actionem præscriptis verbis, quam concedo esse civilem. Et his legibus ita respondeo: initio jure civili nullam fuisse actionem proditam de precario, propterea quod est magis simile donationi: sed postea ex constitutionibus cœpit etiam de precario dari civilis actio præscriptis verbis, hoc colore, quia ad aliquid est simile commodato, & civilis actio præscriptis verbis datur ex omnibus negotiis (quod notandum) quæ civilibus C negotiis, in civitate nimirum receptis, & usitatis, & proprium nomen habentibus adsimilia sunt, ut ex permutatione, quæ est similis emptioni, & quando res æstimata vendenda datur, quod negotium est etiam simile emptioni, & ex negotio do ut facias, quod simile locationi, & ex negotio facio ut facias, quod est simile mandato: quas similitudines non abs re notat semper, & observat, ut nos eodem exemplo observemus eas, ex eisque ducamus rationem dandæ civilis actionis præscriptis verbis, *l. naturalis, ff. de præscript. verb.* quoniam hæc actio non datur ex negotiis, quæ civilibus negotiis proprium nomen habentibus minime adsimilia sunt, ut non datur ex negotio facio ut des, quoniam nulli negotio civili nomine prædito negotium illud adsimilari potest: & datur tamen actio civilis præ- D scriptis verbis ex negotio, de quo in *l. si gratuitam, initio, ff. de præscript. verb.* agitur, eadem ratione, quia constitutiones eam actionem dedisse diximus, ex precario nimirum, quoniam simile est commodato. Et species *legis si gratuitam*, quæ maxime pertinet ad hanc rem hæc est: Si tibi gratuitam habitationem dedero, quod negotium Vivianus Jurisconsultus dicebat esse commodatum, & ex eo dari commodati actionem, ut refert *d. l.* atque etiam *l. 1. §. 1. ff. commod.* Alii dicebant esse donationem, aut precarium: nam sicut precarium, ut ante dixi, ita etiam gratuitæ habitationis concessio finitur morte ejus, qui concessit, & ejus, cui concessa est, *l. pen. ff. de cap. minut. l. Lucius, ff. de donat.* Itaque in re controversa dubitationis tollendæ gratia, *l. si gratuitam*, ait, ex ea causa, neque dandam esse actionem commodati, E ut Vivianus voluit, neque interdictum de precario, ut *l. & habet, §. 1. ff. de prec.* Sed tanquam ex proprio quodam, & novo negotio, simili tamen commodato, actionem præscriptis verbis. Et quod dixi ex constitutionibus, non jure civili proditam esse de precario civilem actionem præscriptis verbis, ut hæc dicerem movit me *l. 2. ff. de precar.* quæ ait, *illam actionem præscriptis verbis de precario ex bona fide oriri*: quibus verbis, ne cavillemur, proculdubio significatur, eam actionem esse bonæ fidei actionem, ut in *l. pen. sup. depos.* iisdem verbis idem significatur. Et palam id quoque edicunt Basilica ad *leg. 2.* in quibus ita est, ἔχει δὲ, &c. id est, *habet etiam, qui precario dedit, actionem præscriptis*

A *verbis, quæ est bonæ fidei*. Constitutionum autem est actiones facere bonæ fidei, ut constitutio Justiniani definivit, petitionem hereditatis esse bonæ fidei, constitutio Justiniani actionem ex stipulatu de dote fecit bonæ fidei actionem. Ergo tres sunt actiones præscriptis verbis, quæ sunt bonæ fidei, cæteræ strictæ. Quæ competit ex permutatione, & quæ de æstimato proponitur, ut est scriptum in *§. actionum, Institut. de actionib.* & tertia, quæ de precario competit. Sed non additur hæc tertia in *§. actionum*, quia minus frequentabatur, ut infrequens ejus mentio in titulo de precario indicat, cum totus sit de interdicto, duo tantum loci de ista actione. Denique de precario agebatur interdicto jure ordinario, jure veteri, vel instar interdicti actione utili extra ordinem, non ex constitutionibus actione præscri- B ptis verbis: quia & revera magis spectare debemus cui rei precarium sit similius: Et similius est donationi, ex qua non est civilis actio, quam commodato. His addam etiam aliud discrimen commodati à precario, quod usus introduxit, & opinio Doctorum tradit. Si rem meam, quam tibi per epistolam donavi, constituam me à te precario possidere, ea res à me tibi tradita intelligitur. Et hoc jure utimur. *Constitution de precaire vaut deliurance, argum. leg. quisquis, inf. de donat.* At si constituam eam rem habere, tanquam mihi à te commodatam, non utimur eo jure, ut intelligatur à me tibi tradita esse. Et tamen eadem intervenit ratio in commodato, quæ in precario, quoniam utroque genere ego desino mihi possidere, & incipio possidere tibi. Nec alia ratio differentiæ occurrit, quam quod *d. l. quisquis*, quæ reten- C tionem usufructus pro traditione habet in donatione, quæ tamen ipso jure non perficitur, nisi traditione naturali, seu corporali, vel mancipatione, vel cessione in jure, *l. 45. 7. C. Theod. de donat.* quod, inquam, *l.* illa *quisquis* non sit temere porrigenda ad alios similes casus: nam illud non semper obtinuit, ut retentio ususfructus haberetur pro traditione, ut ostendit *l. 8. Cod. Theod. eod. tit.* Et quod porrecta est ad constitutionem precarii, ad precariam possessionem, hoc usus induxit, & opinio hominum, quæ non est ausa idem trahere ad ullum alium casum. Et hoc in donationibus tantum: nam in venditionibus, vel permutationibus, vel similibus contractibus indistincte verum est, non tantum retentionem ususfructus, sed & retentionem rei, tanquam commodatæ, vel depositæ, vel locatæ, vel D precario concessæ, pro traditione esse, *l. quod meo, ff. de adquir. poss. l. quædam mulier, ff. de rei vind.* Denique in donatione, vel dote: nam & dos inter donationes numeratur, *l. ult. §. 1. sup. de donat. ante nupt.* in donatione, inquam, & dote, ut ait *d. l. quisquis*, non quælibet ficta traditio sufficit perficiundæ donationi: Sed retentio ususfructus tantum, quæ propius imitatur corporalem traditionem rei donatæ. At in alio contractu quælibet ficta traditio sufficit. Strictius semper acceptæ sunt donationes, quæ etiam plerumque fiunt imprudenter, & dissolute, ut non inscite Doctores nostri dixerint, *titulos de donation. & fidejussoribus*, esse fatuorum hominum. Nam & donationes insinuationem exigunt apud acta, quod alia negotia non exigebant. Et fuit certus donandi modus ex lege Cincia, & non po- E tuerunt donari omnia bona generaliter, imo nec portio bonorum, veluti tertia, aut quarta generaliter, sed singulæ res nominandæ erant, quod est prudenter constitutum in *l. 1. & 2. C. Gregor. de donat.* Nam & plerunque, qui uno verbo dicit: *Dono illi omnia bona mea*, vel, *dono partem tertiam bonorum meorum*, est stultus, & imperitus rerum suarum, & si forte rogetur, quæ bona habeat, nesciet expedire: denique nescit, quanti sint ponderis illa verba paucula, *Dono omnia bona*, vel *dono tertiam partem bonorum meorum*. Itaque sermone illo nihil agitur, nisi singulæ res nominatim exprimantur. Et præterea donatio non perficiebatur quolibet modo, sed traditione corporali, aut mancipatione solemni, quæ fiebat certis verbis in jure, libripende, & quinque testibus

præ-

præsentibus, vel cessione in jure, quæ erant traditiones civiles, & legitimæ. Et tandem placuit post aliquot controversias, ut perficeretur donatio, etsi donator retineret sibi usumfructum rerum donatarum, & ut retentio ususfructus cederet in vicem traditionis naturalis, neque alius fuit modus perficiendæ donationis ante Justinianum, qui sicut emptionem, etiam donationem voluit perfici nudo consensu, impleri traditione: sicut emptio perficitur nudo consensu, impletur rei traditione, & numeratione pretii: nuptiæ perficiuntur solo consensu, implentur concubitu. Alterum interdictum restitutorium, quod proponitur hoc tit. *Salvianum* appellatur, à Salvio Juliano forte auctore ejus, quod quid sit, breviter perstringam. Interdictum *Salvianum* est, quod locatori competit ad persequendam possessionem rerum conductoris pignori obligatarum tacite, vel specialiter, pro pensione prædii, *pour le lovage de la ferme*. Est etiam quoddam *quasi Salvianum* interdictum, quod cuilibet creditori competit ad persequendam possessionem rerum sui debitoris pignori obligatarum. Est igitur interdictum Salvianum, & quasi Salvianum, sicut est actio Serviana de rebus conductoris pignori nexis, & actio quasi Serviana, quæ & hypothecaria dicitur de rebus cujuscumque debitoris pignori nexis. Et inter has actiones, & illa interdicta hæc differentia proponitur in *l.* 1. *hoc tit.* quod Salvianum, vel quasi Salvianum interdictum detur tantum adversus conductorem, vel debitorem, quia scilicet omnia interdicta vi ipsa personalia sunt, *l.* 1. *§. pen. ff. de interdict.* Serviana autem, vel quasi Serviana actio datur adversus quemlibet possessorem pignoris, quoniam in rem actiones sunt. Et huic legi primæ nihil obstat *l.* 1. *ff. de Salviano interdict.* & quod Theoph. scribit in *§. interdict. quoque, Inst. de interd.* interdictum Salvianum dari etiam adversus extraneos possessores, adversus eum, qui emit pignora à conductore, vel debitore, quoniam *hæc lex* 1. intelligenda est de directo interdicto Salviano, quod datur tantum in personam. Illa autem *lex* 1. loquitur de utili interdicto Salviano, id est, concepto in factum, & in rem, quod non perperam intenditur eo modo etiam adversus extraneum possessorem. Et ita recte respondet Accursius hoc loco: Alias differentias inter hæc interdicta, & Servianam, vel quasi Servianam actionem explicabit *caput* 24. *Observat. quinta*.



AD TITULUM X.

DE ÆDIFICIIS PRIVATIS.

QUONIAM multa sunt interdicta de privatis ædificiis, ut interdictum quod vi, aut clam, quod est restitutorium, & tria interdicta de novi operis nuntiatione, quorum unum est restitutorium, alia duo redhibitoria, ut suo titulo ostenditur, & in *tit. de damno infec.* interdictum de tollendis ruderibus ædium collapsarum in alias ædes, *l.* 7. *§. ult.* Et interdictum de tollendis iis, quæ vi fluminis in aliena ædificia importata sunt, *l.* 9. *§. de his*. Propterea superioribus interdictis subjicitur titulus *de ædificiis privatis*, in quo potissimum agitur de statu, forma, & modo ædificiorum privatorum, & de refectione, & demolitione eorum, quæ bene intelligere profecto multum refert. Et statim quidem agitur in *l.* 1. de balneo privato, quod & privatum dicitur simpliciter in *l.* 13. *C. Th. de metallis*, & à Juliano Ascalonita apud Harmenopulum *titulo περὶ βαλανείου*, ut in Idiotismo, *le privè, ou les privez*, parti balnei attributo nomine totius: an scilicet is, qui balneum construit, ei possit ædificium superinstruere, qua de re dubitabatur, propterea quod Reipub. interest, ne quis male ædificet in civitate, ne quis re sua male utatur, *§. sed & major, Institut. de iis, qui sunt sui, vel alieni jur.* & ut in urbe ædificiis, quibus decoratur, sua constet firmitas, & virtus, quæ sine vitio permaneat ad vetustatem. Nec sane balneo aliter ædificium superponi potest, quam si servetur forma, & altitudo legitima ædificiorum, ut ait *l.* 1. Forma in baleno exstruendo hæc est, quod etiam lex notat, ut sit balneum concameratum, atque etiam ædificium, quod balneo superponitur. Concamerationes sunt firmiores, & diuturniores, quam contignationes, aut coaxationes, quæ plano pede fiunt, & operis suspensione ipsa. Concamerationes superiores minus onerant inferiora ædificia, & inferiores oneri ferendo aptiores sunt, maxime si uti oportet inferiores firmiores sint superiorib. ut Vitruvius præcipit libro VI. cap. ult. Cum hypogea, & concamerationes instituuntur, fundationes eorum fieri crassiores, quam in superioribus ædificiis futuræ sint structuræ. Et Galenus VIII. *de usu partium*, scribit de ea parte, quæ in nobis medium cerebri ventrem sustinet, concamerationis specie *testudines, sive concamerationes*, quas ψαλίδας vocat, *omnibus aliis ædificiorum formis longe multumque præstare in ferendis oneribus*. Altitudinem autem ædificiorum legitimam constat in urbe fuisse ex lege Julia 70. pedum, auctore Strabone in V. & ex constitutione Trajani 60. pedum, auctore Sexto Aurelio Victore in Trajano, quod recte Brissonius adnotavit. Atque etiam non tantum crassitudinibus (ut scribit Vitruvius V. cap. 1.) sed etiam altitudinibus superiora ædificia inferioribus fieri contractiora. Et hæc de quæstione legis primæ, cui similis est quæstio *l. statuas, sup. de religios. & sumpt. fun.* an sepulcbro, vel monumento liceat imponere statuas, vel alia ornamenta, veluti *coronas*, quas architecti vocant, aut tectoria: propterea quod hæc videntur esse aliena à structura lugubri. Et Athenis quoque, ut Cicero scribit 2. *de legibus*, non licebat sepulchrum opere tectorio exornatum habere, nec hermas, quo verbo significantur statuæ, ei imponere. Sed aliter constituitur in *d. l. statuas.*

Ad L. II. Negotiandi causa *ædificia demoliri, & marmora detrahere, edicto divi Vespasiani, & Senatusconsulto vetitum est. Cæterum de alia domo in aliam transferre quædam licere, exceptum est: sed nec dominus ita transferre licet, ut integris ædificiis depositis, publicus deformetur aspectus*.

Ad L. VI. Si quis post hanc legem *civitate spoliata, ornatum, hoc est, marmora, vel columnas ad rura transtulerit: privetur ea possessione, quam ita ornaverit. Si quis autem ex alia in aliam civitatem labentium parietum marmora, vel columnas de propriis domibus in proprias transferre voluerit: quoniam utrobique hæc esse, publicum decus est: licenter hoc faciat. Data similiter facultate etiam de possessione ornatum hujusmodi ad possessionem aliam transferendi, quamvis per muros, vel etiam per mediam civitatem ea transferri necesse sit: ita ut ea solummodo, quæ illata fuerint civitatibus, exportentur*.

Ad L. VII. Nemini columnas, *vel statuas cujuscunque materiæ ex alia, eademque provincia, vel auferre liceat, vel movere*.

EX *l.* 2. hujus tit. cum qua explicabimus *l.* 6. *&* 7. notandum est, Senatusconsultum, & edictum D. Vespasiani, ne quis ædificia, vel partem ædificiorum suorum, quod addere licet ex *l. ult. ff. de dam. infect.* vel villam ex *l. senatus, ff. de contr. empt.* demoliri possit promercii causa, id est, ut vendat marmora, columnas, statuas, tegulas, ostia, tigna, & aliam materiam per partes, quo genere plerumque plus acquiritur, quam si veneat solida domus. Sed senatusconsulto omnino prohibetur, alioquin eam rem fisco nuntiari, *l.* 1. *ff. de jur. fisc.* & fisco eo nomine inferri pœnam dupli, quod conficitur emptore, quanti emit materiam dirutarum ædium, ex toto, vel ex parte, & venditore similiter, quanti vendidit, tantundem inferente fisco, vel alterutro inferente totum, & ab altero repetente partem, ut *d. l. ult. & d. l. Senatus*. Videtur autem in *h. l.* 2. hoc jus tribui senatusconsulto facto secundum edictum, & auctoritatem D. Vespasiani: Nam edicta Principum plerumque sub-

sequebantur senatusconsulta; quæ idem decernebant, vel confirmabant, ut in *l. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tac. cont.* conjuncta *l. si ventri, §. 1. ff. de reb. auct. judic. possid.* At Spartianus hoc jus tribuit Adriano, atque etiam *l. cætera, de legat.* 1. quatenus consulum, qui in ea nominantur, nomina demonstrant, qui fuerunt sub Adriano. Et nihil vetat, ubi antiquioris constitutionis auctoritas cotemni cœpit, idem jus in novam constitutionem transire. Et Spartianus quidem hoc Adrianum constituisse scribit, ne domus antiquæ diruerentur, transferendæ io aliam urbem ullius materiæ causa. Et tamen hæc *l. 2.* simul ac *d. l. cætera, §. item quæri*, ex eodem SC. probat, ex alia domo in aliam quædam transferri posse. At bene quædam, veluti ornatus unius domus, hoc est, marmora, statuas, columnas, non etiam domum demoliri, aut partem domus totius, materiæ, aut partis io aliam domum transferendæ causa. Et rursus quædam transferri probat, non tantum intra eandem urbem, sed etiam ex urbe in aliam urbem, maxime labentium parietum, ut ait *l. 6. hoc tit.* Ornatus transferri possunt de domo nostra io aliam domum, æque nostram, non in domum alienam, vel ex rure, & villa nostra in rus, villamque aliam nostram, quod aperte proponitur in *l. 6.* Sed ei vehementer obstat *l. 7.* quæ vetat ex alia, vel ex eadem provincia columnas, vel statuas, quæ sunt ornatus, & cultus ædificiorum auferri, vel moveri: Dicere possis, translationem tantum ornatus labentium parietum permitti in *l. 6.* quoniam ita lex scripta est: Sed quæso animum advertite: quamvis *l. 6.* ita scripta sit, videtur etiam non labentium parietum ornatus ex mente legis transferri posse, quoniam labentium parietum, quod ait, exemplum unum est causæ, quæ nos impellat ad transferendum ornatum unius domus io aliam. Quo exemplo non excluduntur aliæ causæ, quæ nos ad idem compellere possunt. Exempla non finiunt rem. Alii dicunt, in *l. 7.* translationem columnarum, & statuarum eam tantum prohiberi, quæ fit promercii, non ornandarum aliarum ædium causa. Hoc alii dicunt, id est, vaticinantur, & divinant: Nam in *l. 7.* hac de re nullum verbum. Ac præterea ait lex, *auferre, vel movere*. Auferuntur, quæ detrahuntur, ut transferantur ex alio ædificio in aliud. Moventur columnæ, vel statuæ, quæ eruuntur ex officinis. Quæ vero est ratio, quæso, ne quas emi columnas, vel statuas à fabro, vel sculptore, loco moveam? sed tamen hoc, vel illo modo, quia non suppetit alius, hæc legum pugna utcunque nobis eludenda est, qui non laboraremus, si lex 7. esset integra: At non esse integram apparet ex *l. 1. C. Th. de indulg. debit. & l. 2. eod. C. de itinere muniend. & l. 15. eod. C. de cursu pub.* quæ habent eandem inscriptionem, & subscriptionem, eundem diem, & consulem. Et ex illis in inscriptione legis 7. est scribendum ad Avicianum, non ad Vicianum. Et invenio nominatim translationem marmorum, quam privati faciunt (quorum marmorum nomine, nemo negavit, significari non tantum rudem, & infectam materiam, sed etiam factam, puta columnas, vel statuas marmoreas) Eam, inquam, translationem nominatim permitti in *d. l. 15.* Et hoc tantum ea *l.* prohiberi, ne ad transferenda marmora privatorum in civitatibus, vehicula, vel jumenta provincialium (quæ vocant parangarias, & paraveredos, *chariots ou bestes, qui portent charge*) Ne igitur ad transferenda marmora privatorum vehicula, aut jumenta provincialium in civitatibus *ad canalem*, commoveantur, addita ratione, quod non sit æquum, otiosis ædium cultibus (quibus verbis notat columnas, & statuas) provincialium patrimonia lacerari. Ut igitur privatus sua marmora transvehat suis vehiculis. Et *Canalem* vocat ea lex viam publicam, ut *l. 2. C. Theod. de curios.* & in Synodi Sardic. *can. 21.* ἐν ταῖς παρόδοις, ἤτοι κανάλιῳ, *in viis*, inquit, id est, *in canali*. Apulejus 6. Metamorph. *Jam canalem directo perges ad ipsam Orci regiam*, & lib. 9. *Propellor ad incurva spatia flexuosi canalis*. Verum, ut reliqua exponam, quæ sunt in *l. 6. hoc tit.* per eam legem non licet ex urbe ad rura transferre cultus, sive ornatus ædium; alioquin villa, quæ ruri spoliis urbis exornata est, publicatur ex *l. 6.* Ex rure ad rus transferre licet: ex urbe ad rus non licet. Quid ergo (nam & hæc quæstio definitur in *l. 6.*) si dum ornatus quidam ædificiorum ex rure transferuntur in rus, transeant per urbem aliquam, utrum dicemus ex urbe illa, illos ornatus, an ex rure transferri? quod multum refert: Nam ex urbe non licet, ex rure licet. Quod merito lex ita definit, ut non spectetur locus, qua transeunt, sed locus, quo primum moti sint. Cavendum tamen esse ait (sed obscure) ne in transitu urbis iis, quæ vehuntur ex rure, sumpta ex urbe, qua transitur, ornamenta quædam ædium admisceantur in fraudem legis. Et hæc est sententia legis sextæ. At quod Spartianus scribit generaliter Adrianum statuisse, *ne ædes aliquæ diruerentur transferendæ in aliam urbem ullius materiæ causa*, verum est, sive demolitis ædibus transferre, quis eam velit io aliam urbem negotiandi, sive ædificandi gratia, & non tantum, si in aliam urbem, sed etsi io eadem, ne urbs ruinis deformetur, quæ est præcipua ratio SC. & frequens in jure, *l. prætor, §. hoc interdict. ff. de novi oper. nunt. l. 2. si quis nemine, l. ult. ff. ne quid in loco publ.* Nec alia ratione ex urbe in urbem ornatus ædium transferri possunt, quam quod (ut ait *l. 6.*) utrobique hos ornatus esse publicum decus sit, sive io hac, sive in alia urbe sint. Denique, ut nos leges præmiis hortantur ad extruenda ædificia in civitatibus, veluti Latinis libertis dato jure Quiritium, si in urbe domum ædificaverint, ut Ulpianus scribit *libro Regularum, titulo de Latinis*: ita pœnis propositis deterrent nos à demolitione ædificiorum, quia ad decus urbis pertinet, & conservari vetera ædificia, & non everti, & construi nova.

Ad L. III. An in totum *ex ruina domus licuerit, non eandem faciem in civitate restituere, sed in hortum convertere, & an hoc consensu tunc magistratuum non prohibentium, item vicinorum factum sit: præses probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet.*

Ad L. V. Si is, contra quem *præses fundis, sciens, prudensque soli partem ad te pertinere, non quasi socius, vel collega communis operis sollicitudini, solidam balneorum exstructionem ea mente, uti sumptus pro portione tua non reciperet, aggressus est, sed ut totius loci dominium usurparet, & collapsum balneum refabricare enisus est: cum ædificia, quæ alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensæ his, qui improbe id fecerint, restitui debeant: antiquo D. Adriani edicto, præses provinciæ memor juris publici in dirimenda disceptatione legum placita custodiet.* (†)

Ad L. X. Per Provincias *Mesopotamiam, Osdroenam, Euphratensem, Syriam secundam, Phœniciam, Libanensem, Ciliciam secundam, utramque Armeniam, utramque Cappadociam, Pontum Polemoniacum, atque Hellespontum, ubi hoc magis desideratur, cæterasque provincias cunctis volentibus, permittatur murali ambitu fundos proprios, seu loca sui dominii constituta vallare.*

Dixi nudiustertius de edicto D. Adriani, quod & Vespasiano tribuitur, & SC. confirmatum est, de non destrendis ædificiis promercii causa. Dicam hodie de alio edicto D. Adr. juxta legem 5. *hujus tit.* quod etiam D. Marco tribuitur in *l. cum duobus, §. idem respondit, ff. pro soc.* & S. C. etiam confirmatum fuit de ædificiis ruina collapsis, vel incendio consumptis, quæ domini restituere, & reficere negligunt, ubi primum hæc occurrit distinctio ædificiorum: Aut ædificium unius proprium fuit, aut commune duorum, vel plurium. At utroque casu domino, vel dominis non reficientibus ædificium, jus commune hoc est, ut si Resp. publico sumptu, vel privatus id reficiat suo sumptu, domino, vel dominis dentur 4. menses ad sumptum restituendum instauratori cum usuris legitimis, ut *l. ad curatoris, §. 1. ff. de damno infec.* quoniam eo nomine eum, vel eos Resp.

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 1.*

Resp. vel privatus obligatos habet ad restitutionem sumptuum, quasi ex negotio gesto, & quidem cum privilegio exactionis, & tacita hypotheca ædificii in integrum restituit: Namque oratio D. Marci in *d. §. idem respondit*, dicitur, præfinisse illos 4. menses sumptibus instauratori restituendis: eadem quoque (ut opinor) simul ac S. C. quod eam consequutum est, dedit instauratori tacitam hypothec. Et duobus casibus ex eodem SC. facto auctore D. Marco, proditis in *l. 1. ff. in quibus cauf. pig. vel hypoth. tac. cont.* hic est primus casus, si quis pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi domino mutuam dederit: & si quis, hic est secundus, domino mandante redemptori, *celuy qui a pris à bastir*, id est, qui conduxit ædificium exstruendum, nummos subministravit: iis, inquam, duobus casibus addam tertium, si quis cessante domino, ultro suis sumptibus ædificium restituerit: Nam invenio hunc etiam habere privilegium exigendi, id ast, privilegium in repetitione sumptus, *d. §. idem respondit*: sicut & illi habent privilegium exigendi, qui pecuniam crediderunt, vel subministraverunt, *l. si venteri, §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid. l. creditor 2. ff. de reb. cred. l. 1. ff. de cessione bonor.* Cum igitur ob caussam refectionis ædium ii tres habeant privilegium in exigenda impensa refectionis, verisimile est etiam, non illis duobus tantum, sed & huic tertio datam tacitam hypothecam ex eadem oratione, & senatusconf. quoniam in his omnibus par utilitas, & ratio subpar intervenit. At si intra illos 4. menses dominus instauratori non restituat sumptus numerandos à consummatione ædificii novi, dominium ædificii ipso jure transfertur in Rempublicam, vel in eum, qui id suo sumptu restituit, ut & ab eo vendi possit, *d. l. ad curatoris*, §. 1. Et hoc casu, qui est maxime notandus, dominium rei alienæ ipso jure mutatur, & transfertur in alium sine facto domini, id est, ex oratione illa, quæ dominium dedit, & senatusc. hoc est jus commune orationis, sive edicti D. Marci, & Adriani, imo & Vespasiani, his omnibus principibus auxilia quærentib. deformitati urbium, quam creant labes ædificiorum, & ruinæ, sicut & priore illo edicto hoc quæsierunt de non diruendis ædificiis negotiandi causa. Et hoc quidem de Vespasiano ita scripsit Svetonius, *Deformis*, inquit, *urbs veteribus incendiis, & ruinis erat, vacuas areas occupare, & ædificare, si possessores cessarent, cuicunque permisit*. Et Sextus Aurelius Victor: *Romam*, inquit, *deformem incendiis veteribus, ac ruinis reparavit, permissa, si domini deessent, volentibus ædificandi copia*. Dixi hoc jus esse commune, quia possunt esse aliæ leges municipiorum quorundam, aut consuetudines propriæ, ut cujus sit mentio in *l. 3. hoc tit.* cum qua est conjungenda *l. 1. sup. de interdictis*, ut ibi dixi, & (quod nondum dixi) vel maxime *l. 1. inf. quæ sit longa consuetudo*, quæ incipit ab extremis verbis *h. leg.* Ideoque ex hac *l. 3.* & ex *l. 1. sup. de interdictis*, inscribenda est illa *l. 1. inf. quæ sit longa consuet.* non Apro, ut vulgo, sed Evocato. Hæc autem est sententia *l. 3.* utrum is, cujus domus in municipio corruit, cogatur eam in eadem specie, & qualitate reponere, ut vult *l. 8. hoc tit.* an quandoque possit eam in aliam speciem, vel faciem commutare, veluti in hortum, aut viridarium, aut stabulum. Et ait, *hoc æstimare præsidem provinciæ ex consuetudine municipii*, id est, consensu magistratuum municipalium, qui fortasse non impedirent, quo minus eam in aliam faciem commutet, ex vicinorum etiam consensu forte, quoniam domus ruina collapsa eorum ædibus debuit servitutem oneris ferundi: quo jure vicini eum cogere possunt, ut domum restituat in pristinum statum, quæ ferat onera ædium vicinarum, *l. etsi forte, §. etiam, ff. si servitus vind. l. eum debere, ff. de servit. urb. præd.* Et hac in re (ut demonstrat *l. 3.*) taciturnitas consensum imitatur, id est, qui non prohibet, consentire videtur: silentium pro consensu est. Alia est lex municipalis, cujus fit mentio in *l. ult. inf. de jur. Reip. lib. 11.* quæ ast proxima juri communi, ut scilicet nemine reficienta in municipio, vel oppido ædes ruina convulsas, respub. possit suo jure

A aream distrahere, ut interpretor, reficere volenti, atque ita ut area dominio cadat, qui in eadem specie, & qualitate ædificium non reponit. At, ut de jure communi aliquid amplius dicamus, videamus quid sit dicendum, si ædes communes inter me, & te corruerint, vel deflagrarint, & ego velim eas reficere, tu nolis, aut rem trahas nimium: possum quidem extra ordinem te cogere, ut ad refectionem pro tua parte sumptum conferas: Sed non est necesse, ut ait *l. 4. hoc tit.* quoniam scilicet suppetunt mihi multa alia remedia ordinaria, & illud in primis, quod est præstantius, & utilius mihi ex oratione, sive edicto D. Marci, vel Adriani, ut ego solus meis sumptibus ædes restituam, & post restitutionem, sumptus à te repetam pro portione tua cum usuris centesimis, ut ait *l. 4. hoc tit.* intra menses 4. intra quos si non solvas sum-
B ptus refectionis pro portione tua, post quatuor menses, ut ædes mihi habeam proprio, & solido jure, tanquam proprias, extincta communione. Atque ita idem juris est in parte, quod in toto, ut sive cessaris interpellatus in parte reficienda, quæ tua est, sive in toto ædificio, quod tuum fuit, & cujus area tota tua est, à te dominium in eum transferatur, qui refecit, post quatuor menses, *d. §. idem respondit*. Et quod ait lex 4. cum usuris centesimis, id sane est ex oratione D. Marci, quo tempore centesimæ usuræ in omnibus casibus erant legitimæ usuræ. Sed & hoc casu proposito, ut admittamus hodie, centesimas usuras constitutio Justin. non patitur, id est *Leos, sup. de usur.* ex qua paucis admodum casibus usuræ centesimæ legitimæ sunt, non isto casu, de quo agitur. Qua de causa etiam Tribon. in *d. §. idem respondit*, ma-
C luit scribere, *certis usuris*, & in *d. l. ad curatoris*, usuris simpliciter, puta trientibus, aut semissibus secundum Just. constitutionem: sed in *hac leg.* 4. Tribon. vestigium illius juris antiqui reliquit improvidus. Verum ad hæc notandum est, hoc remedio orationis D. Marci, uti socium, qui solus ædificavit communi nomine socio interpellato, & cessante. Item hoc remedio etiam uti eum, qui non in communi, sed in alieno solo reædificavit, domino scilicet interpellato, & cessante, nec curante decus urbis, ex permissu juris communis. Hos, inquam, hoc remedio uti, ut recipiant impensas, quas fecerunt pro portione socii, & in reædificando, vel in solidum si reædificaverunt, non in communi, sed in alieno solo secundum orationis formam, quoniam ii recte; & jure ædificaverunt: at qui sciens solum esse commune inter
D eum, & alium, in eo mala fide ædificavit tanquam dominus in solidum, non utitur beneficio orationis, ut recipiat impensas pro portione socii secundum formam orationis, sed tamen habet retentionem ædificii, quoad solverit socius id, quod ob eam rem, id est, ob ædificium restitutum locupletior factus est, vel condictionem habet retentionis, condictionem incerti, si per errorem retentionem omiserit. Ergo, ut magis probem hoc esse verum, idem etiam est dicendum in eo, qui non in communi, sed in alieno solo tanquam suo mala fide ædificavit, non convento domino, nec cessante: nam is non utitur beneficio orationis, non superat dominum ædificii, domino non reddente sumptus intra quatuor menses, sed tantum per retentionem, aut condictionem retentionis, ut dixi ante, impensas servare potest, quibus
E dominum locupletiorem fecit, si dominus solvendo sit. Et ita accipienda est *l. 6. §. sed & si quis, in fine, ff. de negot. gest.* vel si dominus solvendo non sit, tollere potest ædificium, quod posuit in alieno solo, ut ait Julianus, *ff. de rei vindic. l. domum, C. eod.* quod, ne fallamur, non est concedendum indistincte, ut possit deponere ædificium, quod posuit, & secum asportare materiam, nisi cum in agro ædificium posuit: nam si in civitate, vix patietur Resp. deponi, quod inædificatum est, quia hoc pertinet ad decus urbis. Et hoc maxime velim vos adnotare ad *d. l. Julianus*. Et modo superioribus hoc addamus tantum, præter beneficium illud orationis D. Adriani, ei, qui bona fide, & jure ædificat in solo communi, cui initio dixi suppetere multa remedia ordinaria,

gia, dari etiam actionem pro socio ad hoc, ut consequatur quanti interest sua, *d. §. idem respondit*, & actionem communi dividundo, *l. si ædibus*, *ff. de dam. infect.* & interdictum uti possidetis, *l. si ædes*, *ff. comm. divid.* Et nihil vetat quin is, qui plures actiones habet, leviore confligat. Gravior in hac causa est actio ex oratione D. Adriani, propterea quod dominium ædificii transfertur: levior actio pro socio, vel communi dividundo, vel uti possidetis. Licet cuilibet leviore judicio confligere, si velit, omisso graviore, ut is, qui in raptorem manifestum habet actionem furti manifesti, quæ est gravior, potest, si velit, eligere actionem bonorum raptorum, quæ est levior. Et similiter creditor, qui potest bona creditoris latitantis distrahere, quod debitori irrogat infamiam, non vetatur conservandæ famæ illius gratia ea distrahere per curatorem, non per se, quoniam distractio, quæ fit per curatorem bonis vendendis, videtur fieri honeste per ipsum debitorem, *l. cujus*, *ff. de cur. furios.* Idemque is, qui agit in rem si velit, desiderabit reum condemnari duntaxat quanti res est, non quanti ipse in litem juravit, *l. quod si possessor*, *C. de rei vind.* Nec omittam, quod est in *l.* 10. id est, quod ex ea colligi potest, non passim omnibus permitti fundos suos cingere muris, uno verbo, *munire*: quoniam ea *l.* hoc permittit tantum in provinciis quibusdam, quas enumerat magna ex parte, quæ sunt Provinciæ Orientis, & Ponticæ Diœceseos, ubi magis hoc desideratur, ut scilic. fundi muris cingantur, videlicet propter prædonum, aut hostium incursiones crebras: διὰ τὴν τῶν βαρβάρων ἐπιδρομὴν. Et quod ait *l.* 10. cæteras provincias, intellige provincias, non orbis Romani, sed Orientis Diœceseos, vel Ponticæ. Nam & alias plures, quam enumeret fuisse harum diœceseon provincias demonstrat notitia Rom. Imperii.

Ad L. IX. Si cui loci proprietas *ædificandi juxta publicas ædes animum dederit: is quindecim pedum spatio interiecto inter publica, ac privata ædificia, ita sibi noverit fabricandum, ut tali intervallo, & publicæ ædes à periculo vindicentur, & privatus ædificator velut perperam fabricato loco, destructionis quandoque futuræ non timeat detrimentum.*

QUæstio hodierna, quæ dabit finem huic titulo, est *de legitimis intervallis ponendorum ædificiorum*. Et primum is, qui in suo solo ædificat propius ædes ædificiave publica ex *l. 9. hujus tit.* debet intermittere intervallum 15. pedum ex omni latere, ex quatuor lateribus, ut ait *l. 38. C. Th. de oper. publ.* alioquin si non intermiserit tot pedes, ædificium, quod posuit, deponitur, & dejicitur solo tenus, quia illicite ædificavit: illicite ædificata, dirui constitutiones jubent, l. 11. *§. si quis illicite*, *de legat. 3.* Et ratio hujus l. 9. non est alia, quam ut ab ædificiis publicis absit periculum incendii, quod plerunque originem capit à vicino ædificio. Et hæc etiam ratio in considerationem venit in *l. 4. C. Theod. de oper. pub.* Et ita legem 12. tab. quæ vetat rogum, bustumve novum propius 60. pedes adjici ad ædes alienas invito domino, hoc voluisse propter metum incendii M. Tull. scribit 2. *de ll.* Et de illo legitimo intervallo 60. pedum, ut opinor, est intelligenda l. 3. *§. 1. de mortuo infer.* Ex qua etiam intelligimus in 12. tab. invitum dominum dici, qui prohibet, & palam contradicit. Nam is, qui scit, & tacet, consentire videtur.

Ad L. XI. Mæniana, quæ Græco *vocabulo ἐξώστας, appellant, sive olim constructa, sive in posterum in provinciis construenda: nisi spatium inter se per 10. pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncentur. In his vero locis, in quibus ædificia privatorum horreis publ. videntur objecta obstructione Mænianas 15. pedum intervalla serventur. Quem intercapedinis modum ædificaturis quoque proponimus, ita ut si quis intra definitum spatium, id est, 10. pedum mensuram ædificare, vel intra 15. pedum Mæniana possidere tentaverit, sciat non solum fabricata demolienda, sed etiam ipsam domum fisco nostro adscribendam.*

EX l. 11. Mæniana, & alia ædificia, quæ in civitatibus construuntur à privatis hominibus, quærunt inter se intervalla 10. pedum, ut sint alia ab aliorum vicissim ruina, & fortuito incendio tutiora, & ne etiam officiant domino apricanti in sole, vel spectanti e Mæniano, quod plerunque etiam porrigitur extra ædes spectandi tantum causa. Item si quis propius horrea publica Mæniana adjiciat, ut intermittat spatium 15. pedum, alioquin Mænianum, quod exædificavit, diruitur, & domus, ex qua Mænianum projectum est, non intermisso legitimo spatio, publicatur. Et observandum est l. 11. non tantum inter Mæniana, sed etiam inter ædificia quælibet privata velle relinqui vacuum spatium 10. pedum, quod & Leon. Phil. Nov. ult. probat, & lex Burgund. ex hac ipsa l. 11. his verb. *De servitute luminis, vel aeris similiter constitutum, & inter privatorum fabricas* 10. *pedes, inter publ.* 15. *intermittantur secundum legem Theodosii*, id est, secundum hanc leg. 11. *& inter publicas*, sic exaudire oportet, inter publicas, & privatas fabricas. L. 12. tab. inter ædificia privata auctore Festo intermitti satis habuit spatium 2. pedum, & sem. quod vocavit sestertium pedem, ut scrib. Metian. JC. *in libr. de Asse*. Et ita proculdubio legitimum spatium accipitur in *l. Impp. de serv. urb. præd.* dum ait, *dominum, vel alium voluntate domini posse ædificare in area, quæ luminum servitutem debet*, ut emendavi, *intermisso legitimo spatio, à vicina insula*, id est, *sestertio pede*: Nam multum interest prædium debeat vicino *servitutem luminum*: an servitutem *ne luminibus officiatur*: Nam si debeat area, vel domus servitutem ne luminibus officiatur, dominus non potest in ea ædificare, aut superædificare invito vicino, cui debetur servitus ne luminibus officiatur. At cum debetur vicino servitus luminum, id est, ut possit intromittere fenestram suarum ædium in meas ædes, ut ego excipiam lumina à fenestris vicini, non ideo ego prohibeor ædificare in meo, *l. 3. de ser. urb. præd.* Et ita *d. l. Impp.* ait, etiam in area, quæ luminum servitutem debet (quod faciebat dubitationem) dominum ædificare posse, dummodo intermittat legitimum spatium à vicina insula, quod (ut dixi ex 12. tab.) est duorum pedum, & semis. At ex h. l. 11. est 10. pedum. Et pertinet hæc intervallorum definitio non ad domos contiguas, quales hodie videmus esse in civitatibus, nullis distinctas intervallis, sed pertinet ad insulas, id est, habitationes variis locis sparsas, nec junctas cum vicinis. Et spargi pluribus locis est tutius propter incendia. Et talia olim in urbe, & in aliis civitatibus erant ædificia fere omnia publ. & privata, & non tantum, quæ dicebantur insulæ, sed etiam, quæ dicebantur domus, quod maxime notandum est: Nam differentiam esse inter insulas, & domos, manifesto constat ex Publii Victor. *lib. de region. urbis*, *& ex descr. urb. facta sub Arcad. & Honorio*, quæ præposita est incerto auctore Notitiæ Rom. Imp. in qua numerantur per totam urbem insularum quadraginta sex millia, & sexcentæ duæ, domus autem 1708. Id etiam liquet ex *lib.* Sexti Rufi *de reg. urbis*: in quo multo plures numerantur insulæ, quam domus: quamobrem & in *ff.* forte crebrior mentio insularum, quam domuum. Et videntur insulæ fuisse vulgaria, & gregaria domicilia, domus, ædes nobiliores, & magnificentius extructæ, ut in region. urb. Exquilinæ, S. Rufus & Publ. Victor ponunt, domum Aquilii JC. quem etiam Plin. *lib.* 17. ait, *illa domo propter pulchritudinem, quam juris scientia fuisse clariorem*. Quot sunt etiam hodie Lutetiæ advocati, qui domo, quam juris scientia clariores sunt, imo affectant habere pulcherrimas ædes, ut pelliciant clientes. In eadem regione ponunt iidem auctores domum M. Crassi, & Q. Catulli, ut idem Plin. sup. dicto loco, *Marci Crassi fuisse magnificam, Q. Catulli aliquanto præstantiorem, sed multo pulcherrimam Aquilii jurisconf.* Domus igitur non sunt, quod posset quis prima specie existimare, quæ

sunt

sunt contiguæ ad differentiam insulatum, quæ non erant cotioguæ ad differentiam insularum, quæ non erant splendidissima palatia principum civitatis. Observandum autem est l. 11. tantum loqui de Mænianis constructis in provinciis, nimirum quia priscis legibus in urbe Mæniana fabricari prohibitum fuit: sicut & Rex Franciscus edicto jussit in claris civitatibus sui tegni dirui Mæniana. Et hoc ita scriptum reliquit Ammian. Marcellin. *lib.* 27. *Priscis legibus*, *Mæniana in urbe fabricari non licuisse*, *& sub Valent. Prætextatum præfectum urbi substituisse omnia*. Neminem autem ignorare arbitror, *Mæniana* esse projectiones ædium in publicum ita protensas, ut ousquam requiescant, quam etiam l. 12. hoc tit. quæ constitutio Zenonis Græca, vetat usquam requiescere, nec scilicet imponantur parietibus, aut columnis, atque ita impediant libertatem aeris publici. Qua in parte l. 12. non est legendum, ut legunt omnes, *κατὰ κάθετον*, id est, *ad perpendiculum*, sed ex Harmenopulo legendum est, *κατ᾽...*. Et ait *d. l.* 12. Mæniana Græce appellari *ἐξώστας*, quod ego Græcum verbum restitui primus, & restitui etiam volo apud D. Hieronym. in Ezechielem capit. 41. *ἐξώστας*, inquit, *Romæ appellant solaria de cænaculorum parietibus eminentia*, *sive Mæniana ab eo*, *qui primus invenit*, *quæ nonnulli Græcorum ἐξώστας vocant*, *desideratur verbum Græcum in vulg. editione*. Est elegans locus Varronis, apud Nonium: *Ad focum*, inquit, *hyeme*, *ac frigoribus cœnitabant*, *æstivo tempore in propatulo*, *rure in corte*, *in urbe*, *in tabulino*. Et sequitur, quod perperam quidam etiam arbitrantur esse Varronis, cum sit interpretatio Nonii ab verb. (*tabulino*) *quod Mænianum intelligere possumus tabulis fabricatum*, quæ est prava interpretatio: Nam rectissime Festus, *Tabulinum*, *vel tablinum locum esse proximum atrio*, *in quo antiqui magistratus in suo imperio tabulas rationum suarum conficiebant*. Quod & Vitruv. confirmat, lib. 6. *ca.* 4. Sed ut paucis dicamus sententiam de illa constitutione Zenonis, id est, de l. 12. hujus tit. est ea constitutio de servitutibus, ut Justinian. ait in *l. pen.* quam vulgo male faciunt l. ultimam, quod notandum, & deinde subiiciunt *tit. de novi operis nuntiatione*, qui circumscribendus est: Nam constitutio posita sub ficto illo titulo, est lex ultima nostri tituli, cujus inscriptio hæc esse debet, *Idem Augustus*, ut intelligatur alia esse constitutio Justiniani, denique duas esse, legem penultimam, & ultimam. Et in *l. pen.* constitutionem Zenonis, quæ pertinebat tantum ad Constantinopolim, Justinianus porrigit ad provincias omnes, ut in omnibus provinciis servetur is modus ædificiorum, quem Zeno constituit in urbe Constantinopolit. & ait eam constitutionem Zenonis esse de servitutibus, luminis scilicet, & prospectus, & de omnibus servitutibus: Nam brevis, aut præcipua sententia legis hæc est, ut qui domum restituere volet, & luminibus, vel prospectui vicini officere, aut ex pacto, vel ex stipulatione, vel usu longo constitutam habeat servitutem luminibus, vel prospectui vicini officiendi, aut ut servet formam, & statum ædificiorum antiquorum, ut in *l. qui luminibus*, *D. de servitut. urb. præd.* puta ut non excedat modum usitatum, modum legitimum altitudinis, nec mutet formam, vel usum structuræ, aut fenestrarum, è quibus prospicitur, vel lumen admittitur: vel etiam, ut intermittat à vicina insula, vel domo spatium 12. pedum, Zeno in hac l. 12. in Mænianorum positione contentus est 10. pedibus, ut *l.* 11. in positione ædificiorum, quæ obstruent luminibus vicini, vel officient prospectui exigit 12. pedes, aut si vicino auferatur prospectus maris, quo nullus est pretiosior, exigit centum pedes, quod à Justiniano confirmatur in *Nov.* 63. *&* 165. Et observanda est differentia, quam Zeno facit inter *fenestras*, quæ fiunt *luminis*, & eas, quæ fiunt *prospectus causa*: Nam in jure facimus differentiam inter lumen, & prospectum: lumen ingreditur, prospectus egreditur: lumen est, ut cœlum videamus, prospectus, ut terram, maria, nemora, flumina, *l. lumen*, *de servit. urb. præd.* Et ita jus fenestræ habendæ, vel est servi-

A tus luminis, vel servitus prospectus: habendæ, inquam, adversus vicinum. Hoc autem vult l. ultima, ut si vicinus vicino ædificanti nuntiet novum opus, ut fit etiam hodie frequenter, quæ nuntiatio inhibet opus, quoad probaverit sibi jus esse ædificandi, aut nuntiator, jus sibi esse prohibendi, vel is, qui cœpit ædificare, satisdederit de ædificio diruendo, si judicatum contra eum fuerit. Denique res hoc ordine procedit ex *l. ult. hoc tit.* confirmato *c. pen. & ult. extra*, *de novi operis nunt.* ut is, qui nuntiat novum opus vicino ædificanti, aut molienti ædificationem, si offerat cognitionem, id est, si litigare paratus sit, & adire prætorem cogniturum ea de re: si dicat *veto*, *ne ædifices*, *& hodie constet an possis ædificare*, *hodie agamus*, *& eamus in jus*: tum desistere debet ab opere, & sequi forum, sequi litem in-
B stitutam à nuntiatore, quæ tamen celeriter definienda erit, nimirum intra tres menses, id est, intra tres menses prætor statuet, nuntiator habuerit jus nuntiandi, necne: & intra illos tres menses, is, cui facta est nuntiatio, impune non ædificabit. Sed si ea cognitio aliqua ex causa protrahatur ultra tres menses, statim potest ædificare præstita satisdatione de opere demoliendo, si judicatum fuerit, sibi non esse jus ædificandi. Et ita si exponatur *lex ult.* non obstabunt pleræque leges, de quibus hic Accursius tractat *tit. D. de novi operis nunt.* quæ satisdanti de opere restituendo mox ædificare permittunt: Nam hoc ita verum est, si nuntiator non offerat cognitionem: Nam si offerat, expectandi sunt tres menses, antequam possit oblata satisdatione continuare ædificium, quod instituit.

C



AD TITULUM XI.

DE OPERIBUS PUBLICIS.

HODIE explicabimus titulum 11. & 12. nam & duodecimus est pars undecimi, & constat tantum una lege. Est autem undecimus *de operibus publicis*. Sunt etiam de operibus, & locis publicis interdicta quædam, *l.* 1. *§. quæ sunt*, *de interdict. l.* 1. *§. nuntiatio*, *de novi operis nunt. & in tit. de loco publ. fruen.* Et nominatim in *l.* 3. *hoc tit.* prætoria, in quibus scilicet, judices habitant, vel jus dicunt,
D & domus publicæ: & in *l.* 19. porticus, & angiportus jubentur à privatis possessoribus, qui ea loca usurparunt, juri, & possessioni, sive usui publico vindicari: quod utique fiet per generale interdictum de restituenda possessione non jure occupata. Et illo loco (quod nescio an literatores sciant) *angiportus* vocat vicos urbis, sive vias publicas, quas etiam *στενωπούς* in *l.* 12. *tit. prox. sup.* & aggeres publicos, & canales publicos. Et Dio 58. cum Vespasiano, qui postea fuit Imperator, cum erat Ædilis plebis, tribuit *ἐπιμέλειαν τῶν στενωπῶν*, nihil aliud intelligit, quam curam verrendarum viarum, quæ ædili incumbit, *ut constat ex titulo D. de via publica*, *& si quid in ea factum erit*. Et nominatim Svetonius *de eodem Vespasiano* idem, quod Dio scribit: *cum*, inquit, *Vespasianum Ædilem Cajus Cæsar succensens pro-*
E *pter curam verrendis viis non adhibitam*, *luto oppleri jussisset*. Ergo viæ publicæ, & *στενωποί*, sive angiportus, idem sunt: quod ego ante hunc diem nesciebam. Præterea ex *l.* 5. *hujus tit.* recte dicam dari posse interdictum de opere restituendo, id est, demoliendo, quod illicite ædificatum est in foro, vel in palatio: ut in *l.* 16. vel in alio quocunque loco publico, contra ornatum, & commodum, & decorem faciem civitatis, vel si quid in portis, aut muris civitatis, ut in *l.* 2. *ne quid in loco sacro fiat*, ut si qua parapessia adiiciantur muris, vel aliis operibus publicis: *παραπέσια* (quod nomen ego restituo in *l.* 13. *hoc tit.* sunt ædificia, quæ vulgo *parapessia* nuncupantur: Nam in Basilicis est *parapessia* per *ι*, sed scribas per *η*, ut sit *parapessia*, quod est, applicita, seu ad-

ficta

A ficta operibus publicis ; *des apentis* . In Codice Theodos. est *παραστάδια* , quasi, adtensa: sed non propter Codicem Theodos. mutemus verbum illud in *l.* 3. utrumque dicamus esse rectum, & vulgare verbum. Et etiam *parapessia* , quæ adhærent muris civitatum jubet dirui lex 13. Ideoque ex ea causa de opere diruendo non prohibeor, aut non prohibebitur curator reipublicæ petere à prætore, vel præside interdictum. Placet autem valde constitutio *legis* 8. *hujus tit.* ut curatores operum publicorum (id est , quos respub. præfecit efficiundo operi , vel quibus pecuniam decrevit ad effectionem operis publici) reipubl. teneantur ab opere absoluto usque in annos 15. si quid ruat, aut findatur vitio operis , non si casu fortuito, non si vi, aut ruina , *l.* 1. *§. ult. de pollicitat.* Respublica negotium gerit cum curatoribus operum, B quos constituit : Curatores autem operum negotium gerunt cum redemptoribus , id est , cum his , qui opus faciendum conducunt , *l.* 2. *§.* 1. *de operibus public.* Ergo redemptores æquum est etiam curatoribus teneri ob vitia , quæ opus fecerit in annos 15. Cum curatore aget respubl. Curator cum redemptore . At forma præfecti prætorio relata apud Harmenopulum 3. *epitom. tit.*8. *in fine* , his actionibus præstituit tantum ann. 10. Placet etiam valde lex , quæ fuit Ephesi, & posset ubique invalescere , de qua Vitruvius initio libri ult. *Nam Architectus , cum opus publicum curandum recipit , pollicetur quanto sumptu id sit futurum . Tradita æstimatione magistratui bona ejus obligantur , donec opus sit perfectum . Eo autem absoluto , cum ad dictum impensa respondet , decretis , & honoribus ornatur ; Item si non amplius* , C *quam quarta in opere consumitur ad æstimationem est adjicienda , & de publico præstatur , neque ulla pœna tenetur : cum vero amplius , quam quarta in opere consumitur , ex ejus bonis ad perficiendum pecunia exigitur* . Et hoc jure nos uti æquum esset : Nam videmus etiam ex indicatione temere facta nasci obligationem in specie *legis Julianus , §.quod autem , de act. emp.* Fiunt autem opera publica , vel sumptu privato ex liberalitate , & munificentia alicujus erga rempub. vel sumptu publico . Et ea , quæ fiunt sumptu publico , vel maxime in refectionem eorum , ut *l.* 4. *& ult. hujus tit.* quæ dispensatores ærarii ex ærario præbuerunt , ut constituit *l.* 2. *hujus tit.* eis accepto ferri oportet . *Il les faut allover en leur compte.* Ita tamen , ut operi publico præscribatur nomen solius principis,vel ejus, cujus pecunia factum est , ut *l.* 3. *in* D *fine , D.eod.tit.* Nam nec præses , vel alius magistratus nomen suum superscribere potest , sed superscribi debet nomen principis,si opus factum sit sumptu publico,& subscribi nomen præsidis , vel alterius magistratus , quo curante opus factum est. Et ita accipienda est *l.* 9. *hujus tit.* ut in hoc tit. inscriptionis antiquæ , quod erit pro exemplo , *Senatus P. Q. R. Imperatoribus Cæsaribus , dominis nostris invictissimis , Arcadio , & Honorio , ob instauratos urbis æternæ muros , portas ac turres , ad perpetuitatem nominis eorum simulacra instituit curante Flavio Macrobia Longiniano viro clarissimo præfecto urbi , dicato numini , majestatique eorum* . Superscribuntur nomina principum , subscribitur nomen præfecti urbi . Ad hæc notandum est ex *l.* 10. *hujus tit.* tertiam partem reditus civitatis cujusque deputari reparationi murorum , & therma- E rum , id est , balnearum publicarum subustioni : sic recte in *l.* 10. *subustioni* , ut in *Cod. Theodos.* & in *Basil.* *ὑπόκαυσιν*, pro quo male quidam legunt *κτίσιν* . Et de hac tertia parte fabricis reservanda est etiam *l.* 3. *infra , de divers.præd.lib.*11. Et auctorem ejus Valentinianum seniorem laudat *l.*33. *Cod. Theodos. eodem tit.* Et intelligit *l.* 18. *eodem tit.* Hoc vero exemplo etiam secundum veteres canones tertia pars reditus ecclesiæ fabricis reservatur , altera pauperibus , altera Episcopo , & clericis. Notandum etiam est ex *lege* 17. quod constituit *de turribus novi muri* . Nam etsi pertineat proprie ad Constantinopolim , & ad novum murum , quem per Cyrum præfectum urbi Theodosius duxit à mari ad mare , ut Zonaras scribit , de quo novo muro etiam agitur in *inf. de metat. libro* 12. & in *Novella* 59. Tamen posset quandoque hoc accommodari etiam ad alias civitates , ut scilicet ii , per quorum terras ducti sunt novi muri , si non habeant , quo se conferant , concedente principe , aut curatore reipublicæ habitare possint in turribus , quibus instructi sunt novi muri , non quidem in summo turrium , sed in imo solo , sive in pedeplanis , ut loquitur *d. l.* 7. Nam & hoc exemplo factum opinor , ut in quibusdam turribus muralibus urbium hujus regni humiliores quidam homines visantur habitantes in inferiori parte turrium: non in superficie , qua extant pinnæ murorum , sive turrium. Et tantum abest , ut aliæ generales Constitutiones hujus tituli sint inutiles , quod tamen Glossa in *l. penult. hoc tit.* ait , ut ne illa quidem lex , quamvis sit localis , existimari debeat inutilis . Nil est inutile in jure , & si mihi creditis , omnia vobis perscrutanda , pertentanda , pernoscenda sunt , si non velitis esse Jurisconsulti de populo . Idcirco nec contempserim etiam *l.* 18. *& l. penult. hujus tit.* Quamvis proprie pertineant ad Constantinopolim . Est enim *lex penult.* de Basilica Theodosiana , quæ erat juncta foro ; ut omni foro est juncta Basilica , in qua versentur negotiatores . Sed ita lex eos versari vult in Basilica Theodosii , ne ulla tabulata applicent parietibus Basilicæ , nec lædant ejus ornatum , qui erat maximus , ut & lex ipsa demonstrat . Est autem *l.* 18. de thermis Zeuxippi , quæ in eadem urbe erant , & dictæ etiam sunt thermæ Severi , auctore Zonara in Justiniano , & in Philippico , & Suida , & Cedredo in Severo , ut scilicet , qui reditus colliguntur ex officinis , & ædificiis , quæ sunt in porticibus earum thermarum , serviant luminibus thermarum , & sartis tectis . Et ex hoc loco in *l.*1. *infr. de lustr. auri collat. lib.* 11. lumina , interpretor lumina balenearum . Lamprid. in Severo : *addidit oleum luminibus thermarum* . In porticibus , quæ præcurrebant thermas , erant stationes multæ, officinæ , multa ergasteria , ut ostendit *dict. l. pen. & l.* 12. *sup. tit. proxim.* & erant circa columnas porticuum , ut ex illis locis patet . Itaque in *l.Fulcinius , §. denique , quibus ex caus. in possession. eatur* , illo loco , *si circa columnas , vel stationes se occultet* , recte legebam , *vel statuas* , quia cum stationes sint circa columnas , qui circa columnas se occultat, utique & circa stationes se occultat debitor fugitans creditorem , latitans creditorem . Et ita quoque Sidonius Apollinaris libro primo Epist. *Alii* , inquit , *fugere post columnas , alii occuli post statuas* , & Lucianus in Lapithis, *περὶ κίονας*, & in Anacharsi : *περὶ τὰς ἀνδριάντας* , qui est locus similis , *circa statuas , vel columnas se occultantes* . Erant etiam in porticibus *exedræ* ædificatæ sedendi causa , capaces multorum hominum colloqui , aut disputare cupientium , quod ostendit *l. ult. C. Theod. eodem tit. l. exedrarum , de operibus pub.* Et vetus inscriptio elegantissima , quæ sic habet : *Silvano sancto Cajus Austrucianus Medicas Ludi Gallici porticum , & exedras , & signa ænea vota suscepto L. M. D.* Quod à me ideo refertur , quoniam est vir doctissimus , qui *exedras* scripserit , dictas esse non ratione sedium , quas habebat plures , sed ratione senum laterum , quod Strabo 13. vocet *Exedram*, quandam *σκοπιάν* , id est , speculam , quasi vero specula non possit ita ædificari , ut habeat sedes complures in exedræ formam . Et confirmor valde *l.*5.*§.interdum , de his , qui dejec. vel effud.* quæ luculenter explicabit hunc locum , dum ostendit in cœnaculo esse multa membra , id est , cubicula , & multas exedras , decumbendi causa , exedræ disputandi , aut colloquendi : & præterea esse medianum commune euntibus in sua cubicula , vel in suas exedras . Hoc ex illo §. aperte nunc colliges simul , & exedrarum usum , quæ & in porticibus construebantur in populi gratiam . Et ne quis etiam dubitet circa *leg.* 12. *hoc titulo* , dum loquitur de horreis , & stabulis publicis , quid vocet *stabula publica* , ea sunt receptacula publicorum animalium , ut patet

ex *l.* 35. *Cod. Theod. eod. tit.* Stabula 4. factionum, ut A est apud S. Rufum, & Publium victorem, puta, factionis Venetæ, Prasinæ, & cæterarum. Basilica autem nos docent nullam desiderari l. in hoc titulo, quoniam quidam desiderant duas, perperam: constat tantum Constitutionibus 22. & in hoc libro, & in Basilic. qui plures desiderant, eam sibi comminiscuntur, & affingunt.



AD TITULUM XII.

DE RATIOCINIIS OPERUM PUBLICORUM, ET DE PATRIBUS CIVITATUM.

TITULUS 12. rectius dicetur esse pars undecimi, cujus tituli de ratiociniis operum publico- B rum, & patribus civitatum constitutio valde placebit. Sententia hujus hæc est, ne præsides provinciarum excutiant rationes operum publicorum, quod faciebant plerunque lucri studio, ubi non erat necesse, ferentes ex singulis solidis siliquam unam, pro pretio curæ, & operæ: discussionem operum pertinere tantum ad patres civitatum: sic dicuntur in multis constitutionibus, *curatores reipublicæ*, & quasi *patres patriæ*, quod (ut brevis sim) ostendi fusius in *l.* 3. *inf. de his, qui sponte munera suscep. lib.* 10. *& observat.* 12. *cap.* 30. & additur in constitutione hujus tituli aliquid de pollicitationibus, quas ultro, & liberaliter faciunt privati reipublicæ, veluti de extruendo, aut restaurando opere publico, quod forte incendio consumptum est, ut etiamsi nulla stipulatio intervenerit, C ex pollicitatione teneantur, & obligentur: minus est pollicitatio, quam pactum: Nam pactum est conventio duorum, pollicitatio non est conventio, sed oblatio liberalitatis, quam quis facturus est, & collaturus in rempublicam. Duobus casibus ex pollicitatione est actio, ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem, sup. de dot. promis.* & ex pollicitatione facta reipublicæ. Ergo, qui pollicetur reipublicæ se opus facturum, obligatur ad opus faciendum: sed opere perfecto, finitur obligatio, nec amplius tenetur, quasi non erogata (exempli gratia) omni pecunia promissa, omni quantitate promissa, vel quasi ædificio non facto affabre, ita ut possit pervadere ad vetustatem: Nam ut est in *l. ad res don. de ædil. edic.* actiones ædilitiæ, vel redhibitoriæ non pertinent ad res donatas, id est, qui à te D donatum accepit, non habet actionem redhibitoriam, qua te compellat donatum recipere, sed debet esse contentus quali quali liberalitate tua: Et ut eleganter ait D. Hieronymus in procemio 1. Epistolæ ad Ephesios, *De gratuito munere non est judicandum*. Et ut est in vulgari proverbio, quo nos utimur. *Equi donati dentes inspiciendos non esse*. Et ita respublica debet esse contenta quali quali liberalitate, nec post perfectum opus agere potest cum eo, qui non perfecit sicut pollicitus est. Eademque ratione in *l. liberalitatis, de usur.* dicitur, liberalitatis collatæ in rempub. non exigi usuras: Quod ita intellige, ne ex mora quidem, ne qui sunt liberales in rempublicam avare exigantur. Fateor tamen, quod si ob honorem ei decretum, vel decernendum, vel ob aliam utilitatem suam propriam ipse vicissim aliqoid sit E pollicitus reipublicæ, tunc ex mora præstabit usuras, *l.* 5. *in princ. de pollicit.* Et Svetonius in Julio, *Trecenos*, inquit, *nummos, quos pollicitus olim erat, viritim divisit, & hoc amplius, centenos pro mora.*



AD TITULUM XIII.

DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS.

POSTQUAM à titulo 28. lib. tertii conditor hujus Codicis constituit pertractare dicere de actionibus, quibus, ut soleo dicere, jus omne fere continetur: & dixit jam de actionibus in rem, quæ sunt de proprietate rerum, & de actionibus in personam, quæ sunt de obligatione personarum, & de mistis tam in rem, quam in personam, & de præjudicialibus actionibus, quæ sunt de stato hominum, & in rem esse videntur, ut est in Institut. & de actionibus ex causa interdictorum, quæ sunt de possessione rerum, & in rem etiam esse videntur, vi tamen ipsa personalia sunt, ut ait *l.* 5. *§. pen. de interdict.* nunc ab hoc titulo 13. incipit tractare (de qua ante non tractaverat) de actione hypothecaria, quæ etiam in rem actio est, non qua dominus, vel quasi dominus rem esse suam, vel quasi suam petat, sicut actionibus in rem ante propositis, sed qua creditor rem debitoris sui affirmat pro debito sibi esse obligatam, quia non tantum est vindicatio proprietatis, sed etiam vindicatio pignoris, *l.* 18. *hoc tit. l.* 2. *inf. si unus ex pluribus hered.* & qua creditor avocet possessionem pignoris, *l. si cum venditor, de eviction.* Avocet, inquam, possessionem pignoris actione hypothecaria, sicut interdicto Salviano, quo tamen non agitur de jure pignoris, id est, non quæritur an id creditori competat, sed de sola possessione pignoris adipiscenda, ut dictum est *sup. tit.* 9. & quia pignus, vel re contrahitur, vel nudo pacto, *l.* 1. *de pignerat. act.* & ad utrumque genus pignoris hæc actio pertinet, quæ hypothecaria dicitur, & Serviana, & pigneratitia Serviana, & quasi Serviana, & utilis Serviana, tot habet appellationes: quatenus quidem persequitur pignus nudo pacto contractum, prætoria est actio, *l. si tibi, §. de pignore, de pact. l. major, inf. hoc tit.* quatenus vero persequitur pignus re, id est, traditione contractum, est actio civilis: Nam & pignus re contractum civile est negotium, *l.* 5. *§. ult. de pact.* Et hanc distinctionem adhiberi volo ad id, quod generaliter scriptum est in *Institut.* actionem hypothecariam ex ipsius prætoris jurisdictione capere substantiam. Quamvis autem pignus, & hypotheca nihil inter se distent præter syllabarum sonum, quo etiam linguæ discernuntur, Latina, & Græca: tamen docendi gratia ita Jurisconsultis placuit distingui, ut proprie hypothecam acciperemus pro pignore nudo consensu contracto: Pignus pro pignore re contracto, vel hypothecam rei immobilis, pignus rei mobilis. Qualem differentiam etiam facit D. Chrysostomus in *Psalm.* 38. inter hypothecam, & ἐνέχυρον, his verbis: *αἰτεῖ,* &c. *creditor petit vel hypothecam,* vel ἐνέχυρον. *Pauper non habet hypothecam, quia nihil possidet: non habet etiam pignora, quæ adferat, quia nudus est.* Manifesto unum nomen tribuit rei mobili, alterum rei immobili, sicut proprie nos distinguimus hypothecam à pignore. Sed distinguimus eodem modo, eademve licentia, qua medici quidam ἄνθρακα à carbunculo: & Theologi Pentecosten à quinquagesima, licet inter se nil distent præter diversum sonum, & linguam: significatione enim non differunt, imo se invicem significant illa nomina. Et hoc est, quod jurisconsultus ait in *l. res, §. ult. de pignor. inter pignus, & hypothecam nominis tantum sonum differre*, ut D. Augustinus libro de magistro, ait, *quæ non modo tantundem, sed etiam idem omnino significent, & inter quæ nihil præter literarum distet sonum, nomen, & ὄνομα invenimus.* Ideoque & nos non semper proprie iis nominibus utimur, sed generaliter, & pignus, & hypothecam sæpe dicimus (ut definiam paucis) quamcunque conventionem sive re, sive consensu perfectam, quæ res quascunque, vel jura debitoris obligat creditori in crediti vicem, unde creditori competit actio hypothecaria, quæ est de

obligatione rerum debitoris mobilium, vel immobilium, corporalium, vel incorporalium, quas pignori opposuit debitor pro debito. Id in idiotismo vocamus uvadium, à vade proculdubio: nam fidei datæ optimus vas, id est, sponsor est, res pignori nexa, ut ait regula juris, *plus cautionis esse in re, quam in persona, il y à plus de seureté*. His præmissis tempus est ut perveniamus ad constitutiones hujus tituli. In singulas pauca adnotabo, nisi si forte plura rei propositæ ubertas exigat, & ea tantum adnotabo, quæ vel Accurs. non observavit, vel male observavit, vel non satis abunde exposuit.

Ad L. I. Debitor, qui pignoribus *profitetur se creditoribus cedere, nihilomagis liberabitur*.

Ad L. II.

EX lege prima notandum est, debitorem, qui profitetur se pignoribus cedere creditori, non ideo liberari ab obligatione personali, qua obstringitur: nec mirum: quia nec debitor, qui universis bonis suis cedit creditori, liberatur, *l.1. sup. qui bon. ced.poss.* Pone (hoc enim necesse est) pignora, aut bona non esse idonea, non esse justos vades. Aliud ergo est profiteri se pignoribus cedere, aliud dare accipienti creditori pignora in solutum: quia hoc genere debitor liberatur, illo non item. Ex *l.2. h.t.* quæ operæ est majoris, notandum est, si debitor eidem creditori pro debito eodem specialiter fundum Titianum, & mox generaliter pigneravit omnia sua bona creditori, prius excutienda specialis hypotheca, id est, fundus Titianus, quam cætera bona, etsi ex fundo Titiano suam pecuniam redigere possit, ad cætera bona, vel à cæteris bonis incipere non potest executionem juris sui: imo cætera bona censentur esse libera vinculo pignoris, cum speciale pignus, de quo prius convenit, idoneum est. Ratio dubitandi hæc erat, qui creditor æquale jus habet in omnibus bonis. Ergo videtur in arbitrio ejus esse, quæ excutiat, quæ persequatur actione hypothecaria. Et sane ita est summo jure: Sed, ut eleganter ait *h. l.* 2. jurisdictio temperanda est, id est, temperandum est edictum prætoris de pignoribus, ut in *l. 1. de reb. cred.* dicitur, prætorem de pignore dixisse. Et similiter ait *l. quamvis, de in jus voc.* licet prætor in libertum, qui sine venia patronum in jus vocavit, non edicat se daturum pœnale judicium, causa cognita tamen moderandam esse jurisdictionem, ut si libertum, qui vocavit patronum irreverenter, id est, sine venia prætoris pœniteat, & actionem remittat, ut non detur in eum pœnale judicium. Quæstio h. *l.* 2. sæpe usu venit, & agitatur, ut nuper accidit in hac urbe inter creditorem, & debitorem, creditore speciali hypotheca omissa excutiente cætera bona, quæ forte sunt cariora debitori, aut pretiosiora, vel amœniora: debitore autem prohibente, prius iri ad cætera bona, quam sit excussa specialis hypotheca, quem utique magis audiet judex. Agitatur etiam hæc quæstio inter priorem, & posteriorem creditorem hypothecarium, ut recte glossæ, & Basilica ponunt speciem ad hanc l. 2. puta priori creditore privilegio temporis contendente se in cæteris bonis debitoris posteriori creditore esse potiorem, posteriore negante: si specialis hypotheca idonea sit, & hujus intentio verior est: Nam & hæc erat vulgaris conventio, id est, quæ vulgo apponi solebat in contrahendis pignoribus re certa pignori specialiter obligata, ac deinde generaliter omnibus bonis, ut ita demum creditor jus pignoris exerceret in cæteris bonis, si de re specialiter pignori obligata suam pecuniam servare non posset. Et hoc ostendit *l. 2. in 2. parte, qui pot. in pign. hab. & l. quæ specialiter, inf. de distract. pign.* Et vulgares conventiones si sint omissæ solemnes conventiones pro interpositis habentur, id est, quod vulgo agitur inter contrahentes, & semper agi intelligitur. Denique semper generali hypothecæ inest hæc conditio, si prior hypotheca specialis non sufficiat creditori. Nec alia ratione locato fundo, tacito jure fructus, qui ibi nascuntur ob mercedem pignori sunt, quam quod ita soleret convenire inter locatorem, & conductorem; *l. si servus communi. §. locavi, D. de furt.* Nec hodie in judiciis ultæ frequentantur cautiones judiciales, veluti *judicio sisti, de rato, judicatum solvi*, quam quod quæ vulgo interponi solebant, pro interpositis habeantur: nec enim hodie repromissiones ex judiciales intelliguntur remissæ. Satisdationes sunt remissæ, sunt sublatæ ex bellis civilibus, vel externis, vel ex moribus hominum, vel ex difficultate inveniendorum fidejussorum, paucitate hominum, vel amicorum, aut inhumanitate ad necessitatem remittendarum satisdationum in judiciis nos compellente, ne perquisitiones fidejussorum (quæ, ut dixi, plerunque sunt in difficili) trahant negotia litium. Sed repromissiones judiciariæ, quæ non exigunt fidejussores, sed nudam cautionem tantum partis, non intelliguntur remissæ, sed tacite interpositæ, ita ut agere liceat, si quis velit ex stipulatu judicio sisti, vel de rato, vel de judicato solvendo, quod maxime notandum est. Sed ut revertamur ad legem nostram, quæ quod prius excuti vult specialem, quam generalem hypothecam, hoc ducit ex vulgari conventione, qua idem solebat caveri inter debitorem, & creditorem, quam lex habet pro interposita. Huic, inquam, legi opponitur primum *l. creditoris, de distr. pign.* quæ ait, in arbitrio esse creditoris, ex pignoribus sibi obligatis, quæ distrahat, quæ persequatur. Non est opus tot responsionibus, quas affert Accurs. Expeditissima & clarissima hæc est, eam legem non intelligi de creditore, cui specialiter res certa obligata est, & generaliter omnia bona, ut scilicet ex eis eligere possit rem, quam velit distrahere, quod non potest: sed excutere debet primum specialem hypothecam. Verum ea l. loquitur de creditore, cui specialiter plures res obligatæ sunt, ut possit eligere: vel de creditore, cui omnia bona obligata sunt, ut possit eligere, quod volet: non de creditore, qui specialiter quædam, & generaliter omnia obligata habet. Opponitur etiam huic legi *l. 2. in 1. parte, qui pot. in pign.* secundam jam exposui. Sed ut Joan. notavit recte, non loquitur etiam ea lex de eo, qui specialem, & generalem hypothecam habet, sed de eo, qui generalem tantum, quem ait in aliis bonis debitoris, quæ volet excutere ex generali hypotheca, præferri posteriori creditori, qui habet specialem hypothecam, quod est æquissimum, & confirmatur *l. si generaliter, inf. qui potior. in pig.* & in 2. *par. h. l.* quam ante exposui, non debui prætermittere, pro *generaliter*, recte adnotari in ora librorum esse legendum, *specialiter*. Idque res ipsa omnino postulat, & memini me alias docere fusius. Restat tantum ad l. 2. hæc quæstio, quam non attingunt Interp. Lex ponit, & non hæc l. tantum, sed & similes omnes, *prius creditori fuisse obligatam rem certam, deinde generaliter omnia bona*: Quid dicemus è contrario, si prius generaliter sint obligata omnia bona, & mox specialiter fundus Titianus, an poterit ex omnibus bonis excutere, quæ volet, omisso fundo Titiano? Et existimo, quia non abs re leges, quæ de hoc tractant, ponunt præcessisse specialem hypothecam, hoc casu, quo specialis hypotheca post lata est generali, creditorem posse excutere generalem hypothecam, & præferri posteriori creditori, qui forte ex bonis quædam specialiter accepit pignori, inspecto ordine conventionis, nisi aliud actum probetur, quod notandum, ut præcedentem generalem hypothecam creditor possit exercere, vel exequi, omissa speciali subsequente generalem. Adnotandum est tantum ad Accursium, male eum hæc verba (*interim tibi non auferri*) sic interpretari, ut *tibi*, sit debitori possidenti pignus. Nam, ut inscriptio docet, & contextus ipse *l.* Imperatores scribunt Lucio posteriori creditori suum pignus possidenti, cui id vi generalis hypothecæ non potest prior creditor auferre, si ei sufficiat specialis. Et sup. in h. l. (*adversarium tuum*) id est, priorem creditorem. Ergo (*tibi*) id est, posteriori creditori, qui in suo pignore, non tam est potior, quam solus, ut

ait

ait *l. 2. qui pot. in pig. hab.* videlicet si priori creditori sufficiat specialis hypotheca, quia tunc generalis nihil ei proficiet: generalis (quod ad eum attinet) nulla est. Et ineptum est etiam, quod adjicit, idem esse, si extraneus, vel primus creditor possederit pignus: primum, quia necesse est ponere possedisse posteriorem creditorem suum pignus, quoniam ait, *tibi non auferri*. Deinde si amisit forte possessionem in hac specie, posterior creditor recte eam avocabit ab extraneo, vel priori creditore. Eadem ratione reliquas leges persequemur.

Ad L. III. Creditores, qui non reddita *sibi pecunia, conventionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent.*

Ex l. 3. notandum est, creditorem, cui ex conventione debitor permisit non soluta ad diem pecunia, ingredi possessionem fundi pignerati, non posse tamen eam ingredi sine auctoritate judicis. Nec enim conventione illa videtur remissus, imo nec remitti potuit ordo publici juris, qui auctoritatem judicis exigit, *l. 10. & 11. inf. hoc tit.* & etiam conventionem possessoris fundi. Vim quidem non facit creditor (ut ait lex) qui sub specie conventionis, & voluntatis debitoris ingreditur possessionem fundi pignerati: sed nihilominus tenetur generali interdicto momentariæ possessionis restituendæ debitori: Sicut in casu *legis 6. sup. unde vi*, qui rem sibi debitam occupat sub specie judicati, vel rescripti Principis: ergo si per vim collecta manu creditor ingrediatur possessionem fundi pignerati, resistente debitore, vel alio possessore, etiam tenebitur speciali interdicto unde vi, ut Azo, & Bartol. sentiunt recte hoc loco contra Joannem: Nam & regula juris fertur, *non esse singulis concedendum, quod per magistratum publicum fieri possit: ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* Male vulgus hanc legem sic accipit, ut ex conventione possit creditor ingredi possessionem fundi pignerati sua auctoritate, sine judice, sed melius, & tutius, vel (ut illi ajunt) urbanius faciat, si ingrediatur auctoritate judicis: quod si malit sua, ut, id impune faciat. Et hunc errorem, aut hanc sententiæ hujus legis depravationem potissimum ducunt ex *secunda parte legis penul. sup. de pigner. act.* dum ait, creditorem suo arbitrio non posse auferre rem debitori citra conventionem, vel auctoritatem judicis, quæ verba plane significant, ex conventione creditorem posse auferre rem debitoris suo arbitrio, sua auctoritate. Sed observandum est, eam partem legis penult. non loqui de pignore obligato creditori, sed de quacunque re debitoris, quam ait creditorem suo arbitrio ex causa debiti auferre non posse citra conventionem, id est, nisi convenerit, ut pignori esset, & auctoritatem judicis, videlicet per actionem hypothecariam, id est, Servianam. Nam rectissime Græci in *d. l. pen.* disjunctionem accipiunt pro conjunctione (ut fit sæpe in jure) illo loco: *citra conventionem, vel præsidalem jussionem.* Illi enim sic interpretantur, citra conventionem, & præsidalem jussionem, *χωρὶς συμφώνου, καὶ ἀρχικῆς κελεύσεως*, ut duo exigant, si velit creditor auferre rem debitoris, hypothecæ conventionem, & auctoritatem judicis, videlicet per actionem hypothecariam: Nam numquam temere est discedendum ab ordine juris. Mitto legem quartam, quæ non desiderat operam meam: contenta erit discussione vestra.

Ad L. V. Præses provinciæ *vir clarissimus jus pignoris tui exequentem te audiet, nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit:*

Ad legem 5. notandum est, rem judicatam contra debitorem, qui rem suam vindicabat ab extraneo possessore, non nocere creditori, cui ante debitor eandem rem pignori obligaverat, sed superato debitore in causa proprietatis, adversus eum, qui debitorem superavit, vel quemcunque possessorem pignoris, creditori esse integram actiun. hypoth. duobus casibus tantum, qui proponuntur in *h. l. 5.* si debitor per collusionem egerit causam proprietatis, id est, si egerit perfunctorie, ut vinceretur, se submittens adversario. Et altero casu si debitor superatus sit in judicio proprietatis, non causa cognita, sed absens, & inauditus, *μονομερῶς*, ut loquimur, ex præscriptione, ut ait, veluti lapsis temporibus appellationis interpositæ à debitore, ut *l. Heren. in fin. de evict. l. si express. in fi. de appell. l. 6. §. penult. de decur.* His duobus casibus res judicata contra debitorem in causa proprietatis non nocet creditori in causa pignoris persequendi. Sed hoc ita procedit, si creditur scierit debitori cum alio esse litem de proprietate pignoris, ut exceptis scilicet illis duobus casibus, res sciente creditore acta, & judicata contra debitorem, ei noceat: Nam si creditor hoc ignoraverit, non tantum illis duobus casibus, sed generaliter, & indistincte creditori est integra actio hypothecaria, & persecutio pignoris probanti rem, quo tempore pignus contrahebatur in dominio debitoris fuisse, *l. sæpe, de re jud.* Et secundum hanc distinctionem inter scientem, & ignorantem creditorem, huic *l. 5.* locus est ita demum, si creditor scierit, debitorem experiri de proprietate pignoris: Nam victo debitore, illis tantum duobus casibus creditori salva est actio hypothecaria, non etiam aliis casibus, quia scientia, & taciturnitas pro consensu habetur; id est, consensu creditoris, quo sciente lis de proprietate acta est inter debitorem, & extraneum, videtur etiam judicatum de jure pignoris, quod habuit ex persona actoris, id est, debituris sui. Et ideo ad hæc verba *l. 5. (nec tibi oberit)* adnotabis, tibi creditori etiam scienti non oberit his duobus casibus: ignoranti vero neque his casibus, neque aliis, quod notandum

---

Ad L. VI. In summa debiti computabitur *etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit.*

Ex l. 6. notandum est, maxime crescere obligationem sortis debitæ ob ea, quæ creditor, cui fundus pignori traditus est, fundi nomine contulit ad munitionem, & reparationem viarum publicarum, vel ad aliud (ut ait *l.*) necessarium obsequium Reipub. ad aliud publicum munus, veluti ad reparationem portus, vel aquæductus, vel murorum, vel pontium, vel cloacarum, quæ sunt onera prædiorum, non hominum, & sequuntur quemcunque possessorem prædiorum. Et recte *l. epist. §. pact. de pact.* tale pactum (*ut si quas summas propter tributiones fundi pignori nexi creditor solvisset, eas à debitore reciperet*) esse justum pactum, quia jus ita se habet, ut tributa prædii pignerati, quæ solvit creditor, augeant obligationem sortis: Et ideo supervacuum est pactum, quoniam ipso jure res ita se habet, ut & in *l. quæsitum, §. ult. de distr. act. pig.* Multa fiunt pacta supervacua. Et crescere obligationem sortis, aperte demonstrant hæc verba l. 6. (*in summa debiti computabitur*) id est, adcrescet sorti. Ex quo sequitur, non liberari pignus, & pigneratitiam actionem, quæ est in personam de recuperando pignore, non competere debitori sorte principali soluta, capitatio ære soluto, ut veteres loquebantur, nisi etiam solvat, quæ creditor contulit ad necessaria obsequia Reipubl, quia & hæc sorti adcreverunt, & omnem sortem solutam esse oportet, ut debitori competat actio pigneratitia, *in l. si rem, §. omnis, de pig. act.* Nam si vel unus nummus tantum supersit ex sorte, qui debeatur, tota res pignori data, pignori obligata manet. Et hoc est, quod dicitur, *indivisam esse causam pignoris*, id est, pignus non posse liberari pro

parte, sed teneri in solidum, vel pro nummo sestertio, *l. rem, de evict.*

Ad L.VII. Usucapio pignoris *conventionem non extinguit.*

EX lege 7. (quam Placentinus perquam stulte scripsit non posse intelligi, dabitque nobis licentiam abeundi) quæ constat uno tantum versu elegantiss. (*usucapio pignoris conventionem non extinguit*) ex ea, inquam, notandum est, usucapto pignore ab extraneo debitorem amittere dominium pignoris, quod est certum: in usucapione creditorem non amittere jus pignoris, quia usucapione dominium adquiritur cum sua causa, *l. 1. §. cum prædium, D. eod. tit.* Et eadem ratione fructuarius, ad quem pertinet pignoris ususfructus, usucapto pignore non amittit usumfructum, *l. locum 17. §. pen. de usufruct.* Denique usucapione non adquirimus liberum, vel optimum maximum jus dominii, sed quale habuit is, qui ante completam usucapionem dominus erat. Hæc est vera, & facilis sententia hujus legis omnibus amplectenda. Secunda interpretatio Accursii est ridicula, ut Cato loquitur. Verum circa hanc sententiam hujus l. multa possunt quæri, & multa etiam quærit Accursius. Primum potest quæri transformata usucapione à Justiniano, an sit locus sententiæ h. l. Et recte sensit Accursius ne in re aperta, & nota Accursio sim longus, esse locum sententiæ hujus legis in re mobili, quæ usucapitur triennio: non etiam in re immobili, quæ usucapitur longo tempore, quia placuit etiam longo tempore perimi pignoris cujuscunque causam, id est, decem, aut viginti annis, *l. ult. sup. de præsc. long. temp. l. 7. & l. ult. sup. de oblig. & act.* Rursus posset quæri, an soluta, vel oblata, & deposita sorte, debitor adversus creditorem possit agere actione pigneratitia, ut restituat pignus, quod tenuerat, sed postea amissa possessione, cum ad alium transisset, usucaptum est, & nunc tenetur ab eo, qui usucepit, quia videtur adhuc ab eo, qui usucepit, creditor posse avocare possessionem pignoris per actionem hypothecariam. Sed ut respondeam, primum hoc negabo, creditorem ab eo, qui usucepit, posse avocare possessionem pignoris, & habere adversus eum actionem hypothecariam, quia solutione sortis extincta est hypotheca, sed teneri tamen creditorem debitori actione pigneratitia, ut vel rem redimat ab eo, qui usucepit, vel præstet æstimationem litis, & quantum interest, videlicet si per creditoris, qui pignus tenebat, negligentiam factum est, ut pignus usucaperetur, quia in actionem pigneratitiam venit etiam culpa, sive negligentia creditoris, *faut qu'il en rende compte, l. si cum venderet, & duabus sequentibus, D. de pign. act. l. 6. & 8. sup. eod.* non tamen teneri creditorem eadem actione, si sine vitio suo possessionem pignoris perdiderit, *l. 4. eod. tit. sup.* Et hoc de pignore, quod tenuit creditor, ut posui semper: nam in pignore, quod creditor nunquam tenuit, hæc quæstio cessat, quia ad hoc genus pignoris non pertinet actio pigneratitia, quæ est de restituendo pignore, quod accepit: atqui nunquam accepit, vel habuit. At rursus inde nascitur alia quæstio, & difficilior, quid sit dicendum, si pignus nudo consensu contractum sit, & cum nondum pervenisset ad creditorem, usucaptum sit, & postea ab eo, qui id usucepit, creditor possessionem pignoris avocaverit, ut potest, actione hypothecaria: tum deinde debitor solverit sortem creditori, an actione pigneratitia potest à creditore recipere pignus, cujus dominium usucapione amisit? Dicam posse, sed frustra recepturus est pignus, si is, qui usucepit, id mox ab eo vindicet, tanquam factus dominus. Itaque in damno versabitur debitor, qui solvit pecuniam, & pignus recuperatum à creditore non potest retineri vindicante eo, qui usucepit. Et omnino ita est, ut versetur in damno, quia hoc accidit sua culpa, cum per negligentiam ejus pignus usucaptum sit, ut in *§. quod autem, Instit. de usuc.* Et captiosa, atque vana sunt remedia, quibus Accursius hoc loco tentat debitorem eximere damno, quia adversus usucapionem nulla sunt remedia majori 25. annor. usucapio securitatem præstat possessori, *l. 7. sup. de præscr. long. temp. l. 1. sup. de com. rer. alien.* Et ea etiam remedia, sive consilia (quæ vocat Accursius) id est cautelas, ne debitor sit in damno, refutat Bart. hoc loco, nec tamen rem expedit, quæ ita, ut dixi, manifesto expedienda est, hoc tantum addito: quod si debitor in proposita specie soluta pecunia non statim pignus repetat, quia solutione pignus peremptum est, proculdubio ei, qui usucepit, erit efficax vindicatio pignoris adversus creditorem. Et postremo circa hanc legem quæri potest, cur usucapto servo, jus pignoris, quod in eo habeo, non perimitur, ut docuimus, operæ autem servi usucapti, quæ mihi legatæ erant, perimuntur? legatum operarum usucapto servo perimitur, *l. 2. in fine, de usufr. leg.* Quæro, quæ sit ratio differentiæ? Ratio differentiæ, in qua hæret Accursius in *d. l. 2.* dum eam quærit, nec tradit ullam, evidens hæc videtur esse, quia operæ servi, quæ consistunt in actu ipsius servi, jus dominii sequuntur, quod usucapione adquisitum est: Nam si servus est tuus factus usucapione, consequens est, ut tibi operas præstet, non alii, nec testamento alterius fieri potest, ut servus tuus alii, quam tibi edat operas. Denique operæ societate, veluti quodam dominio servi conjunguntur: at pignus nulla societate dominio, id est, proprietati conjungitur. Hæc sunt verba *l. justo, §. non mutat. de usurp. & usuc.* Ususfructus quoque, cujus causam eandem diximus esse, quæ est pignoris, ut neutra perimatur usucapione, non debet permisceri cum dominio, vel possessione, ut *l. pen. de adquir. poss.* quia ususfructus servi non consistit in servo ipso, id est, in actu servi, sed in persona ejus, qui in servo usumfructum constitutum habet, & in facto ejus, in usu, & fruitione servi. At operæ, quæ legantur, consistunt in ipso servo, id est, in actu ipsius servi, ideoque nec morte ejus, cui legatæ sunt operæ quandiu vivit servus, legatum perimitur, & ususfructus tamen perimitur morte ejus, cui ususfructus legatus est. Et similiter operæ legatæ non perimuntur capitis deminutione legatarii, vel non utendo, quibus tamen modis ususfructus intercidit, *d. l. 2. de usufr. legato.*

Ad L.VIII. Quamvis personali actione *expertus adversus reum, vel fidejussores, seu mandatores ejus feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem.*

LEX octava est pars *legis primæ, inf. etiam ob chirog. pecuniam pignus teneri*, ubi de quæstione ejus tractabimus commodius.

Ad L.IX. Si dominium ejus possessionis, *quæ pignori data esset, à debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor, vel ejus heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præside provinciæ curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque à te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.*

AD legem 9. sic est ponenda species: debitor alienavit fundum Titio, quem ante creditori suo nudo pacto obligaverat. Ut usucapione, ita alienatione pignoris facta sine consensu creditoris pignus non perimitur, *l. 15. inf. hoc tit. l. si debitor, inf. de distract. pign.* Postea vero creditor eum fundum tenere cœpit. Hæc lex nona ait, Titium nuper factum dominum fundi, recte eum fundum vindicare à creditore, fructibus, quos creditor ex eo fundo percepit imputatis in sortem, & residuo debiti oblato, & deposito, *si creditori satisfactum fuerit*: quæ postrema verba lex adjecit, quia non est satis solvi creditori sortem principalem, ut pignus liberetur, sed etiam ei satisfieri oportet: Nam quandoque sortis principalis solutio ei non satisfacit ad plenum, ut puta si quos sumptus fecerit fundi pignerati nomine, qui auxerint sortem principalem, ut in *l. 6. sup.* Satisfacere, est tantum facere, quantum satis est creditori, ut Asconius Pedianus ait, *satisfacere esse tantum facere, quantum satis est irato ad vindictam.*

Er-

Ergo ex *l. 9. ei*, cui debitor pignus alienavit citra consensum creditoris, pignoris possessione postea perveniente ad creditorem, competit rei vindicatio adversus creditorem, si ei satisfactum sit, quæ tamen actio non competeret debitori adversus creditorem possidentem pignus, quia vindicatio rei corporalis possessori non datur, *l. 1. §. interdictum, uti possidet. §. æque, Instit. de act.* Et creditor licet teneat pignus, id tamen sibi non possidet, sed id debitor possidet per eum, *l. cum notissimi, §. sed cum illud, sup. de præscript. 30. ann.* Ergo non potest debitor id vindicare à creditore, quia vindicatio non adquiritur sine dispendio possessionis. Sed cum erit satisfactum creditori, potest pignus repetere actione pigneratitia. Dixi, *alienatione non exstingui causam pignoris:* hoc est verum indistincte, sive res mobilis, sive immobilis pignori data sit, & sive traditione, sive nuda conventione pignus contractum sit. Sed alio jure utimur hodie in re mobili: Nam creditor non potest persequi actione hypothecaria rem mobilem, de qua convenit inter debitorem, & creditorem, ut pignori esset, si à debitore ea res pervenerit ad extraneum. Et hoc est, quod dicitur lingua materna, *meubles n'ont point de suite en hypotheque, quand ils sont hors de la puissance du debiteur*, id est, ex sola conventione pignoris, vel speciali, vel generali nil refert, creditor non potest persequi actione hypothecaria res mobiles adversus quemlibet possessorem, sed adversus debitorem tantum, vel heredem ejus, aliter quam si traditione contractum sit pignus rei mobilis: nam ita contractum pignus rei mobilis, etiam hodie creditor persequitur adversus quemlibet possessorem. Et ita facimus hodie differentiam inter rem mobilem, & immobilem, & pignus re, & consensu contractum. Dixi præterea ex hac l. fructus, quos creditor ex pignore percepit, consumpsit, & imputari in rationem sortis. Hoc confirmat lex. 1. & 2. *sup. de pignerat. act. l. 1. inf. de distract. pign. l. 2. inf. de partu pign.* Itaque fructibus æquantibus sortem, ipso jure liberatur pignus, perinde atque solutione, vel oblatione, & depositione totius sortis, vel datione pignoris in solutum, ut in *l. 13. inf.* fructuum perceptio pro solutione est, si adæquat summam sortis. Sed hoc ita procedit, nisi aliud convenerit inter debitorem, & creditorem, veluti ut fructus creditor perciperet vice usurarum, quæ conventio pignoris proprio nomine appellatur *ἀντίχρησις* in *l. si is, qui bona, §. 1. ff. eod. tit. l. si pecuniam, de pign. act.* quasi *ἀντὶ τόκων χρῆσιν*, id est, jus utendi fruendi pignore vice usurarum, quod Ciceroni est *certare cum usuris fructibus prædiorum*. Nec omittam quod Azo notavit, initio hujus legis in quibusdam libris ita legi, *Si dominium ejus possessionis, quæ cum pignori, &c.* Ego constanter ita scriptum legi semper in omnibus libris veteribus, & est syllepsis.

Ad L. X. Debitores præsentes *prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora, seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit.*

LEgem decimam vulgo sic accipiunt male, ut creditor prius denuntiare debeat præsenti debitori, ut solvat, id est, eum interpellare, & admonere debeat, quam agat actione hypothecaria, quod est falsum: Nam istæ denuntiationes, quæ proprie dicebantur condictiones, sublatæ sunt, *§. appellamus, Instit. de action.* & in *l. ult. sup. de interd.* illa verba (*ruptis veteribus ambagibus*) dixi excludere solemnes denuntiationes: idemque velle in *l. ult. sup. quorum bonorum*, hæc verba (*omnibus frustrationibus amputatis*) Et hi etiam, qui ita accipiunt hanc legem, coguntur supplere suo marte, hanc denuntiationem exigi ex urbanitate, non ex necessitate, quod etiam est falsum: Nam aperte verba legis injungunt necessitatem denuntiandi præsenti debitori: & verius est, hanc esse sententiam hujus legis: ut si convenerit inter creditorem, & A debitorem hypothecarium de non distrahenda hypotheca, vel etiam si simpliciter pignus datum sit, nulla facta mentione distrahendi, vel non distrahendi, quo casu etiam tacite videtur agi, ne distrahatur, *l. 3. ff. quæ res pign. oblig. poss.* non aliter possit creditor, contra quam actum est expressim, vel tacite, pignus distrahere, quam si denuntiaverit præsenti debitori, ut pignus luat, quæ est sententia etiam *l. 4. ff. de pignerat. act.* & (ut affirmo) etiam hujus leg. 10. Nam in ea, persequi hypothecam, est persequi usque ad extremum, ad distractionem usque jus pignoris exequi. Et placet, quod ait lex plurativo numero, *denuntiationibus*: Nam trina denuntiatio exigitur in *d. l. 4.* & à Paulo 2. *Sent. tit. 4. creditor*, inquit, *si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debet debitori suo, ut pignus luat, ne à se distrahatur.* B Itaque *hæc lex* 10. id omnino vult, quod est apertius iisdem fere verbis scriptum in *l. debitoribus, sup. de administr. tut. debitoribus parere solutioni denuntia, qui si satis non fecerint, in venditione pignorum uti jure communi potes.*

Ad L. XI. Nominatori pignora *capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet.*

LEX undecima etiam non bene explicata est. Nominator in ea vocatur magistratus municipalis, qui quem nominat, & creat ad munus aliquod publicum, veluti ad curationem operum, quam si nominatus suscipere detrectet, lex ait, *magistratum municipalem eum coercere non posse captis pignoribus sine auctoritate præsidis.* Hæc est sententia legis. Habet quidem magistratus mu- C nicipalis jus coercendi inobedientes, & contumaces captis pignoribus, *l. quemadmodum, §. magistratus, ad leg. Aquil. l. 4. sup. §. 1. de dam. infec.* sed non sine jussu præsidis sicut magistratus municipalis habet jus dandi tutoris, *l. 3. ff. de tut. & curat. dat.* sed non sine præsidis jussu, præcepto, mandato, *l. Lucius, §. testamento, de admi. tutorum, l. tutores, de confirm. tut. l. sexta, sup. qui dare tut. poss.* Olim (quod forte non omnes sciunt) magistratus, qui pignora capiebant, & mox ea confringebant, concidebant, verbi gratia, supellex contumacis capta pignori, mox concidebatur. M. Tullius 3. de Oratore. *An tu*, inquit, *cum omnem auctoritatem universi ordinis pro pignore putares, eamque in conspectu populi Romani concideres tanquam pignus, scilicet existimans, me his pignoribus, quibus me coercere instituis, posse terreri. Non illa pignora tibi sunt ceden-* D *da lingua, &c.* Et sic etiam Tibullus:

Quid facio demens? heu, heu, mea pignora cedo.

Ad L. XII. Si uxor tua pro pecunia, *quam accepit mutuo, res proprias obligavit pignori, eique tu successisti: licet instrumento ejus facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito, creditorem de his tibi reddendis solemni jure convenies.*

EX l. duodecima hoc tantum notandum est, instrumenta esse testimonia factorum, id est, rerum gestarum, & condi instrumenta, ut res gesta probetur, non ut valeat: Nam & sine instrumento valet: instrumenta condi rei probandæ, non condendæ, vel constituendæ. Et secunda interpretatio Accursii ad eam legem est ve- E rissima, & confirmatur *l. contrahitur, de pignor.* Prima interpretatio delenda est.

Ad L. XIV. Distractis à debitore pignoribus, *creditores potestatem habere, utrum ne personali obligatos sibi, an pignora possidentes, in rem actione convenire velint, non est incerti juris.*

Ad L. XXIV.

LEX 14. & *l. 24.* idem docent, esse in electione creditoris, qua actione prius experiatur, personali actione cum debitore suo, an hypothecaria cum possessore pignoris, an simul utraque, *ut l. ult. sup. de obl. & act.* Sicut in electione creditoris est cum debitore, an cum fidejus-

sore

sore, vel mandatore, an cum utroque experiatur, *l. grege, §. etiam, de pignoribus*, Nec cum Accursio in hac re est constituenda differentia inter expressam, & tacitam hypothecam, ita ut electionem habeat creditor, qua via ad suum perveniat, si expressa sit hypotheca, ut ait hoc loco, non etiam si tacita: Nam Resp. quæ non habet, nisi expressam hypothecam, *l. 2. inf. de jur. Reip. lib. 10. l. simile, ff. ad munic.* Denique Respubl. quæ habet expressam hypothecam, non tamen omnino electionem habet, *l. 1. inf. de decur. lib. 10. l. 3. §. ult. de administ. rer. ad civit. pertin. l. libert. §. fil. ad munic.* Non est etiam omnino constituenda differentia inter privatum creditorem, & fiscum, sive rempublicam, ut privatus hanc habeat electionem, non fiscus, vel Resp. Nam & in causa tributorum fiscus hanc eandem electionem habet, *l. cum possess. §. ult. de cens.* Et in causa pecuniæ debitæ ex contractu, veluti ex locatione vectigalium, videlicet, si possessor hypothecarius fisco non caveat de indemnitate, interim dum excutit principalem debitorem, *l. 1. inf. de conveniend. fisci debitor. lib. 10. l. 5. sup. de sentent. & interloc.* Hodie non ignoratis ex Novella Justiniani quarta *de fidejussoribus*, privato creditori ademptam esse hanc electionem, à qua non dissentit Novella 112. cujus sententia ab Irnerio huic legi subjecta est: Nam & in *Novella de litigiosis*, ponitur creditorem prius egisse cum debitore servato ordine præscripto *in Novella* 4. Sed lite pendente debitorem pignus vendidisse, nec ex pretio solvisse creditori: quæ res facit, ut protinus creditor possit transire ad emptorem pignoris instituta actione hypothecaria, qui tamen recte cœperat à debitore principali.

Ad L. XVI. Et si frater tuus *non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit.*

EX hac l. notandum est, obligationem pignoris per liberam personam nobis non adquiri, sicut nec quamlibet aliam obligationem: ut si meam pecuniam suo nomine frater meus alii crediderit, quod mutuum quidem ab initio non consistit, quia pecunia non est dantis, sed convalescere potest consumptione pecuniæ: atque adeo si meam pecuniam (ut dixi) frater meus suo nomine crediderit, & pignus acceperit in causam crediti, mihi neque personalem obligationem creditæ pecuniæ adquirit, neque obligationem pignoris, quam contraxit, ut *l. solut. §. pen. de pig. act.* Recte ait *l. suo nomine*: Nam si nomine meo pecuniam meam crediderit, jure singulari receptum est, sicut & multa alia singularia sunt recepta in credita pecunia, ut mihi adquirat obligationem creditæ pecuniæ, quamvis sit liber homo, non subjectus potestati, atque etiam obligationem pignoris, *l. 2. sup. per quas pers. nob. adqu.* Sed & quandoque, si quis alienam pecuniam suo nomine crediderit, non nomine domini, domino pecuniæ datur utilis actio creditæ pecuniæ, perinde ac si ipse credidisset, ut si quis crediderit pecuniam militis, vel pupilli, vel juvenis, ut *l. 2. sup. quando ex facto tutor. vel cur. l. si pecun. D. de reb. cred.* Hypothecariam autem his personis, id est, militi, pupillo, juveni, si is, qui eorum pecuniam credidit suo nomine, pignus acceperit, dari non invenio, nec cui datur actio principalis, continuo etiam danda est actio hypothecaria sine lege certa, quæ hoc constituat, ut ante constitutionem Justiniani, id est, *d. l. 2. sup. per quas pers. nobis adqu.* credita ab alio mea pecunia meo nomine, & accepto pignore, mihi ipso jure adquirebatur obligatio principalis, non etiam obligatio pignoris. Et ita etiam in proposito illis personis, quarum pecuniam aliquis credidit suo nomine, dabimus quidem actionem principalem, si certum petatur, sed non actionem hypothecariam, si pignus intervenerit, sine lege certa, qua destituimur.

Ad L. XVII. Quamvis ea pecunia, *quam à te mutuo frater tuus accepit, comparaveris prædium: tamen, nisi specialiter, vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit: sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis.*

EX lege 17. notandum est, rem à fratre meo ex pecunia, quam ei credidi, sibi, id est, suo nomine comparatam, non propterea esse mihi tacite pignori obligatam nomine crediti. Denique non esse eam rem mihi pignori in causam creditæ pecuniæ, sine conventione expressa, vel speciali, vel generali. Et hæc l. & superior loquitur de fratre, sed utrique locus est etiam in quovis alio, qui vel pecuniam meam suo nomine crediderit, vel si aliquid suo nomine comparaverit ex pecunia, quam ei credidi, vel quam mihi debet ex alia causa. Et ut à superiori lege excepimus, pupillum, cujus pecuniam quis alii suo nomine mutuam dedit, ita ab hac lege nos pupillum excipere oportet: nam res pupilli pecunia ab alio comparata, tacite pupillo pignori obligata est ex const. Sever. & Antonini, *l. pen. sup. de serv. pig. dato manum. l. 3. ff. de reb. eor. qui sub. tut. &c.* quod interpretes trahunt etiam ad militem, & juvenem. Ego nolim trahere sine lege: nam etsi militi detur vindicatio rei comparatæ ejus pecunia, *l. si ut proponis, sup. de rei vin.* Non tamen ideo, imo vero eo minus eidem danda est actio hypothecaria, veluti ex tacita hypotheca: Vindicatio enim datur domino, vel quasi domino: hypothecaria datur non domino, nec utraque unquam defertur cuiquam sine lege, aut constitutione certa, quæ in alicujus arbitrio faciat, ut hac, vel illa actione experiatur: ut ex Justiniani constitutione est in arbitrio mulieris res dotales persequi soluto matrimonio vindicatione tanquam suas, vel hypothecaria actione tanquam non suas, *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Et eandem electionem constitutiones dant pupillo, cujus pecunia ab alio res comparata est: Nam præter tacitam hypothecam ejus rei, datur etiam pupillo utilis actio, si hanc malit ad eam rem vindicandam, *l. 2. quando ex fact. tutor.* non etiam aliis personis, quod legerim, veluti militi, aut adolescenti.

Ad L. XIX. Sicut vim majorem *pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum, & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.*

LEX 19. atque etiam 20. alienæ videntur esse ab hoc titulo, atque tractatu: neque enim sunt de actione hypothecaria, de qua est hic tractatus, & hic tit. & quorquot sequuntur usque ad tit. 35. sed sunt ambæ de actione pigneratitia, de qua est proprius titulus *lib. 4. sup.* & inter quas quantum intersit, accipite paucis. Actio hypothecaria est in rem, *ut l. 18. h. tit.* Actio pigneratitia in personam: hæc est bonæ fidei, illa arbitraria: hæc datur debitori soluta hypotheca, illa creditori manente hypotheca: hæc est ex jure civili, illa est ex jure prætorio hypotheca contracta nudo consensu. Sed tamen, quia hæc illi æmula est, ut eleganter ait Justinian. in constitut. qua sua auctoritate confirmat conditionem Digestorum, Hæc, inquam, illi æmula est, quoniam utrique circa eandem rem idem est studium, idem amor debitori, ut habeat pignus, creditori æque, ut idem pignus habeat. Quia igitur invicem æmulæ sunt, neque hæc illam, nec vicissim illa hanc abhorret. Itaque non male etiam de actione pigneratitia hoc proponitur *in l. 19.* in eam venire dolum, & culpam creditoris, & custodiam, dolum & culpam, id est, si dolo creditoris, aut culpa pignus perierit, aut deterius factum sit: Nam (ut ait hæc *l. 19.*) creditor dolum, & culpam, & custodiam exhibere cogitur: ubi Accursius sic distinguit culpam à custodia, quem & plerique sequuntur, ut custodia sit contraria negligentiæ, atque ita lex velit negligentiæ nomine creditorem teneri debitori, quod non curatius, & diligentius custodierit rem pignori datam, sed neglexerit: culpa autem consistat, non in negligendo, id est, non faciendo, sed in faciendo, ut si creditor dum jaculatur, nec dum bene sciat vibrare jaculum, deerrans hominem trajecerit sibi pignori datum, atque ita Accursius in hac lege culpam

à custo-

à custodia distinguit, quam distinctionem omnino improbo: Nam certissimum est etiam in non faciendo culpam consistere, in negligendo, *l. si servum, ff. de verb. obligat. §. præterea, Inst. de leg. Aquil.* & nominatim in *l. socius socio, pro socio*, & in *§. præter, Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Juris auctor *culpam*, interpretatur desidiam, & negligentiam. Ergo culpam generaliter accipiamus pro levi negligentia, sive diligentiæ exactæ privatione, atque etiam pro delicto commisso, pro delicto facto per imperitiam, vel imprudentiam. Custodiam autem accipiamus pro exactissima diligentia diligentissimi patrisfam. cui sit contraria levissima culpa: Nam hæc lex rem auget, dum adjicit *& custodiam*, hoc est, dum ait *creditorem non tantum præstare dolum, & culpam*, quod nomen simpliciter significat levem, *sed etiam præstare custodiam*, id est, etiam levissimam culpam, quo modo etiam rem auget, *l. 13. §. ult. ff. de pig. act.* Sed creditorem præstare etiam custodiam, id est, exactissimam diligentiam, ita demum verum est, si creditoris tantum gratia pignus contractum sit, puta ut pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin parati etiam sine pignore roganti debitori pecuniam credere. Quo casu manifestum est, pignus dari tantum creditoris gratia, quia & sine pignore, si voluisset debitor, pecuniam mutuam accepisset à creditore. Et æquum est, ut in commodato, cum solius commodatarii gratia res geritur, ut præstet omnem culpam, & exhibeat omnem diligentiam, supremam diligentiam in servanda re commodata, vel pignorata. Cæterum aliud dicemus, si pignus contractum sit utriusque gratia, quod quomodo fiat, explicant Institutiones *in fin. tit. quib. mod. re contr.* ajunt pignus dari utriusque gratia: ubi velim vos subintelligere *plerunque*: Nam potest dari solius creditoris gratia: ac tum datur utriusque gratia, cum sine pignore debitor non erat habiturus pecuniam, cum quodammodo vi quadam creditor pignus ei extorsit, ut innuit *lex 4. hoc tit.* Debitoris gratia contrahitur pignus, quo magis ei credat, qui alioquin non crederet: atque etiam creditoris gratia, ut ei sit cautum pignore, ut in tuto sit creditum. Et hoc casu, negabo creditorem præstare custodiam pignoris, id est, teneri ex levissima culpa, secundum definitionem *l. si ut certo, §. nunc videamus, D. commod.* Et eadem distinctione utar in commodato, quoniam & in hac re pignus commodato comparatur, *d. l. 13. §. ult.* Nam si commodatum contractum sit solius commodatarii gratia, proculdubio præstat culpam, & custodiam, *d. l. si ut certo, §. commodatum*. Sin autem contractum sit utriusque gratia, quod fit in hac specie, si communem amicum invitemus ad cœnam, & tu parandæ cœnæ curam suscipias, ego tibi commodem supellectilem meam argenteam, commodatum fit utriusque gratia: & hoc casu commodatarius dolum tantum præstabit, & culpam, non custodiam, *l. in rebus, §. 1. ff. commod.* quæ etiam pignus comparat commodato. Et ita est accipiendum, quod habemus ex fragmentis, sive reliquiis Modestini ex *lib. 2. Different. Commodati judicio conventum, præstare dolum, & culpam, quia*, inquit, *utriusque contrahentis utilitas vertitur: nam* (hæc suppleamus) *si solius commodatarii, non tantum præstaret dolum, & culpam, sed etiam custodiam*. Et hæc distinctio, quæ summe notanda est, liquido demonstrat in hac re ne minimam quidem differentiam restare inter pignus, & commodatum. Illud certissimum est, in neutro contractu venire casum fortuitum, id est, ut hæc lex loquitur, vim majorem, vim divinam, invictam necessitatem, damnum fatale, quo pertinet etiam *l. 25. hoc tit.* Et furtum quandoque adnumeratur casui, & fortunæ, latrocinium semper, furtum quandoque, ut in *l. eum, qui, §. idem scribit, ff. de furt.* ut furtum, quod fit à saccülariis, vel apertulariis, *ce sont des mariots, ou coupebourses*, qui artibus quibusdam maleficis, è sinu quandoque ipsi hominis auferunt pecuniam, quod quis cavere, aut providere possit? Vel etiam ab apertulariis, seu directariis, *ce sont des crocheteurs de portes*, quod vix ullus tam diligens est, ut cavere possit. At plerunque furtum adnumeratur culpæ, & negligentiæ in non servando nostro, *l. 4. ff. naut. caup. stab. l. cum duob. §. damna, ff. pro soc.* Et huc pertinet etiam *l. 26. hoc tit.*

Ad L.XX. Creditor ad petitionem *debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, & si non velint accipere, consignato, atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione convenite.*

EX *l. 20.* notandum, creditorem invitum non compelli agere de credita pecunia, ut scilicet ei pecunia solvatur petenti, & pignora liberentur, & usuræ non currant: non compelli etiam creditorem oblatam pecuniam accipere, sed qui ab usuris, & sorte se, & pignora liberare volet, deponat pecuniam apud acta, & consignet: Depositio, & consignatio solutio est, quæ omnem obligationem perimit, *l. 9. inf. de solut.* Depositio sola non sufficit, sed necessaria est etiam consignatio, quæ non est, ut vulgus accipit, adnumeratio pecuniæ, sed sacculi, vel cistulæ, in qua est condita pecunia, obsignatio facta annulo signatorio debitoris, vel testium, ut in *l. ult. ff. de leg. commis.* Apul. 10. Metam. *in hoc ipso sacculo*, inquit, *conditos aureos annulo tuo prænota: donec altera die nummulario præsente comprobentur. Sic inductus signavit pecuniam.* Non potest etiam è contrario debitor prohibere creditorem, quo minus agat de credita pecunia, quo minus repetat pecuniam suam sub specie, puta usurarum, in quarum solutione se perseveraturum debitor dicit, *l. ult. §. ult. sup. de jur. dot.* Quod utique verum est, nisi aliud convenerit nominatim, scilicet ut quamdiu usuræ solverentur, sors non repeteretur, *l. 4. §. ult. l. qui in futurum, D. de pact.*

Ad L.XXI. Res obligatas *exterus debito soluto liberando, datum petere, non earum dominium adipisci potest.*

LEX 21. docet, eum, qui pro debitore animo negotiorum gestoris soluta pecunia, & usuris pignus liberavit, non ideo pignoris dominum fieri, quia nec creditor, à quo pignus liberavit, pignoris dominus fuit, *l. cum & sortis, §. ult. ff. de pig. act.* Sed id tamen, ut opinor, pignus, quod liberavit, retinebit veluti pignoris jure, donec ei id omne, quod pro eo solvit, reddatur, atque etiam sortis, quam pro illo solvit, usuræ, quæ creditori præstandæ fuissent, si pecunia ei soluta non fuisset. Nam quæ præstarentur creditori, & præstandæ sunt liberatori. Imo & usurarum pro illo solutarum usuræ ei præstandæ sunt, quia apud eum, qui solvit, sortis, non usurarum vice funguntur, *l. 12. §. sciendum, ff. qui pot. in pign. hab.* alioquin usurarum usuræ non præstarentur, quia sunt illicitæ. Et ita vero, qui sua pecunia redemit captum ab hostibus, ejus quidem, quem redemit, dominium non adipiscitur, sed cum retinet, quasi pignus, donec solverit pretium redemptionis, quod pignus naturale dicitur in *l. 2. inf. de cap. & postlim. reverf. ab hostib.* Naturale, quia jure civili liber homo pignori esse non potest. Ille autem liber factus est redemptione, & postliminio.

Ad L.XXII. Secundus creditor *offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, & à debitore sortem, ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest.*

LEX 22. docet, posteriorem creditorem, cui, verbi gratia, fundus Titianus pignori obligatus erat, offerendo pecuniam ei, cui priori idem fundus obligatus erat, in ejus locum succedere, & pignus sibi confirmare, quod infirmabat causa prioris creditoris, sive prærogativa temporis. Ait, *offerendo*, at subintellige, *vel si accipere nolit, publice deponendo, & consignando*: Nam sola oblatio, & nuda non confirmat pignus, *l. 1. inf. qui pot. in pig. hab.* nisi oblationem sequatur acceptio prioris creditoris. Id autem pignus, quod ita sibi posterior creditor confirmavit, non tantum ob sortem sibi debitam, & usuras suas, sed etiam ob sortem, & usuras, quas priori creditori solvit, & sortis

tis utriusque etiam deinceps usuræ current, id est, sortis suæ, & sortis prioris creditoris, quæ currerent priori creditori, si ei satisfactum non esset. At usurarum, quas posterior creditor priori solvit, licet eas ipse recte computet in sortem, tanquam sortem sibi debitam, tamen nullæ usuræ current. Et ratio hæc est, quia solvendo priori creditori, suum potius, quam debitoris negotium gessit, nimirum ut sibi pignus confirmaret. Et licet re ipsa etiam gesserit negotium debitoris, quem liberavit à primo creditore, tamen animum tantum habuit gerendi negotii sui, id est, confirmandi pignoris sui, & ob id æquum est, ut usurarum, quas sui potius, quam debitoris causa solvit, usuras non exigat, non accipiat. Et ita definitur *in h.l.22.* Unde sequitur, quod si quis non creditor gerens negotium debitoris, non suum, pro eo solvat creditori sortem, & usuras, omnis pecuniæ, quam solvit, id est, sortis & usurarum usuras exigere potest. Et hoc est, quod in specie proposita ait *l.12. §.sciendum, ff.qui pot. in pign. non enim*, inquit, *negotium alterius gessit, sed magis suum*. Et ratio hæc est, quia usuræ, quæ debebantur creditori post solutionem factam à negotiorum gestore sors efficiuntur, id est, negotiorum gestori, qui solvit pro debitore, debentur tanquam sors, non tanquam usuræ. Et ob id recte alias usuras admittunt, ut in *l.idemque, §.si procurator, in fi. ff.mand. l. qui negotiationem, §.ex duobus, in fi. & §.ult. ff.de administ. tut.* Nec obstat *l.ult. sup.de usur.* quæ destricte vetat etiam usurarum in sortem redactarum usuras exigi, quod tamen videmur ante probasse: sed ne morer longius in re non multum difficili, lex illa ultima sic intelligitur, si debitor, qui debet plurium mensium usuras creditori, vertente anno consummet in unam summam, eamque constituat se debere tanquam sortem, & ejus summæ stipulanti creditori usuras promittat, quod M. Tull. vocat *anatocismum anniversarium*: & destricte prohibetur in *d. l. ult.* Hæc est mens l.ult. At si negotiorum gestor vel procurator, tutor, curator, pro debitore solvat creditori usuras, nihil vetat lex ult. quin quod solvit pro alio, apud eum sit sortis vice, cujus etiam usuras accipere possit: neque enim ullus hic est anatocismus anniversarius. Et restat modo tantum ex hoc tit. lex ult. quam exponamus.

AD *L.ult.* Lex ult. loquitur de negotiatoribus, qui pecunias mutuas accipiunt, & pignori opponunt, quæ ex iis pecuniis comparaturi sunt, ut fit sæpe, *l.cum tabernam, ff.de pig. l.qui Romæ, §.Callimachus, ff.de verb.oblig.* Specialiter *l.ult.* loquitur de argentariis, qui mensas habent positas in foro, distrahendis, id est, permutandis pecuniis, accepto collybo, id est, permutationis mercede modica, *pour le change*, quæ etiam appellatur *aspratura*, maxime si asperis nummis, id est, recenter cusis permutentur veteres. Specialiter lex ultima loquitur de metaxariis, id est, serici negotiatoribus: Nam commune nomen *metaxæ*, quo significatur quælibet tracta lanæ, vel lini, vel fili, *un escheveau*, sericum fecit suum per prævalentiam, quod ditior sit tracta serici, adeo ut nunc tantum metaxa, quod nomen retinent etiam Vascones, *ils appellent un escheveau malasche*, ut metaxam tantum accipiamus pro tracta serici. Generaliter autem (ut initio dixi) hæc lex loquitur de omnibus negotiatoribus, qui pecunias mutuas sumunt sub pignoribus eorum, quæ postea ex iis pecuniis comparaverint, & ponit eos postea comparasse militiam sibi, vel aliis. Militia hoc loco, & in multis locis juris nostri, est officium palatinum, officium civile, quod aliquando ejus generis est (saltem id, de quo agitur in hac lege ultima) ut possit vendi, pignerari, locari, qualis est militia adjutorum quæstoris, ex *Nov.35.* Quæstor Palatii *en bon François c'est le Chancelier*, quod & Accurs. intellexit: adjutor quæstoris, *comme un chauffecire*. Quod officium etiam hodie potest vendi, & pignerari, & legari, ex *consti.* Ludovici XII. Ejusmodi etiam fuisse militiam silentiariorum, qui in palatio Principis indicunt silentium, Huissiers demonstrat *l.30. §. ult. sup.de inoffic. test.* & ejusmodi officia, sive militias hæc lex ostendit etiam transmitti in heredes sub definitione certa, id est, non prorsus transmitti, sed transmitti sub modo certo, sub lege certa, quia scilicet non ipsæ militiæ mortuo milite transmittuntur in heredes, sed qui subrogatur in locum defuncti militis, cogitur heredibus defuncti, vel uxori præstare certam summam solatii loco, quæ præstatio vocatur sæpe in Novellis *casus militiæ, la cheute d'un office par la mort d'un officier, le vacant*. Appellatur etiam placitum scholæ à Juliano Novellarum Interprete, & in hac lege, *placitum communemilitantium*. Recte: nam Schola nihil aliud est, quam schola militantium, *le corps des officiers*. Ex totius scholæ, id est, omnium officialium placito, vel ex beneficio Principis, defuncti militis heredibus debetur solatium ab eo, qui in defuncti locum subjit, & qui militiam defuncti obtinuit. Et pignori obligata *militia*, non tantum commoda, salaria, annonæ civiles, quæ ex militia adquiruntur, intelliguntur esse pignori, sed etiam casus militiæ intelligitur esse pignori, id est, solatium, quod debetur defuncti militis heredibus. His cognitis, facile erit cognoscere constitutionem hanc. Utitur hæc lex ultima distinctione hac: aut negotiatores, qui pecunias mutuas acceperunt sub pignoribus eorum, quæ postea compararent, mox militiam compararunt extraneis, aut sibi, vel liberis, vel cognatis. Si extraneis, non præsumitur militia comparata ex pecuniis creditis, nec erit pignori, nisi creditores probent ex iis pecuniis fuisse comparatam. Onus probationis incumbit creditoribus hoc casu. Sed si sibi, vel liberis, vel cognatis, mox post sumptas creditas pecunias militiam compararint, præsumuntur eam comparasse ex creditis pecuniis, nisi contrarium probent negotiatores, & erit pignori. Denique hoc casu onus probandi incumbit, non creditoribus, sed negotiatoribus. Præsumptio, quæ à creditoribus facit, transfert onus probandi in negotiatores. Et ratio differentiæ petenda est ex affectione personarum, quæ præsumptionem facit, ut non in aliam rem sumpserint pecunias mutuas, quam ut compararent militiam sibi, vel suis, quæ præsumptio non ita inducitur, cessante affectionis causa, ut cum militiam comparaverunt extraneis, & ignoratur ex qua pecunia, videbitur ex alia pecunia comparata, nisi creditores probent ex sua pecunia comparatam.

AD TITULUM XIV.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS TACITE CONTRAHATUR.

PIGNUS non tantum expressim contrahitur; quod appellatur manifestarium pignus, *l.pen. ff.eod.* sed contrahitur etiam tacite ex justa præsumptione, ut ait *l.ult. h. tit.* id est, ex præsumptione juris, *κατὰ πρόληψιν*: Nam pignus pacto contrahitur: pactum autem fit expresse, vel tacite, *l.2. ff.de pact.* Ergo pignus etiam contrahitur expresse, vel tacite. Et tacitum pignus, tacitamve hypothecam lex inducit, sive præsumit, quasi de eo tacite convenerit inter contrahentes, ut ait *l.3. & 4. ff.eod.tit.* quasi silentio convenerit, ut ait *l.ea lege, ff.loc.* Ac primum quidem fiscus semper habet tacitam hypothecam, non tantum ex causa tributorum, sed etiam ex causa contractuum suorum, *l.1. & 2. hujus tit. l.aufertur, §.fisc. ff.de jur. fisc. l.10. ff.de man. l.68. §.1. ff.de fidejuss.* Non igitur semper absolute, sed semper ex illis causis, puta tributorum, vel contractuum: nam multos esse casus, in quibus fiscus non habet tacitam hypothecam, est scriptum in *l.rescrip. ff. de pactis*. Et verum esse opinor, quod scribit Accursius *in d. §.fiscus*, fiscum ex pœnalibus causis non habere tacitam: certe non eam habet ex causis, quibus fisco nuntiari potest, veluti ex causa venditæ rei litigiosæ, vel ex causa inventi thesauri, vel ex causa dirutarum ædium promercii causa, nec etiam ex contractu, quem ipse non habuit, non contraxit, sed is, cui successit, *l.1. §.1. ff.quib.mod.pign.vel hypoth. sol.*

sol. Et observandum est maxime in hoc titulo, qui est de tacitis hypothecis, fisco dari tacitam hypothecam omnium bonorum debitoris ex causa tributorum, *l. 1. h. tit.* & ex causa contractuum, *l. 2.* Quo argumento fortiter defendi potest, ex aliis causis, quæ sunt omissæ in hoc titulo, fiscum non habere tacitam hypothecam. Et ita erit explicandum, quod ait *d. l. rescriptum*, quosdam esse casus, quibus fiscus non habet hypothec. Sequuntur alia exempla tacitæ hypothecæ. Fundi nominatim pignori obligati, fructus etiam ipsi pignerati esse censentur tacito intellectu, *κατὰ τὸ σιωπώμενον*, *in l. 3. h. tit.* Quod ne fallamur, omnino ita intelligi debet, si eos fructus debitor percepit ex fundo expresse obligato pignori: Nam si creditor fructus perceperit, in sortem imputabuntur, *l. 9. sup. tit. prox.* nec possunt esse pignori creditori, qui sunt percepti à creditore ipso, quia nunquam fuerunt in bonis debitoris, quod maxime necesse est, ut pignus consistat. Ergo sic dicamus: ex fundo pignerato fructus perceptos à debitore, & ipsos tacite pigneratos videri. Verum additur *in hac l. 3.* ex his fructibus, qui & ipsi pignori esse videntur, comparata forte à debitore prædia, pecunia scilicet redacta ex iis fructibus, non videri etiam ipsa pignerata, ob hoc solum, quod fructus pignerati erant, quod confirmat *l. itemque, in fi. ff. qui pot.* Aliud exemplum suppeditat *l. 4. h. tit.* Dos mulieris tacite fisco pignori obligata est ob reliqua primipili à marito administrati, id est, annonæ militaris administratæ à marito centurione primipili, quæ administratio est munus publicum, quod pertinet ad totam legionem. Et ex hac causa sunt fisco obligata omnia bona mariti, quasi ex contractu, *l. 2. h. tit.* & dos quoque mulieris, quod & hæc sit in bonis mariti. Verumtamen, quia & ipsius mulieris est dos, licet sit in bonis mariti, ut ait *lex quamvis, D. de jur. dot.* quia dos est patrimonium mulieris, ut eleganter ait hæc *lex 4. & lex 3. §. sed utrum in fine, D. de minor.* ideo non statim fiscus ex causa administrationis primipili gestæ à marito, potest in dotem exequi jus tacitæ hypothecæ, sed prius debet excutere bona mariti, & fidejussoris, aut nominatoris ejus; ex quibus si fiscus solidum servare non potuerit, tum demum, & tum solum ei licebit venire ad dotem mulieris, cum tamen alias hypothecario creditori, cui plures res obligatæ sunt, ab ejus discussione, quam maluerit, liceat inchoare. Primipilus est primus centurio totius legionis, centurio primipili, quem ejus jussa capessentes sequebantur 60. centuriones, ut scribit Dionys. Halic. lib. 9. de Flavolejo primipilo, & sequebantur etiam eum quatuor centuriæ, id est, 400. milites, ut Vegetius scribit *lib. 2.* quem etiam adjicit cepisse totius legionis merita, & commoda, id est, stipendia, & annonas militares, ut eas distribueret, & exhiberet militibus. Et hoc est, quod sæpe legimus in constitutionibus, primipilo fuisse curæ pastus militares, id est, annonas militares, *l. 3. & 7. inf. de cohort. prim. & l. 6. C. Theod. eod. tit.* Et ex ejus quidem curæ, sive curationis causa universa bona primipili, simul ac dos uxoris ejus, fisco pignori tacite obligata erant, non etiam uxoris paraferna, in quibus maritus nihil juris habet, ut *l. 1. sup. de privil. fisci.* Et quod ita hic definitur de curatione primipili, ut idem statuamus de qualibet curatione, functioneve publica, ex contrario argumentum præbet *l. 3. sup. ne ux. pro marito.* Quartum exemplum tacitæ hypothecæ proponitur *in l. pen.* Sciendum est, pupillos in omnibus tutoris, & juvenes in omnibus bonis curatoris habere tacitam hypothecam, *l. pro officio, sup. de administ. tut. l. ult. sup. de leg. tut. l. 1. sup. rem al. ger. l. 1. §. & ut plenius, sup. de rei ux. act.* Imo vero, quod est valde novum ex *d. l. pen.* si mulier mortuo primo viro, susceperit legitime tutelam filii impuberis, dato jurejurando, ut olim necesse erat, se interim alii viro non nupturam, & contra fidem jurisjurandi secundo viro nupserit, non petito tutore filio suo, & non redditis rationibus tutelæ à se administratæ, bona secundi mariti, id est, vitrici, ex causa tutelæ, quam mater administravit, pupillo tacite obligata sunt. Cujus constitutionis, quæ etiam repetitur, in *l. 2. sup. quand. mul. tut. off.* nulla alia ratio reddi potest, quam quod id omne, quod forte mater intercepit filio, præsumatur pertulisse ad secundum virum, totius fraudis maternæ conscium, & participem. Et postremo notandum est ad *legem 5. & l. ult.* quæ lex 5. est de prædiis rusticis, lex ultima de prædiis urbanis. Notandum, inquam, locato fundo, fructus ex eo à colono perceptos, ob mercedem, sive pensionem locatori tacite pignori obligatos esse, *l. in prædiis, ff. eod. tit. l. si in lege §. si colonus, ff. locati.* Non etiam similiter ob mercedem locatori tacite videri obligata, quæ colonus in fundum invexit, vel intulit, nisi expressim convenerit, ut hæc pignori essent, *l. 5. hoc tit. l. 4. ff. eod. §. interdictum quoque, Institut. de interdict.* qui exigit specialem pactionem de pignore rerum coloni, quam etiam exigit Theophilus in *§. item Serviana, de act.* Nec aliud plane voluit illa vexata *l. certi, sup. de loc.* Nam in *d. l. certi*, verbo (*induxerint*) est appingenda subdistinctio, sive sicilicus, *une virgule*, ut lex dicat, *ea, quæ in fundum conductum coloni voluntate dominorum induxerint, ut scilicet obligata essent*, sicut primus docuit Fortunius Garsias in *l. 5. ff. in quib. caus. pign.* voluntate dominorum induci pignus, ut sit obligatum. Cur enim voluntate domini induceretur res coloni, nisi ut esset obligata? Ergo voluntate domini, & sciente domino, & volente, non celato domino inducere vasa sua in fundum conductum est pacisci, ut pignori sint: Nam quo voluntas, aut scientia locatoris, nisi ut pignori sint, ut inducantur pignoris loco pro pensione? & hoc ait *l. certi* in prima parte. In secunda autem parte docet eadem lex, aliud esse dicendum in prædiis urbanis. Nam invecta, illata, inducta, importata ab inquilino in prædia urbana ex tacita conventione citra voluntatem, scientiam, conventionem locatoris, pignori esse censentur: invecta supellex pro pensione tacite pignori nexa est, ut *in l. ult. hoc tit. & l. 4. ff. eod. & l. 4. in princ. ff. de pact.* Et *lex ult. h. t.* plane indicat, in ff. & in aliis omnibus constitutionibus, quæ tractant hac de re, quæve pertinent ad hanc quæstionem, urbana prædia, vel urbanas habitationes accipi pro eis tantum, quæ sunt Romæ, vel in ejus territorio: Nam & tacita hypotheca invectorum, & illatorum in ædes conductas ante Justinianum non habuit locum in provinciis. Sed Justinianus in hac lege ultima eam etiam trahit ad Constantinopolim, quæ dicitur nova Roma, & provincias omnes. At in prædiis rusticis invecta, illata, non tenentur locatori pignoris jure, nisi ex manifestaria conventione, non ex tacita, sive præsumpta. Est igitur hac in re differentia inter fundum, & ædes, id est, inter prædia urbana, & rustica, inter colonum, & inquilinum. Et ratio differentiæ hæc est, quia locato fundo, vulgo conveniri solebat, ut fructus, qui ibi nascerentur, locatori pignori obligati essent ob pensiones locationis. Et ita vulgo convenire solitos contrahentes aperte ait *l. si servus communis, §. locavi, D. de furtis.* Quod autem vulgo agi solebat, maxime in contractibus bonæ fidei, tandem receptum est, ut tacite semper actum intelligeretur. Quod manifestum fiet duobus exemplis. In venditione hominis solet emptor sibi cavere de dupla, evictionis nomine interposita stipulatione, quam si omiserit, nihilominus habebitur pro cauta, quia (ut ait *l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de Ædil. edicto*) ea, quæ sunt moris, & consuetudinis in bonæ fidei negotiis semper cauta intelliguntur. Denique hæc omnia fiunt ex præsumptione juris. Aliud exemplum sumemus ex *l. ult. inf. quæ res pign. oblig. poss.* Si obligavi pignori bona mea simpliciter, intelligor obligasse non tantum præsentia, sed etiam futura, licet dixerim bona mea simpliciter, nullo adjecto. Cur ita? quia generalis hypotheca ita vulgo contrahi solebat, *quæ habeo, quæque habiturus sum*, ut ait *l. ult. inf. de remiss. pig.* Ergo & qui dixit bona mea, videtur tam præsentia dixisse, quam futura, secundum quod vulgo concipitur generalis hypotheca. Locatis autem ædibus, quoniam in eis nulli fructus nascuntur, quoniam earum reditus non consistit in fructibus: sunt enim steriles, sed consistit tantum in mercedibus, quæ sunt

rum domini, vel servo, aut filio administrandarum rerum peculiarium) non posse ergo servum, aut procuratorem, non posse colonum, non posse actorem prædiorum, id est, villicum, non posse conductorem prædiorum ea, invito, vel inscio domino, pignerare, *l.ult.hoc tit.* Et ait, *nexum non facit prædiorum, prisca voce, & propria:* Nam ut apud Varronem 6. *de lingua latina*, ait Scævola Jurisc. *proprie nexum dicitur, quod obligatur per æs, & libram, nec fit accipientis.* Et hujusmodi est pignus, quia obligatur, nec fit accipientis. Et ait *dict. l.ult. invito, vel inscio domino:* Nam si dominus sciens ab alio rem suam pignori dari in fraudem creditorum dissimulaverit, nec rem impediit, secum reputans nihil agi, pignus recte contractum intelligitur, *l.2. hoc tit.* Scientia, & dissimulatio domini pro consensu est, vel mandato, ut si fidejusserit, qui casus est valde notandus, pro debitore, qui rem ejus pignori obligavit, hoc ipso, quod fidejussit, mandasse intelligitur, ut ea res pignori esset. Et de hoc est singularis *l.5. §.ult. in quib. caus. pig. tac.* Sufficit etiam ratihabitio domini, cui rem alius pignori dedit, modo dominus sit major 25. annis, ut *l.pen.hoc tit.* quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur, & proprie dicitur voluntas, *l.1. hoc tit.* Solet enim voluntas in jure nostro separari à mandato, accepta nimirum pro ratihabitione, *l.3. §.sed si mutua, ff.de in rem verso, l.Pomponius, §.ult. ff.de procurat. l.si fundus, §.1. D.de pign. l.si Stichum, §.ult. D.de novat. l.9. §.ult. D.de donat.* Nec omittendum, cum hac lege ult. esse conjungendam *l.ult. sup. quod cum eo, qui, & l.2. sup. ne liceat potent. & l.1. de prob. sequest. pec. & l.4. inf. de execut. lib.12. & l.per colonum, inf. de agric. & cens. lib.11.* quæ lex est pars hujus legis ult. Et præterea notandum est, non posse etiam tutorem, vel curatorem rem mobilem pupilli, vel juvenis, vel furiosi in rem suam pignori obligare, *l.3. & 7. hoc tit.* In rem pupilli, vel ejus, cujus negotia tuetur, potest rem pupilli pignori obligare, puta pecunia versa in rem pupilli, *l.tutor, in princ. de pigner. act.* Et ait recte *l.3. rem mobilem*; quia ne res immobilis pigneretur, etiam in rem pupilli, vel juvenis, obstat Senatusconsultum factum auctore D.Severo, de quo in tit. *de reb. eor. qui sub tut. vel cur.* Ergo sic dicamus: si tutor, vel curator rem mobilem ejus, cujus negotia tuetur, in rem ejus pignori obligaverit, pignus est. Ex quo sequitur, creditori non tantum dari retentionem pignoris, sed etiam utilem actionem hypothecariam, qua pignus illud persequatur, quod alius possidet. Et idem omnino possumus statuere, si procurator in rem domini pecuniam acceperit, & rem domini eo nomine obligarit: Nam etsi *lex 1. hoc tit.* hoc casu creditori tantum det retentionem pignoris, quod possidet, opposita domino vindicanti rem exceptione doli mali, cujus hæc erit formula: *Si non dolo facis, qui vindicas rem, quæ in rem tuam mibi obligata est: pecunia, scilicet mea, cujus nomine mibi obligata est, conversa in rem tuam:* tamen tentari potest etiam, creditori non possidenti eam rem, dari utilem, non directam hypothecariam ad persequendam ejus rei possessionem. Sed quia facilius datur exceptio, difficilius actio, sive persecutio, ideo *l.1.* loquitur tantum de exceptione danda, de retentione exceptionis jure, modoque, qui est expeditior, id est, qui dabitur sine controversia: sicut etiam evenit in hac specie. Si rem alienam pignori dedi invito domino, cujus postea dominium adquisivi: Nam eleganter Papinianus in *l.1. de pignor.* ait, hoc casu facilius creditori possidenti, qui ab initio scivit rem alienam fuisse, dari retentionem, difficilius dari actionem hypothecariam, id est, dari quidem actionem, sed ægre, nec sine controversia. Et constat tamen hodie hoc casu creditori etiam dari utilem Servianam, id est, hypothecariam, *l.rem alienam, D.de pigner. act. l.5. hoc tit.* quæ ait, *hoc casu dominio pignoris postea adquisito debitori, dari creditori utilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ.* Ubi notandum, *exemplo pigneratitiæ*, id est, hypothecariæ directæ: Nam actio pigneratitia, est appellatio ἀμφίβολος, qua modo significatur actio in personam de recuperando pignore, quæ debitori competit soluta pecunia, ut in *tit. de pignerat. act.* modo actio in rem, id est, hypothecaria in multis locis. Et ita in *l.5. h.tit.* in proposito casu dari creditori utilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ, id est, hypothecariæ directæ, & ordinariæ: Nam in innumeris locis juris nostri actiones utiles dicuntur dari exemplo, vel ad exemplum, seu directarum ad instar. Sic igitur fit, ut pignus, quod ab initio non constitit, dominii acquisitione convalescat, quod non pugnat cum regula Catoniana, quæ multis casibus objicitur, quod non valuit ab initio, ex post facto non convalescit: Nam non deerramus etiam ab ea regula hoc casu: nam pignus non convalescit etiam directo, ut ait *l.si Titio, de pign.* sed data utili actione, debitore postea facto domino pignoris. At quæritur, an idem sit dicendum è contrario, si dominus pignoris postea sit factus debitor, ut si heres exstiterit debitori, qui rem suam pignori dederat, an etiam hoc casu debitori, non tantum sit danda retentio pignoris, sed etiam persecutio, utilis hypothecaria? Et Paul. in *l.rem alien. de pign. act.* negat in hac specie, diversa à superiore, creditori dari utilem actionem hypothecariam: & hac utitur ratione differentiæ, quæ est acutissima, quia in hac specie dominus pignoris, qui postea jure successionis factus est debitor, nihil pepigerat de pignore, ut ideo non sit, cur adversus eum creditor agat utili hypothecaria, qui nihil ipse pepigit de pignore. At in superiori specie, debitor, qui postea factus est dominus pignoris, pepigerat de pignore, & ideo improbe resistit, quo minus adversus eum creditor agat utili hypothecaria, ne ex suo mendacio arguatur, ut ait *l.rem alienam.* Sed postea placuit etiam in hac posteriori specie, cum dominus pignoris factus est debitor, creditori dari utilem hypothecariam, ut Modestinus scribit in *l.si Titio, D.de pign.* Nam nulla est ratio conciliandæ *legis rem alienam* cum *l.si Titio:* nulla etiam ratio quicquam corrigendi, ut fecit Alciatus in *lege rem alien.* Sed dissidii causa inter Paulum, & Modestinum hæc est, quia Modestinus diutius vixit, quam Paulus: Nam Modestinus usque ad tempus Gordianorum, ut probat *lex 5. sup. ad exhib.* Et verisimile est ea ætate invaluisse ex æquitate, ut non minus hoc, quam illo casu daretur creditori utilis hypothecaria. Et maxime observandum illam *legem si Titio*, esse ex libro 3. Differentiarum Modestini, ut sit verisimile, aut verum potius, libris Differentiarum Modestinum ex Paulo, cujus fuit studiosus, proposuisse hanc differentiam inter hanc, & illam speciem, quam proposuit Paulus in *l.rem alienam*, sed adjecisse hodie ex æquitate, sublatam esse differentiam, & utroque casu, dari creditori utilem hypothecariam, etiam hoc casu posteriore, ut heres ratum habeat pignus, quod defunctus contraxit, idque patiatur sibi auferri, licet de eo nihil pepigerit utili actione hypothecaria, quod defunctus debitor, cui successit, de eo pepigerit.



AD TITULUM XVI.

QUÆ RES PIGNORI OBLIG. POSSUNT, VEL NON, ET QUAL. PIGN. CONTRAH.

REBUS alienis, quas pignori obligari non posse, superior titulus ostendit: hic titulus adjungit alias plerasque, ut monumentum, sive sepulchrum *l.3.* quod etiam tituli monumentorum antiquorum frequenter vetant, ut in hac inscriptione: *Marcus Vlpius Augusti libertus fecit sibi reliquiarum suarum condendarum gratia, & posteris, qui in nomine suo permanserint, ea conditione, ne fiducient* (id est obligent) *ne vendant, neve alio quo genere id sepulchrum, sive monumentum alienare ulli potestas sit.* Et in alia: *Monumentum cum ædificio neque mutabitur, neque veniet, neque donabitur, neque pignori obligabitur, ne de nomine meo exeat.* Et nominatim testator in *l.pater, §.Julius, ff.de leg.3.* vetat, *ne reliquias suas*, id est, *monumentum, vel ossuarium heres pigneret, neve ullo modo alienet.* Item spes præmiorum facti

certaminis pignori obligari non possunt, ut ait *l. 5. hoc tit.* spei emptio, & venditio est, *l. 8. de contrah. empt.* Puta si quis emat bolum, sive jactum retis, *un traict*, emit spem, & emptio venditio est: ergo spei etiam pigneratio est: sed non spei sacrorum certaminum: ergo nec præmiorum sacrorum, qui consiltebant potissimum in annonis, & pensitationibus, *ut ait l. 5.* quæ athletis, qui vicissent sacris certaminibus pro coronis, *ut ait lex*, id est, pro adepta victoria de publico præstabantur, quamdiu erant in rebus humanis, ut Vitruvius initio *l. 9.* ait. *Nobiles athletas, qui vicissent sacris Cereris certaminibus, quatuor à Republica perpetua vita constitutis vectigalibus frui.* Et Trajanus Imperator ad Plinium 10. Epist. *Obsonia certaminum, quæ Iselastica sunt, athletis deberi ex die, quo in civitatem suam εἰσήλασαν*, id est, *invecti sunt*, *ils ont fait leur entrée*, *post palmam, & victoriam*. Unde nomen *Iselasticis* præmiis certaminibusque, quod ex die, quo victores invecti essent in civitatem suam, de publico ea illis obsonia, & annonæ præstarentur. Et invehebantur quidem *palmati* ex certamine in civitatem suam, non per portam civitatis suæ, sed disiecta parte muri, ut docet Svetonius in Nerone cap. 24. ejusque moris rationem reddit Plutarchus in simposiacis. Ait autem *l. 5. privata pactione non posse obligari pignori spem sacrorum præmiorum.* Recte *privata pactione*: Nam auctoritate judicis debitore condemnato, cui sacra præmia debentur, si alia bona non suppetant, iis vectigalibus, obsoniis, annonis, pensitationibus, commodis, interdici, & ea in causam judicati pignori capi possunt. Et hæc est sententia *l. commodis, D. de re judic.* Sicut hodie videmus beneficia ecclesiastica privata pactione pignerari non posse, sed iis, ad quos pertinent condemnatis, nec facientibus judicatum, eis commodis beneficiorum interdici, qua de re est glossa in *l. 4. sup. de re judic.* At si commoda hæc, vel illa sacrorum certaminum privata pactione obligari non possunt, consequens esse ait *d. l. 5.* ut nec generali obligatione contineantur. Unde sic statuo, quæ specialiter obligari non possunt, nec generali hypotheca omnium bonorum continentur. At contra pleraque sunt, quæ non continentur generali hypotheca, quæ tamen specialiter pignerari possunt, ut alumni nostri, *l. 1. h. tit.* qui videlicet sunt in potestate nostra, & proprie à Græcis dicuntur θρεπτοί, vel [illegible], non, ut in l. 1. habent Basil. ὁμογάλακτοι: Nam hi sunt collactanei, qui eandem nutricem simul biberunt, non alumni, sive altelli. Item generali hypotheca non continetur concubina ancilla, vel filius naturalis ex ea susceptus, non continetur etiam supellex, quod maxime notandum, non continetur etiam vestis, *l. oblig. & seq. ff. de pign.* Et vestis tamen pauperis, aut viduæ ex lege Dei, nec specialiter pignori obligari potest, nec meta, aut catillum, sive molucrum, quæ sunt partes molæ, & à 70. dicuntur μύλον, καὶ ἐπιμύλιον *Deut. 24. & Exodi 22.* Addamus ex *l. 6. h. tit.* filios nostros, aut liberos homines pignori obligari non posse, quia scilicet in bonis nostris non sunt. Qua ratione etiam monumentum, vel sacra præmia pignori obligari non possunt: & ex *l. 7. hoc tit.* nec privata pactione, nec publica auctoritate pignori capi posse à creditoribus, vel ab executoribus rerum judicatarum servos aratores, vel (*ut ait l. 7.*) boves aratorios, quos etiam Ovidius vocat colonos, & ruricolas, & Varro socios hominum in opere rustico, & Cereris ministros, à quibus antiquos ita manus abstineri voluisse, ut capite sanxerint mulctari, si quis eos occidere voluisset. Idemque Plinius 8. cap. 24. & Ælianus 5. variarum Histor. cap. 14. *Lege Dei, qui bovem assuetum aratro subripuerit, gravius punitur, quam cæteri fures.* Damnatur enim in quintuplum *Exod. 22.* Et invenio etiam in eis animalibus hoc esse præcipuum in *l. 1. C. Th. de curs. publ.* ut etiamsi deficiant animalia deputata cursui publico, ne ad peragendum cursum agricolis abstrahantur boves aratorii, quandoquidem cursus peragebatur etiam vehiculis, & rhedis tractis protelo boum, qui semel irritati, sunt supra quam dici potest pernicissimi. Et Eginhartus in Carolo Magno refert, *etiam Carolum magnum fuisse vectum carpento, & id ducente protelo boum.* Placet etiam valde lex Valent. Imperat. cujus meminit Divus Hieronymus 2. adversus Jovinianum, *ne quis ad certum tempus vitulina vesceretur, quia*, inquit, *ea lex agriculturæ providet utilitati.* Qua ratione ex hac lege 7. boves aratores pignori capi non possunt; sed addit lex aliam rationem, quod ablatis pro pignore bubus aratoriis, tributorum illatio retardetur, eorum scilicet, quæ de fructibus exigebantur pro anni copia, vel inopia: Nam ex provinciis aliæ inferebant certum stipendium quotannis, quod nunquam minuebatur, maxime quæ bello devictæ erant provinciæ, ut Hispania, & Africa: aliæ tantum fructuum decumas, ut Sicilia, quod Marcus Tullius ostendit *in frumentaria*, & Appianus *lib. 5. de bello civili*. Eadem lex 7. & 8. servis, & bobus aratoriis adjungit *instrumentum omne aratorium*, velut vomeres, & aratra, ut hæc etiam pignori capi non possint. Et statuit arbitrio judicis coerceri executores rerum judicatarum, & creditores, qui eas res pignori capiunt: itemque decuriones, & præfectos pagorum, sive vicorum, qui in exigendis tributis eas res pignori ceperint. Nam in *l. 7.* vulgo legitur *præfectus pagi, aut vici*, recte, ut opinor, qui alibi dicitur præpositus pagi, præpositi pagorum, præfecti pagorum, ut in Novella de Alexandrinis, πάγαρχοι, & in Histor. Euseb. lib. 9. c. 1. In constitutione quadam Constantini, *magistratus municipales, vel præpositos pagorum cujusque civitatis.* Et ita in *l. 2. inf. de suscept.* & in *l. 1. C. Th. de erog. mil. ann.* Quamobrem vereor, ut in C. Theodosii, in quo est *h. l. 7.* non emendate sit scriptum, *præfectis pacis*, quam scripturam etiam Basilica sequuntur, quæ vertunt εἰρηνάρχαις. Nam ad Irenarchas, de quibus est titulus lib. 10. pertinebat tantum cura, & vigilantia tuendæ pacis in provinciis, tuendæ εὐταξίας, non etiam cura exigendorum tributorum, sed ad decuriones, vel ad præfectos, aut præpositos pagorum. Posses iis addere etiam arma militum pignori obligari non posse, ut ex Menandro hanc fuisse legem Athenis Suidas probat, apud quem quidam miles ait, *se adactum paupertate.* τοὺς νόμους παραβαίνειν θεσπίζοντας τὰ ὅπλα ἐνέχυρα μὴ τίθεσθαι, id est, *se migrare legibus, quibus cautum, ne arma pignori opponantur.* Quod etiam citra illam auctoritatem nostri interpretes probant. Idemque traxerunt ad arma militiæ nostræ, id est, ad libros. Unde Petrus de Vineis, qui fuit quæstor Imperatoris Friderici *lib. 3. Epist.* dum scribit de privilegiis universitatis Neapolitanæ, *ut mutua pecunia detur studiosis, pignori datis libris, sed mox precario restitutis, alioquin librorum pignus esse inutile.* Et ita etiam hodie res geritur in Italia: Ac præterea observandum est, hunc titulum, quantum ejus conceptio demonstrat, non tantum esse de rebus, quæ pignori obligari non possunt, sed etiam de iis, quæ pignori obligari possunt, de quibus scilicet dubitari poterat, ut *l. 4.* ostenditur, recte pignori obligari nomina, id est, cautiones debitoris, & jure pignoris creditorem posse convenire debitorem debitoris, quod jus non semper obtinuisse indicat *l. postquam, sup. de hered. vel act. vend.* nec deerat causa dubitandi, quia cum nomen pignori datur, id est, obligatio, sive cautio quædam alterius debitoris, id est, debitoris debitoris, hoc fit invito altero debitore, *l. 3. sup. de hered. vel act. vend.* Quod videtur esse iniquum, ut qui mihi debet, invitus quodammodo mutet creditorem, & possit ab alio exigi, & excuti. Et tamen, ut ait *l. postquam*, eo decursum est, ut debitor meus nomina suorum debitorum etiam invitorum, vel inscriorum, mihi pignerare possit, & receptum etiam est, ut nomina possint pignori capi auctoritate judicis in causam judicati, *l. à D. Pio, §. sic quoque, D. de re jud. l. 2. sup. quando fisc. vel privat. l. etiam, sup. de execut. rei judic. l. 1. inf. de prætor. pign.* Postremo additur in hac rubrica, etiam qualiter pignus contrahitur, quo pertinet tantum *l. 2. & ult. h. tit.* pignus consensu nudo contrahi, & ideo quid paciscentes senserint, non quid dixerint, spectandum esse, quia res substantiam capit ex consensu solo. Unde pignori dato instrumento emptionis agri, agrum ipsum pignori nexum videri, *l. 2. h. t.* Si convenit, ut instrumentum ὠνητικὸν, ut Græci vocant, sit pignori, de agro convenisse intelligitur,

gitur, ut ager, cujus auctoritas est instrumentum, pignori sit. Contrahitur etiam pignus re, quod in *Nov.* 7. dicitur corporale pignus, *σωματικὸν ἐνέχυρον*. Et, ut ostend.*l.ult.* si generaliter convenerit, ut bona omnia sint pignori simpliciter, vel si quis quid promiserit *fide, & periculo rerum suarum*, etiam de futuris bonis, secundum vulgarem cautionem convenisse intelligitur, sive dixerit, *bona mea pignori sunto*, sive dixerit, *promitto me tibi pecuniam illam soluturum fide, & periculo rerum mearum*: Nam obligari solebant vulgo præsentia, & futura generali hypotheca, ut *l. ult. inf. de remiss. pignor.* Et, ut sæpe diximus, quod erat in usu quotidiano, transiit in jus commune, puta, ut obligatis bonis omnibus. censeantur etiam obligata futura, ut promissa fide, & periculo rerum suarum, pigneratæ etiam videantur, & præsentes, & futuræ res, quæ sunt in dominio debitoris. Et quod ait hæc l. prima specie obscurum videtur, *nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecæ, &c.* Justinianus bis verbis significat, olim fide data *periculum rerum suarum*, visum fuisse prudentibus, iis verbis contractam esse specialem hypothecam, non generalem omnium rerum, quas habet, aut habiturus esset. Et ita accipiunt Basilica recte, dum ajunt, ea verba (*periculo rerum mearum*) facere generalem hypothecam, non ut olim specialem: *γενικὴν ὑποθήκην ποιεῖν, οὐχ ὡς πάλαι ἰδικήν*. Igitur boc loco, *nec minus habere*, id est, non habere ea verba mentionem specialis hypothecæ, non facere specialem hypothecam, sed generalem præsentium, & futurorum bonorum.



AD TITULUM XVII.

QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.

Ad L. I. Qui pignus secundo *loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, & deposuit, nec in usus suos convertit.*

Ad L. V. Prior quidem creditor *compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi (id) omne, quod debetur, solveris (pignoris) tui causa firmabitur.*

Ad L. VIII. Diversis temporibus eadem *re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi, ac manifesti juris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.*

VENIAMUS ad titulum 17. *qui potiores in pignore hab.* cujus nulla pars est hodie, quæ non accuratissime observetur. Idcirco in hoc titulo perscrutando summa sedulitate opus est. Ostenditur autem in h. tit. ex duobus, aut pluribus creditoribus, quibus diversis temporibus separatim eadem res in solidum pignori obligata est, vel quibus separatim ex diversis contractibus universa bona obligata sunt, quis præferatur in exequendo jure pignoris, hac potissimum regula constituta, *priorem tempore præferri posteriori*.

In qua ne nos ambiguitas nominis inducat in errorem, admonendi sumus, priorem esse eum, qui data pecunia mutua, vel promissa stipulatione solemni, pignus accepit, vel pepigit. Exigo, ut pecuniam dederit, vel daturum se stipulanti promiserit: Nam si neque dederit, id est, numeraverit, neque promiserit, quamvis spe futuræ numerationis pignus acceperit, vel pepigerit: nihil enim vetat accessionem præcedere negotium principale, pignus præcedere contractum principalem, sane in eo pignore non erit potior illo, cui postea idem pignus obligatum est pro pecunia, quam numeravit, quoniam hic in causa pignoris magis prior esse censetur, quam ille: nec enim prior æstimatur ex tempore dati, pactive pignoris, sed ex tempore habiti contractus, & negotii principalis, quæ definitio bellissime confirmatur *l. 8. h. t. l. 1. l. qui balneum, l. potior, in prin. & §. 1. ff. eod. l. pen. D. quæ res pign.* At secundum illam regulam, quæ (ut dixi initio) potissimum in hoc titulo proponitur, *ut jure sit potior, qui tempore est prior in causa pignoris*, differentia constituitur inter actiones personales, quæ sunt principales descendentes ex principali negotio, & hypothecarias: Nam in actionibus personalibus privilegia æstimantur ex causa debiti, veluti ex causa dotis, ex causa tutelæ, ex causa publica, vel fiscali, quæ privilegiariæ sunt, non etiam æstimantur ex tempore, *l. privilegia, ff. de reb. auct. jud. possid.* In actionibus autem hypothecariis privilegia æstimantur ex tempore, nimirum quia antiquior excludit novissimos creditores hypothecarios. Itaque antiquioris, & prioris creditoris hypotheca potentior, & firmior est, etiamsi prior creditor nihil offerat posteriori creditori, *l. 5. h. tit.* Posterioris autem hypotheca est infirmior, quoniam in id duntaxat est efficax, quo summa pignoris excedit summam prioris sortis, & posteriori creditori non confirmatur in totum, nisi priori soluta sit omnis pecunia debita, *l. 8. h. tit.* vel oblata, obsignata, deposita à debitore ipso, vel à posteriori creditore, *l. 1. h. tit.* in quam transferri velim, quod hac de re tradidi in *l. 22. sup. de pign.* Ait autem lex *1. obsignavit, & deposuit*, quia sola oblatio pecuniæ debitæ priori creditori, neque solvit pignus prioris contractus, neque confirmat posterioris, sed necessaria est obsignatio, & depositio, quæ fiat publice, & solemniter testibus præsentibus, & quæ perseveret, nec retractetur, aut rescindatur posteriore creditore revocante pecuniam obsignatam, & depositam, ac convertente in usus suos: *depuis que le depost est fait, il n'y faut plus toucher*. Nam si pecuniam priori oblatam, & obsignatam, depositam, deinde posterior creditor retrahat, & convertat in suos usus, nihil egisse intelligitur.

Ad L. II. Si decreto prætoris, *qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam judicati ejusdem fundi pignus occupaverit, jussu ejus, qui jure sententiam exequebatur tempore potiores estis: Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore.*

EX lege 2. intelligimus superiorem regulam, *ut sit potior jure pignoris, qui prior est tempore*, locum habere non tantum in pignore conventionali, sed etiam in pignore prætorio, id est, quod missio in possessionem bonorum debitoris non solventis constituit, quæ fit ex edicto, & decreto prætoris, crediti, aut judicati, aut dotis, aut legati, vel fideicommissi servandi causa. Et species l. 2. hæc est. Is, cui relictum est fideicommissum sub conditione, pendente conditione, desideravit heredem sibi cavere fideicommissi nomine: heres non vult cavere: herede non cavente, prætor fideicommissarius eum misit in possessionem bonorum omnium, quæ in causa hereditaria sunt, vel (ut hæc l. ponit) in possessione unius fundi hereditarii. Quod notandum, ut sciamus interdum non in omnia bona hereditaria missionem fieri, sed in unam tantum rem hereditariam fideicommissi servandi causa, cum una res satis idonea videtur ad fideicommissum redigendum in tutum. Nondum peracta est species. Fideicommissarius ergo missus est in possessionem: quo genere constitutum est pignus prætorium, deinde vero prætor urbanus: Nam fideicommissarium in possessionem misit prætor fideicommissarius; sed deinde prætor urbanus creditorem hereditarium similiter misit in possessionem rerum hereditariarum, vel ejusdem fundi hereditarii, judicati servandi causa, cum creditor adversus heredem debitoris defuncti sententiam accepisset. Uterque, id est, fideicommissarius, & creditor jure prætorio pignus habet: uterque pignus prætorium habet, quia uterque missus est in possessionem. Sed qui prior habuit pignus prætorium, is est fideicommissarius, utique posteriori præfertur, nempe creditori. Sicut ex diverso, si id prior creditor habuisset, fideicommissario

esset

esset potior in executione pignoris prætorii, *l. 5. §. postquam, ff. ut in possess. legat.* A Et observa maxime in hac specie, unum fuisse missum in possessionem ex causa fideicommissi, alterum ex causa crediti: non fuisse igitur utrumque ejusdem tituli, seu causæ: Nam si ambo fuissent missi ex pari causa, puta, sui quisque fideicommissi, aut sui quisque crediti servandi causa, id est, si fuissent ejusdem tituli, non esset alter altero potior in causa prætorii pignoris, sed simul concurrerent, & æqualiter venirent ad pignus prætorium, *d. l. 5. §. qui prior*. Quia ut nullum ordinem servat prætor inter eos, qui ex eadem causa, & ex eodem titulo veniunt in actione personali, ut ait *l. privilegia, ff. de reb. auctor. jud. poss.* ita nullum ordinem servat in causa prætorii pignoris inter eos, qui sunt ejusdem tituli, sed ioter eos tantum, qui ex causis, titulisque diversis veniunt. B Et hoc maxime distat prætorium pignus à conventionali: Nam in conventionali semper servatur privilegium, & ordo temporis, licet omnes creditores sint ejusdem tituli. Prætorium pignus sequitur jus, & conditionem personalis actionis, non etiam conventionale. Et quod juris est hac in re in conventionali, idem juris est in judiciali pignore (quod est tertium genus pignoris) id est, quod apparitor judicis, sive executor rei judicatæ capit in causam judicati, & distrahit extra ordinem: Nam pignus judiciale non constituitur, ut prætorium, ex edictu, sed extra ordinem per viatorem, sive officialem judicis, ablatis pignoribus condemnato in causam judicati: & indistincte in judiciali pignore, semper potior est causa prioris, id est, cujus nomine pignora apparitor cepit, & abstulit, sive creditores sint ejusdem tituli, sive non, *l. si & jure, ff. qui pot. in pign.* C Et contra quam speciem posui, posset forsitan quis hanc *l. 2.* accipere partim de judiciali pignore, quam totam accepi de prætorio: & posset quis hoc tentare propter illa verba (*in causa judicati*) Sed ne hoc admittamus, vetat verbum (*occupavit*) quod usurpat etiam *l. 3. h. tit.* in prætorio pignore: Nam prætorium pignus ipse creditor occupat, dum ingreditur possessionem: judiciale pignus non occupat, sed extra ordinem per officium judicis capitur, & distrahitur sub hasta publice.

Ad L. III. Cum Rempublicam *Heliopolitanorum propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis, quam hereditariarum possessionem missam esse proponas: intelligis, quamvis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, præponi Rempublicam jure pignoris in his, quæ ex auctoritate ejus, qui jubere potuit servandi judicati causa occupavit.* D

Ad L. IV. Si fundum pignori *accepisti, antequam Reipublicæ obligaretur: Sicut prior et tempore, ita potior et jure.*

EX lege 3. intelligimus, sopradictæ regulæ, *ut prior sit potior*, locum esse non tantum doobus, aut pluribus creditoribus habentibus idem pignus conventionale, vel prætorium, sed etiam uno habente conventionale, altero prætorium, sive prius sit prætorium, ut in specie *l. 3. sup. ut in poss. leg.* sive conventionale, ut in specie hujus *l. 3.* ex contrario, sive obliquo colligitur. Species hæc est. Mortuus est debitor, cui Sosianus quidam, & Respublica pecuniam crediderant, sed prius Sosianus, quam Resp. At Respublica creditrix hereditaria (ut E dixi) prius, quam Sosianus, missa est in possessionem, quod fit per actorem Reipublicæ, ot in *l. municipiis, ff. ut in poss. legat.* Respublica, inquam, missa est in possessionem rerum hereditariarum, & rerum heredis, judicati servandi causa, vel, ut lex loquitur, *propter emolumentum sententiæ*, id est, propter effectum, & executionem sententiæ, qua Respublica damnaverat heredem debitoris, ut in *l. 2. sup. de execut. rei judic.* Et nota differentiam inter eum, qui mittitur in possessionem legati, aut fideicommissi servandi causa, & eum, qui mittitur in possessionem rerum hereditariarum, non rerum heredis propriarum, excepto uno casu in *l. 6. sup. ut in possess. legat.* quia legata, & fideicommissa debentur ex rebus hereditariis, & eum, qui defuncto debitore, mittitur in possessionem crediti, & judicati servandi causa, qui mittitur tam in bona heredis propria, quam in bona hereditaria, ut ex hac lege patet, & consequenter, vel in unam rem heredis, vel in unam rem hereditariam, exemplo ejus, qui legati servandi causa, vel in unam rem hereditariam mitti potest, *l. prox. sup.* & in bona etiam heredis mittitor, qui mittitur crediti servandi causa, quia nunc heres eam pecuniam debet. Itaque quasi in debitoris bona omnia mitti potest, aut propria, aut hereditaria, aut (ut dixi) in rem unam heredis, aut hereditariam: Res igitur ita gesta est in specie proposita, ut licet prior in credenda pecunia fuerit Sosianus, quam Respub. tamen Respub. prior missa fuerit in possessionem rerum hereditariarum, & heredis propriarum, quam Sosianus: & venit quidem Resp. venit Sosianus, venit uterque ex pari causa, ex titulo eodem, nempe crediti: & tamen quia Respublica in actione personali præfertur omnibus aliis creditoribus personalibus, sive chirographariis, id est, non hypothecariis, *l. pen. ff. de reb. auct. jud.* & exemplo actionis personalis (ut sentio) hæc lex 3. ait: si missa sit in possessionem Respub. eam præferri Sosiano, qui missus est postea, licet sint ejusdem tituli uterque, quia pignus prætorium (ut dixi ante) imitatur actionem personalem: & quem prætor præfert (ut in hac specie Remp.) in actione personali, eum etiam præfert in prætorio pignore, quod obtinuit prima. Et ita explicanda est lex 3. Et ex contrario colligendom est etiam ex ea, dum ponit Sosianum fuisse creditorem chirographarium .i. habuisse tantum personalem actionem, quod si fuisset Sosianus hypothecarius, privilegio temporis fuisset potior republica habente pignus prætorium ex causa missionis in possessionem, quod etiam aperte subjicitur in *l. seq.* quæ est etiam de Republ.

Ad L. VI. Si generaliter bona sint *obligata, & postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea crediderit, inquietari.*

REstat ut ex *l. 6.* adnotemus, supradictæ regulæ locum esse, etiamsi prior creditor habeat generalem hypothecam tantum, non specialem, posterior autem specialem: Nam prior creditor eliget ex universis bonis debitoris rem, quam volet, etiam eam, quæ posterinri specialiter obligata est, eamque distrahet suo jure, *l. creditoris, ff. de distr. pign.* nec posterior creditor eam poterit evincere emptori jure specialis hypothecæ, quæ est sententia hujus *l. 6. & l. 6. sup. de obligat. & act. & legis 2. in prin. D. qui pot. in pign. hab.*

Ad L. VII. Licet iisdem pignoribus *multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur posteriores, tamen, eum, cujus pecunia prædium comparatum, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.*

REgulam illam joris, *ut in persecutione pignoris prior creditor hypothecarius potior habeatur*, quam heri satis amplificavi, hodie ostendam, vitiari casibus certis. Ac primum ex *l. 6. h. t.* Posterior creditor præfertur priori, si prior habeat generalem hypothecam, posterior specialem, ejus scilicet rei, quam debitor ex pecunia à posteriori creditore mutuo sumpta comparavit, ut plane ad *l. 6.* (quæ definit regulæ locum esse, etiamsi prior creditor habeat generalem hypothecam, posterior specialem) lex 7. addat hanc exceptionem, nisi illa specialis hypotheca posterioris sit comparata pecunia, posterioris creditoris: in ea enim posterior creditor potior est priore. Et hoc vult *l. 7.* Idemque esse opinor, si posterior creditor habeat generalem hypothecam, sicut prior, ut in *l. 57. sup. de pign.* ut scilicet in ea re, quæ pecunia posterioris comparata est, posterior priori anteponatur in ea re excutienda, & persequenda. Privilegium causæ debi-

ti;

ti, est potentius privilegio temporis. Exigo igitur in eo, cujus pecunia res parata, sive empta est, ut ejus rei habeat specialem, vel generalem hypothecam, ut *d. l.17. l. procuratoris, §.plane, D. de tribut.act.* quia tacitam ea in re hypothecam non habet, nisi sit pupillus, cujus pecunia res empta sit, quoniam ex hac causa pupillo constitutio Severi, & Antonini dedit tacitam hypothecam, *l.pen. sup. de servo pign. dato, l.3. in prin. D.de reb. eor. qui sub tut. l.idemque, in prin.D. qui pot.in pign. habea.* Alii, quam pupillo non invenio ex hac causa datam tacitam hypothecam, ac ne adolescenti quidem, vel militi. Itaque multum interest, utrum res comparata sit pecunia creditoris, qui si sit pubes, non habet tacitam hypothecam, an vero refecta sit res, & restituta pecunia creditoris, quoniam hic habet tacitam hypothecam ex Senatusconsulto, sive oratione divi Marci, *l.1. ff.in quib. caus. pign. tac.* quæ etiam tacita hypotheca potior est alterius creditoris expressa hypotheca, & antiquiore, in ea scilicet re, quæ refecta est pecunia posterioris creditoris, qui semper tacitam hypothecam habet in ea re, & potior est in ea: optima ratione, quia ejus pecunia salvam fecit totius pignoris causam: periisset enim res, periisset pignus etiam priori creditori, nisi ipse eam rem refecisset, & restituisset. Merito igitur in ea re, quæ pecunia ejus redintegrata est, & refecta, præfertur etiam priori creditori hypothecario jure taciti pignoris, *l.5.& 6. D.qui pot.* Sed hoc exemplis demonstrandum est. Si tibi domus sit pignori obligata, deinde ego crediderim pecuniam domino ædium ad reficiendas, vel fulciendas ædes, ego in ea domo jure taciti pignoris potior sum, quam tu, licet sis primus creditor hypothecarius. Idem est, si navis primum sit pignerata tibi, deinde crediderim domino navis debitori tuo pecuniam ad armandam, vel instruendam navim, ad reficiendam, sive reconcinnandam navim, quod posteriores Græci dixerunt *καλαφατίζειν*, ut apud Nicetam, *d'ou vient nostre calfutrer*. Si ergo in eam rem tibi crediderim, vel etiamsi crediderim ad cibaria nautarum, sive remigum, sine quibus navis conservari non poterat, potior sum in ea nave persequenda, quam servavi mihi, & tibi, licet sim posterior creditor jure taciti pignoris. Et idem est omnino, si merces invectæ in navim tibi sint pigneratæ, deinde crediderim pecuniam, ne pro naulo, seu vectura navis retineretur: Nam (quod notandum) merces invectæ in navem, tacite pro naulo pignori obligatæ sunt, & nauli causa potior est, quam crediti prioris, *d. l. 6.* id est, præfertur naulum antiquiori credito. Et ita res, quas intulisti in ædes conductas, tacite pro pensione pigneratæ sunt, & pensionis causa est potentior. Item merces invectæ, vel illatæ in horrea conducta, quæ habentur plerunque mercium servandarum causa (*magasins*) tacite pro pensione pignori sunt, *l.5. D. ad exhibend.* Et pensionis horrei causa potior est antiquiore credito sub pignore earumdem mercium. At similiter, ut ostendit *d. lex 6.* merces vectæ dorso jumentorum, constituto certo pretio vecturæ, pro vectura tacite pigneratæ sunt, & vecturæ causa potentior est, quoniam sine ea merces salvæ pervenire non poterant. Sic superficies imposita alieno solo sub lege mercedis certæ exsolvendæ quotannis domino soli (quæ merces in libris nostris proprie appellatur solarium) superficies, inquam, pro solario tacite pignori est, & solarii causa est potior, *l. etiam, D. qui pot. in pign. l. sane ut Divi, de pigner.act.* Et breviter omnibus his casibus si crediderim ad pensionem, & vecturam, aut solarium exsolvendum, cujus causa erat potentior jure tacitæ hypothecæ, etiam ero potentior, & potior antiquiori creditore. Addendus est alius casus *l.pen. h. t.* quo etiam posterior creditor in hypothecis præfertur priori, puta, si prior creditor sibi vindicet jus pignoris ex privato instrumento, quod non habeat subscriptionem trium testium fide dignorum: posterior autem ex publico instrumento. Privatum instrumentum, quod habet subscriptionem trium testium, pro publico habetur, ut ait *lex pen.* Sic ergo dicamus simplicius. Posterior creditor, qui nititur jure hypothecæ ex publico instrumento, potior est priore, qui eodem jure nititur ex privato. Et vocat hæc lex privata instrumenta *ἰδιόχειρα*, ut Cedrenus de Evagrio Philosopho: *ποίησόν μοι ἰδιόχειρον, fay moy une cedule*. Publica instrumenta sunt, quæ conficiuntur à tabellionibus, & dicuntur in Novellis, ut Græco verbo Græcum opponamus *ἀγοραῖα* sæpissime, & forensia, *l.pen.sup. de fide instr.* Privata instrumenta fiunt secreto, ut ait hæc lex, intra privatos parietes, sepe inter duos tantum contrahentes, sive paciscentes, remotis arbitris: Nam nihil referre hæc lex ait, interveniant amici, nec ne. Intervenientib. amicis, inquit, nec ne, id est, vel non intervenientibus, ut in *l.constitutiones, D.de appell. l.60. C.Th. eod.tit. de recipiendis appellationibus, nec ne.* Et scribuntur manu contrahentium, ut ait *l.* vel manu notarii .i. servi notarii, ne quis intelligat, quem vulgo vocamus notarium, qui latine vocatur tabellio, non Notarius. Notarii est servile nomen, est munus servi privati hominis. Nihil ergo refert privatum instrumentum scribatur manu unius contrahentium, an manu servi notarii, seu librarii, vel amanuensis, an manu alterius cujusdam extranei. Sit hæc privata instrumenta, si de fide eorum non dubitetur, si non arguantur esse falsa, in actionibus personalibus tantum valent, quantum publica instrumenta, si modo habeant subscriptionem contrahentium tantum, etiamsi nulli sint adhibiti testes, vel tabularii, ut ait, qui quoniam sunt servi publici, servi civitatis, dantes operam tabulario civitatis, in quo sunt reconditæ rationes, & chartæ, archivo civitatis: quia, inquam, tabularii sunt servi publici, ideo in hac *l.pen.* vocantur conditionales, quia huic conditioni addicti, & mancipati sunt, ut tabulario civitatis serviant, ut in *l.defensionis, inf.de jure fisci, lib.10. l.3.5.7.8. C.Th. de numerariis, & actuariis.* Conditionalium sunt multa genera. Servi sunt *conditionales*, agricolæ, censiti, vel adscriptitii sunt conditionales: pistores etiam erant conditionales, nimirum addicti pistrino civitatis, seu panificio: & sic tabularii conditionales sunt, sive conditionarii. Et quod ait lex, sive instrumento privato confecto interfuerit tabularius, aut testis, sive non interfuerit, modo sit subscriptum ab utroque contrahentium, in actionibus personalibus eandem vim habet, quam publicum instrumentum. At in actionibus hypothecariis plurimum valet instrumentum publicum, quoniam, qui eo nititur, licet sit posterior creditor, præfertur priori, qui nititur privato. Restat ut adnotemus etiam ex *l. 9.* creditores hypothecarios præferri creditoribus chirographariis, id est, qui debitores personali tantum actione obligatos habent, etiamsi creditores chirographarii sint antiquiores, vel etiamsi in actione personali privilegium habeant, id est, sive habeant privilegium causæ, sive temporis: namque eos excludunt hypothecarii creditores, optima ratione, quia habent hypothecariam actionem, quæ est actio in rem, in quam, ut ait regula juris, plus est cautionis, id est, plus securitatis, ponderis, & virium, quam in personam. Et hoc comprobat *l.3. sup. de privil. fisci, l. 6. sup. de reb. auctor. judic. poss.* Pone exemplum in Republ. quæ privilegium tantum habet in actionibus personalibus, *l.pen. ff. de bonis auctor. judic. possid.* nec habet tacitam hypothecam, quo distat à fisco respub. quæ chirographaria est creditrix, præferetur creditor hypothecarius. Alia differentia inter creditores hypothecarios, & chirographarios, sive personales, notanda est ex *l. 10. hujus tit.* Posterior creditor hypothecarius habet jus offerendi priori creditori hypothecario, ut sibi confirmet, & corroboret suum pignus, ut diximus sup. ex *l.1.& 5.* At chirographarius creditor non habet jus offerendi hypothecario creditori, ut scilicet in ejus locum succedat, & vel hypothecam habeat, quam ille habuit, vel privilegium exactionis, sive *πρωτοπραξίαν*, quod ille habuit; sed habet tantum chirographarius creditor personalem actionem in debitorem, vel heredem ejus. Ponit *lex* 10. speciem in marito, qui pro dote mulieri certas res pignori obligavit, quia ante Justinianum, id est, legem ultimam hujus tituli, mulier pro dote non habuit tacitam hypothecam. Et post Justinianum hodie si maritus

pro

pro dote specialiter mulieri certas res pignori obligaverit, A cessat tacita hypotheca, quam Justinianus dedit generaliter in omnia bona mariti. Quod notandum maxime ex *l.ult. sup. de pact. convent. &c.*

Ad L.ult. Assiduis aditionibus *mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus, substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriæ actioni (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico Justitiæ vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant:* B *nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel à semetipsa datam, vel pro ea ab alio.*

Ad §. Ad hæc omnia respicientes, *& reminiscentes, quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, & hæc omnia in unum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati, &c.*

C

LEX est omnium sermone celebratissima, in qua ponitur alius casus, quo posterior creditor hypothecarius præfertur priori creditori hypothecario, quem à regula juris, ut potior sit, qui tempore est prior in hypothecis, excepit favor dotium, vel mulierum potius dotatarum, quoniam personæ magis privilegium esse videtur, quam causæ: quamobrem nec in heredem mulieris transmittitur, ut in *l.1. sup. de privil. dot.* & in hac ipsa lege, nisi sit filius. Et ut universam hanc quæstionem pertractemus, & repetamus ab ipsa origine: Jure veteri (quod etiam hodie valet) mulier causa dotis habuit privilegium exactionis tantum in actionibus personalibus, id est, jure veteri mulier primum locum tenet inter omnes creditores chirographarios, ut scilicet suam dotem consequatur ante omnes, cum bona mariti ex edicto possessa veneunt, D *l. si sponsa, ff. de jure dot. l.quæsitum, §.ult. & duabus seqq. ff. de bonis auct. jud. poss.* & hoc solum est, quod ait *l. 1. ff. sol. matr.* dotis causa semper, & ubique præcipuam esse. Præcipua est, quod præcedat omnes causas, titulosque debendi, præcedit omnia credita in actionibus personalibus. Et ubique, inquit, id est, tam in provinciis, quam in Italia: *& semper*, inquit, id est, sive legitima die dos repetatur, puta annua, bima, trima die, vel citeriore, & propiore die ex pacto dotali, *l.de die, & l.seq. ff. de pact. dot.* vel etiamsi repetatur statim nulla data dilatione, ut cum dos consistit in rebus immobilibus: aut rursus, *semper*, id est, sive soluto, sive manente matrimonio dos repetatur: Nam certis ex causis dos etiam manente matrimonio repeti potest, *l. mutus, l. ult. ff. de jure dot. l.si pro rata, §.1. ff. de relig.* Et additur in *d. l. 1.* E causa privilegii, quod publice intersit, dotes mulieribus conservari, ut nubere possint, & dare operam justis liberis procreandis. Quod est maxime necessarium in republica, ut numerus augeatur justorum civium: Nam etiamsi nuptiæ consistant sine dote, *l.ult. sup. de donat. ante nupt.* tamen paucissimi sunt, qui velint ducere indotatas, & ob id reipub. interest, ut dotes eis conserventur, quæ sunt earum patrimonia propria, & plerunque sola, ut Justinianus ait in hac *l.ult.* plerunque substantiam mulieris pene totam in dote constitutam esse. Hic mos erat in urbe Roma, ut mulieres nihil haberent præter dotem, paraferna parcissima. At *h. l. ult.* adjicit verbum, *pene*, quod hoc privilegium mulieris dotem repetentis cessare significat, cum ait; *mulieres contra omnes pene personales actiones habere privilegia, & creditores alios antecedere, etiam anteriores*. Cur ait, *pene*, quia Reipublicæ creditum, si antiquius sit, præcedit dotem, ut à contrario sensu colligitur ex *l.9. sup.de jure dot.* Idemque statuit, & notat hoc loco Accursius in funeris impensa (*il faut que les funerailles soient plustost payees, que la femme*) ut & hæc dotem præcedat, sicut omne creditum, *l.pen.de religios.* in actione personali scilicet: nondum enim tractamus de hypothecaria. Idem quidam hic statuunt (nec male) in causa pecuniæ depositæ apud mensam ab eo, qui sequitur fidem publicam, qualis erat fides mensarii, sive argentarii, siquidem ea pecunia extet: Nam ejus ratio habetur primo loco, etiam ante privilegia, *l. si hominem, §. quotiens, ff. depos.* Constat etiam, & hæc omnia credita, quæ retuli, præcedere impensam factam inventarii conficiendi gratia, vel auctionis bonorum defuncti faciendæ gratia. Et hoc est, quod dicitur in foro, *que les frais des criées sont les premiers payez*. Hoc probat aperte *l. quod privilegium, in fine, depos. l. quantitas, ff. ad leg. Falcid. l.ult. §. in computatione, sup. de jur. delib.* His causis exceptis, mulier inter chirographarios creditores privilegium habet, sive potior est, non inspecto ordine temporis. Inter hypothecarios autem jure veteri mulier privilegium non habet proprio quodam jure suo, sed habet tantum commune privilegium temporis, & antiquitatis: neque enim præfertur fisco, si fisci causa antiquior sit, *l. 2. sup. de privil. fisc.* Pone, secundum jus vetus, nominatim mulieri fuisse cautam, conventamque hypothecam, ut in *d. l. 2. & l.10. hoc tit.* C *l.3. de primipil. lib.12. l.ubi, sup. de jur. dot.* Nam ante constit. Justin. *de rei uxoriæ actione*, mulier non habuit tacitam hypothecam, sed fuit chirographaria creditrix, nisi nominatim de pignore pepigisset: fiscus autem ex suis contractibus semper habuit tacitam hypothecam. Pone igitur secundum jus vetus, mulierem habere expressam, fiscum suam tacitam: non præferetur fisco, nisi privilegio temporis, id est, priori contractui fiscali non præferetur posterior contractus dotis, priori hypoth. tacitæ non præfertur posterior hypoth. expressa, & consequenter non præferetur etiam mulier, cui nominatim cauta est hypoth. ulli alii creditori hypothec. antiquiori, sed inferiori tantum ex privilegio, ex prærogativa temporis, quod & Justinianus ita definit in *d. l. ult.* loquens de mulieris hypotheca expressa, cum nondum Justinianus D dedisset mulieri tacitam hypothecam, qui tamen deinde mulieri dedit tacitam hypothecam, sed in rebus dotalibus tantum, vel in rebus ex eis comparatis, quæ etiam intelliguntur esse dotales, *l. res, ff. de jure dot.* simul ac dedit in rebus dotalibus privilegium inter omnes alios creditores hypothecarios, qui habent generalem hypothecam etiam anteriorem. Et hæc est constitutio *l. in rebus, sup. de jur. dot.* Justinianus paulatim auxit jura, & privilegia mulierum sollicitarum de dotibus suis: Nam post *l.in rebus*, in tit. *de rei uxor. act.* dedit etiam mulieri tacitam hypothecam in omnibus bonis mariti, dotis conservandæ causa. Quo jure recte dices, contra quam posuerim ante tractans de jure veteri, *mulierem præferri Reipublicæ*, quæ est chirographaria creditrix, *l.2. inf. de jur. Reipubl. lib.11.* etiamsi Respublica sit an- E tiquior secundum definitionem *l.9. hoc tit.* ut creditor hypothecarius, qualis hodie est mulier, in omnibus bonis mariti ex illa constitut. Justin. præferatur omnibus creditoribus chirographariis: & consequenter præferatur etiam ei, qui de suo funeravit maritum, vel qui apud mensam mariti pecuniam deposuit, quæ extet, vel qui impensas necessarias fecit ad insinuationem testamenti, vel ad confectionem inventarii, vel ad expediendam auctionem, sive venditionem bonorum, quia jus certissimum est, hypothecarium potiorem esse chirographariis. Ac postremo Justinianus in hac *l. ult.* quam subscriptio docet esse novissimam, cum dedisset ante mulieri tacitam hypothecam in rebus dotalibus, deinde etiam in bonis mariti, hac *l. ult.* inter

hypo-

hypothecarios creditores mulieri privilegium dedit, quo **A** excluderet antiquiores creditores, & hypothecas. Et fatentur quidem omnes, eam excludere omnes alias tacitas hypothecas anteriores, sed an etiam excludat hypothecas expressas anteriores, disceptant inter se Joannes, & Martinus: sed Martini verior est sententia, ut scilicet hypotheca mulieris tacita, quam habet in bonis mariti, etiam posterior præferatur expressis aliorum, & prioribus hypothecis. Et probatur sententia Martini *Novella* 97. quæ dum in eo, cujus pecunia res comparata est, quem docuimus in *l.*7. *hoc tit.* non habere nisi expressam hypothecam, dum, inquam, in eo constituit, ut si sit prior, mulieri præferatur dotem persequenti, non si posterior, prout cavetur jure communi, regula juris sane innuit, & adsignificat, *aliis creditoribus expressam habentibus hypothecam*, sicut ille, *etiam tempore inferiorem mulierem præ-* **B** *ferri*. Nec moveor eo, quod objicit Joannes, fiscum non habere nisi privilegium temporis in hypothecis, quod est verissimum, *l. si pignus, & l.ult. ff. hoc tit. & l.*1. *sup. rem alien. gerent. non interd. suar. rer. administr.* Denique fiscus in hypothecis, non præfertur alus creditoribus habentibus expressam, vel tacitam hypothecam, ut illæ leges demonstrant, nisi sit antiquior. Si ergo, inquit, fiscus non habeat, nisi privilegium temporis, quod est jus commune: Ergo nec aliud debet habere mulier, quam quod jus commune tribuit beneficio temporis, ne plus habeat, quam fiscus. Hæc argumentatio est fallax, & facile retorquetur in Joannem, qui admittebat, *mulierem præferri creditoribus habentibus tacitas alias hypothecas*, atque ita plus admittebat habere, quam fiscum, qui habenti tacitam hypothecam non præfertur, nisi sit **C** antiquior, d. *l.* 1. *sup. rem alien. ger.* Necessario igitur concludendum est, hac in re plus juris habere mulierem, quam fiscum: Nam mulier, etiamsi non habeat privilegium temporis, præfertur omnibus hypothecis antiquioribus expressis, vel tacitis. Et excipiuntur tantum tres casus. Primum jam attigi *ex Novella* 97. si cujus pecunia res comparata, qui expressam tantum hypothecam habere potest, vel refecta sit, qui habet tacitam hypothecam, ut docui in *l.* 7. Nam hic, si sit antiquior, præfertur mulieri, ex d. Nov. non alius creditor antiqoior, sive habeat tacitam, sive expressam hypothecam. Secundus casus est, si fiscus sit antiquior: Nam quod *l.*2. *sup. de privileg. fisci, & l.*3. *inf. de primip. lib.*12. statuit, in hypotheca cauta mulieri nominatim, ut non sit potior, nisi sit antiquior credito fiscali, idem hodie vi- **D** detur admittendum in tacita hypotheca mulieris, ut non sit potior tacita, & antiquiori fisci hypotheca, nisi in hac specie, quam notavit Harmenopulus 3. *Epitom.* Fac ita esse: fundus Titianus obligatus est Titio primum: tum cœpit obligatus esse fisco, deinde mulieri ex causa dotis. Mulier, licet sit posterior fisco, præfertur, quia Titius excludit fiscum, & ipsa Titium suo proprio jure, & ita, quod per se non habet, ut excludat fiscum anteriorem, per alium habet, *l. Aristo, ff. quæ res pign. oblig.* id est, dum vincit (quod à nostris vulgo fertur) Titium, vincit etiam fiscum, quem Titius vincit, quod evenit etiam in specie *l. æquissimum*, §. 1. *ff. ad Senatusc. Tertull. & l.*8. *de bonis damnat.* Tertius casus, & ultimus hic est, quo antiquior creditor mulieri præfertur, si prior uxor agat de dote sua, qui casus etiam notatur in hac *l.ult. &* **E** *in Novel.*91. Dos antiquior præfertur novæ. Exempli gratia, mortuo patre meo, qui divortio facto superduxerat novercam, si ei heres extiterim, prius reddam dotem meæ matri, quam novercæ. Idemque est, si prius matrimonium solutum sit morte matris meæ, & jure hereditario aliquis exterus dotem matris meæ repetat. Denique dos adversus dotem non habet privilegium, nisi temporis. Unus est etiam casus singularis, ex *d. Nov.*97. quo nec antiquior mulier præfertur in hypothecis posteriori creditori, puta si quis pecuniam crediderit ad militiam emendam, eo pacto, ut militia pignori esset, & ut in eo pignore ipse potior esset: Nam secundum pactum in hoc casu solo, ut ait Nov. emendæ militiæ, posterior creditor hypothecarius præferetur mulieri antiquiori. Et postremo notandum est ex hac *l.* privilegium hoc, ut mulier inter omnes hypothecarios creditores primum locum teneat, sive antiquiores, sive posteriores sint, mulieri dari agenti de dote, non etiam mulieri agenti de lucro ei obveniente ex donatione propter nuptias, quæ est veluti dos mariti, respondens doti mulieris, quam maritus confert in mulierem, sicut ipsa in eum dotem: Nam agenti mulieri de donatione propter nuptias, non datur nisi privilegium temporis. Et ratio differentiæ hic proponitur hæc, quia quæ agit de dote, certat de damno amittendæ rei suæ, ideoque ei subveniendum est plenius: Quæ agit de donatione propter nuptias, certat de lucro advenntio. Et hoc confirmat *§. fuerat, in fine, de action. & Novel.*61. *&* 109. & ita fiscus, si agat de pœna commissa in fiscum, non præfertur creditoribus, qui suum persequuntur, quia certant de damno, fiscus de lucro, nisi ex privilegio antiquitatis, ut Papinianus eleganter ait in *l.quod placuit, ff.de jure fisci*, privilegium fisci etiam lucri ratione anteferri ratione damni, quod utrumque exemplum de muliere scilicet, & fisco aperte demonstrat.



AD TITULUM XVIII.

DE HIS, QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

TITULUS 18. est de iis; qni in priorum creditorum locum succedunt, & est portio superioris tituli. Et quod in illo habuimus, posteriores creditores hypothecarios in locum priorum ipso jure succedere offerendo prioribus, & solvendo pecuniam debitam, & usuras medii temporis, *l.*1. 5. 8. 10. idem omnino in hoc titulo proponitur *l.ult.* Et constitutio, cujus fit mentio in *l.*1. *hujus tit.* proculdubio ea est lex 1. *tit. superioris*. Sed de eo quoque tractatur in hoc tit. quod superior non habet, an hi, quorum pecunia, cum creditores non essent, priores creditores hypothecarii dimissi sunt, in jus, & locum eorum succedant. Et ostenditur, non eodem prorsus modo succedere, quo posteriores creditores hypothecarios in locum priorum creditorum eos, qui cum creditores non essent ejusdem debitoris, pecuniam obtulerunt, & solverunt prioribus creditoribus hypothecariis, vel ut iis solveretur, crediderunt debitori facienti versuram, licet hoc ipso, quod solvunt pro alio, vel credunt ei pecuniam, qua se, & hypothecas liberet, atque absolvat, incipiant nunc primum esse creditores ex causa negotiorum gestorum, vel ex causa mutui. Et tamen, ut dixi, non succedunt in jus pignoris, quod habuerunt priores creditores, ad qoos eorum pecunia pervenit, oisi in solvenda pecunia pro debitore auctoritate judicis pignus eorum, quibus solvebant pecuniam debitam, in eos translatum sit: vel nisi in credenda pecunia debitori, qua se, & hypothecas absolvat, nominatim pacti sint, ut in jus, & locum priorum creditorum succedant: Nam his duobus casibus, plane succedet in jus, locumque priorum creditorum, non ut posteriores qoidem creditores hypothecarii, qui ipso jure succedunt offerendo pecuniam prioribus, sed ex auctoritate judicis, vel ex conventione, & consensu debitoris. Et ita est explicanda *l.*1. *hoc tit.* nec restat aliud, quam ut dispiciamus, quare dicat eos non omnimodo succedere in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem transit. Cur ait (*non omnimodo*?) Significat enim eos aliquatenus succedere, & subire in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem hypothec. transit. Et sane succedunt in ejus locum, ut habeant actionem Paulianam, quam illi habuerunt ob res alienatas à debitore in illorum fraudem, quam, inquam, illi habuerunt, quos sua pecunia dimiserunt, *l.*10. *§.*1. *l. nisi, ff. quæ in fraud. credit.* Quod etiam esse ex constitutione Severi.

ri, & Antonini sit *d.l.10. §. 1.* quorum Imperatorum est *l.1. hoc tit. & l.1. tit. super*. Item succedunt in locum priorum creditorum, quos, qui creditores non erant, sua pecunia dimiserunt, ut habeant privilegium in actionibus personalibus, quod habuerunt ii, ad quos sua pecunia pervenit: Nam si privilegiarius fuerit in actione personali, quem dimisi mea pecunia pro debitore, & ego ero privilegiarius in mea pecunia exigenda, quod ostendit *l. 2. ff. de cess. bonor. l. si ventri, §. eorum, ff. de reb. auct. judic. possid.* Et hactenus quidem ii, quorum pecunia priores dimissi sunt, in eorum locum succedunt, ut scilicet habebant Paulianam, quæ illis competebat, & privilegium personale, quod illi habebant, sed non etiam, ut vult hæc lex prima, ut habeant jura hypothecarum, & in iis privilegia temporum, quæ habuerunt ii, quos pecunia sua dimiserunt, nisi in eos nominatim translata, & transcripta sint jura hypothecarum auctoritate judicis, *l.3. & l. ult. sup. de privileg. fisci, l. cum alter, inf. de fidejussor.* vel ex conventione, & consensu debitoris, ut in *l.1. h. tit. & in l. Aristo, ff. quæ res pign. oblig.* Igitur *lex 2. h. tit.* dum ait, *filium emancipatum, qui pro parte solvit fisco, quod debuit pater, jure successisse in locum fisci*; Quod ait, inquam, *jure successisse*, id sic interpretandum, cessione scilicet, & translatione pignoris facta, vel auctoritate judicis, vel consensu debitoris, qui utique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit, ut cujus pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiamsi debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam, ut ex pretio creditor dimitteretur, *l.3. h.tit.* Nam & hoc casu in ea re emptor, cujus pecunia pervenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus, si qui sint: sed adnotandum, potiorem fore creditoribus inferioribus non offerentibus sortem prioris contractus: Nam inferiores creditores habent jus offerendæ prioris sortis emptori, & avocandæ possessionis rei emptæ jure suæ hypothecæ, quamlibet posterioris, quia nihil refert, debitor alii denuo rem priori obligatam obligaverit, an vendiderit, cum pecunia pervenit ad priorem: nam utroque casu posterioribus creditoribus est jus offerendi emptori, vel creditori novo, qui in prioris locum successit, quæ est sententia *l. 3. ff. de distract. pignor.* secundum quam, ut & Accursius sentit recte, est accipienda *lex 3. h.tit.* At Basilica in hac *l.3.* aliter ponunt speciem, nec enim ponunt ut Latini, debitorem vendidisse pignus, ut protinus redactam ex pretio pecuniam, solveret creditori, cui erat obligatum: Sed ponunt priorem creditorem vendidisse pignus emptori, ponunt emptorem rem obligatam emisse à priori creditore, *ἀπὸ τοῦ πρωτογενεστέρου δανειστοῦ*, & successisse in jus, *τοῦ πράτορος*, id est, venditoris. Sed omnino male ponitur ita species ad hanc legem: Nam hoc casu, puta si prior creditor pignus vendidit extraneo jure suo, bona fide, recte, & solemniter, ut solent creditores hypothecas distrahere, sequentibus creditoribus non est jus offerendi emptori, *l. 8. inf. de distract. pignor. l. 3. ff. eod. l.1. tit. seq.* Itaque hoc casu in jus venditoris emptor non succederet, sed haberet jus proprium, atque perpetuum in re empta, & plenius quidem quam venditor, cui sequentes creditores pecuniam offerre poterant, & pignus auferre, aut sibi confirmare: emptori vero frustra offerunt, quia causæ pignorum extrema linea est venditio rite facta à creditore potiore. Et hæc species præterea si apponeretur ad legem 3. pertineret potius ea lex ad titulum sequentem, ac proinde rectius Latini legem 3. accipiunt de debitore, qui pignus vendidit extraneo, ut mox ex pretio absolveret creditorem, qui in eo pignore potiora jura habebat.

AD TITULUM XIX.

SI ANTIQUIOR CREDITOR PIGNUS VENDIDERIT.

HIC titulus est etiam portio tituli 17. & in eo ostenditur id, quod jam jamque attigi, multum interesse, debitor distrahat pignus, an antiquior, potiorque creditor: Nam si antiquior creditor extraneo recte distrahat pignus, & rite, id inferiores creditores persequi non possunt actione hypothecaria, & avocare emptori, quod antiquior creditor jure suo distraxit, ut ad suum perveniret. Et hoc verum est, etiam si creditores posteriores offerant emptori pretium, sive sortem prioris contractus, *l.3. ff. de distract. pign. & l.1. h. tit.* Non potest etiam debitor ipse pignus, quod jure suo antiquior creditor vendidit extraneo avocare emptori, oblata vel emptori, vel creditori pecunia debita, quia sera est oblatio, quæ fit post distractum pignus, *l. 2. h. tit.* Ante distractionem facta oblatio à debitore, vel à posteriore creditore, proculdubio distractionem interpellat, sive impedit, *l.3. hoc tit.* Post distractionem autem facta oblatio, quia non fit in tempore, nullius momenti est, nec rescindit jure factam venditionem pignoris. Et posui antiquum creditorem vendidisse pignus extraneo; & eo dixi, quia si primus creditor pignus vendiderit secundo creditori, ut etiam hoc loco male ponunt Basilica, tertio creditori superest jus offerendi secundo; optima ratione, quia secundus creditor non tam dominii adquirendi pignoris gratia, quam servandi sui pignoris emisse videtur à primo, *l. 5. §. ult. & l.6. de distract. pign.* Ergo si antiquior creditor distrahat extraneo, peremptum est jus omne offerendi, quod habebant sequentes creditores: si distrahat primus secundo creditori, integrum manet tertio, & quarto jus offerendi secundo. Et hæc de creditore antiquiore distrahente pignus. Nunc dicamus de debitore, quia initio diximus, multum referre distrahat pignus debitor ipse, an antiquior creditori: & quidem si debitor pignus distrahat, vel quod idem est, in solutum det (nam datio in solutum quasi venditio est) antiquiori creditori, vel si vendat extraneo, inferioribus creditoribus integrum est jus offerendæ pecuniæ emptori, & confirmandi pignoris sui, quæ est sententia *l. 1. hoc tit.* Emendo à debitore pignus, antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, id est, eodem jure est, quo fuit ante emptionem, puta, ut sit potior in pignoris causa, nisi sequentes offerant pecuniam debitam, & usuras. Et ita in specie *l.3. & l. creditor, §. Papinianus, ff. qui pot. in pign.* Creditor in locum suum succedit. Quam speciem etiam perperam Basilica explicasse ostendi *Observ. 11. cap. 32.*

AD TITULUM XX.

SI COMMUNIS RES PIGNORI DATA SIT.

UT rei alienæ invito domino nullum pignus contrahi docuit titulus decimus quintus: ita rei communis pro parte socii, & consortis non consentientis, nullum quoque pignus contrahi hoc titulo docet, ut *l. 3. §. ult. ff. qui potior. in pign. hab. & l.7. §. ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* In qua hoc est singulare, ut possit quis partem quidem suam, quam habet in re communi, pro indiviso creditori pignori obligare, non partem socii, ac deinde inter socios facta divisione, ut non ea pars sit tantum pignori, quæ obtigit ei, qui pignus contraxit, sed utraque pars pro indiviso ex dimidia parte, quia ea pars, quam pignori obligavit tempore contractæ obligationis, non est ea, quam nunc habet post divisionem, sed ea, quam tunc habuit ante divisionem: habuit autem

tunc

tunc partem io parte focii, quæ nunc eſt poſt diviſionem. A Idcirco recte *d. lex 7.* ait, poſt diviſionem utramque partem obligatam eſſe pro indiviſo, & pro dimidia parte.



AD TITULUM XXI.

DE PRÆTORIO PIGNORE, ET UT IN ACTIONIBUS ETIAM DEBITORUM MISSIO PRÆTORII PIGNORIS PROCEDAT.

REGULA propoſita *ſup. tit. 17. ut qui prior eſt tempore, potior ſit jure pignoris*, non in eo tantum pignore locum habet, quod ex contractu, vel ex pacto formam, & originem capit, B ſed etiam in prætorio pignore, de quo eſt hic titulus, maxime ſi non ſint ejuſdem tituli, ſive cauſæ creditores, ut *l. 2. & 3. eod. tit.* & actio hypothecaria non tantum pertinet ad illud pignus, quod ex contractu, vel pacto conſtituitur, ſed etiam ad pignus prætorium, ex *l. 2. h. tit.* quibus rationibus apparet ab hoc tractatu, qui potiſſimum eſt de pignore conventionali, & hypothecaria actione, ſive Serviana, non eſſe alienam inſpectionem de prætorio pignore, licet de eo jam nonnihil actum ſit *tit. 72. lib. 7. ſup.* Nam quæ regulæ juris plerumque valent in conventionali pignore, ut *tit. 17.* oſtendi, plerunque etiam valent io prætorio. Et ad utrumque pignus pertinet actio hypothecaria, id eſt, hac actione & hoc, & illud pignus creditores perſequuntur. Eſt autem prætorium pignus, idem quod miſ- C ſio in poſſeſſionem rerum omnium, vel rei unius debitoris (quod addo ex *l. 2. tituli 17.*) quod, inquam, miſſio io poſſeſſionem rerum omnium, vel rei unius debitaris, quæ fit ex edicto, conciliat, atque conſtituit, prætore ſpecialiter decernente, creditorem, cui non ſolvitur, vel reſpondetur, vel cavetur, mitti in poſſeſſionem bonorum debitoris, ut habeat pignus, quo ſibi creditum ſervet, qui nullum habet ex conventione, ut habeat ex auctoritate prætoris. Et hoc eſſe prætorium pignus verbum *miſſionis*, quod eſt in hac rubrica, *& l. 2. h. tit.* ſatis demonſtrant, & *l. miſſo, ff. pro empt.* Denique prætorium pignus eſt, quod non à debitore, ſed à prætore creditori ex edicto datur, & decernitur, ut ei in tuto ſit creditum, miſſo creditore in poſſeſſionem bonorum, vel quaſi poſſeſſionem: Nam & in *l. 2. h. tit.* Juſtinianus D conſtituit prætorium pignus conſiſtere poſſe in iis rebus, quæ poſſideri non poſſunt, veluti in nominibus, ſive, quod idem eſt, in actionibus debitoris prætore jubente, ut & actiones debitoris, quas habet debitor adverſus alios, creditor pignori habeat, & perſequatur, quod, ut opinor, ante Juſtinianum, id eſt, hanc legem 2. non obtinuit, id eſt, miſſus in poſſeſſionem bonorum debitoris, non occupabat etiam nomina debitoris, non occupabat calendarium debitoris, vel Iduarium: Nam ut Marcus Tullius ait in Quintiana, *ea bonorum poſſeſſio non ſpectabatur, niſi in iis, quæ teneri, vel poſſideri poterant. Sed deficientibus hujuſmodi rebus, ſane prætor etiam creditoribus permittebat perſecutionem actionum, ſive nominum debitoris*, quod optime probat *l. ſi nulla, ff. ut in poſſeſſ. legat.* Ideoque *l. bonorum, ff. de verb. ſignif.* quæ E ſecundum inſcriptionem ſuam pertinet ad hanc cauſam prætorii pignoris, bonis annumerat etiam actiones, ut in *l. 37. & l. ult. ff. de uſufr. leg.* In ea, inquam, *l. bonorum*, quæ pertinet ad hanc qoæſtionem de prætorio pignore, id eſt, de miſſione in poſſeſſionem bonorum crediti ſervandi cauſa, bonis adnumerantur actiones, quia à bonis corporalibus creditor miſſus in poſſeſſionem, ad extremum tranſit ad actiones. At ex hac conſtitutione Juſt. recte miſſio fit ſtatim ab initio, non tantum in corpora, quæ pertinent ad debitorem, ſed & in nomina, & actiones ejus. Et hoc maxime notandum eſt ad *l. 2.*

Ad L. II. ſeu ult. Veteris juris *dubitationem decidentes*,
Tom. V, Poſt.

A *ad duplum genus hypothecarum reſpeximus: unum quidem, quod ex conventionibus, & pactis hominum naſcitur: aliud, quod à judicibus datur, & prætorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus, vel hypothecis, non ſolum tenentem creditorem adjuvari, ſed etiamſi ab ea poſſeſſione cadat, ſive ſua culpa, ſive non, ſive fortuito caſu: humanius eſſe perſpeximus, & in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo poſſeſſionem amittat, ſive culpa ſua, ſive non, ſive fortuito caſu. Licet enim debuerat incumbere ſuo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen ne quid amarum in creditorib. conſequatur: benignius cauſam interpretamur, et ei recuparationem donamus.*

QUod item Juſtinianus conſtituit in *leg. 2.* ut ſi creditor amiſerit poſſeſſionem, io quam jure prætorio B rei ſervandæ cauſa miſſus fuerat, quo genere, ut dixi, contrahitur pignus prætorium, ut eam poſſeſſionem perſequi poſſit, ut interpretor exemplo actionis hypothecariæ, id eſt, utili, ſive in factum hypothecaria. Hoc quoque videtur olim oon obtinuiſſe, hac ratione, quia qui mittitur in poſſeſſionem, cuſtos opponitur rebus debitoris ſui commodi, & ſuæ ſecuritatis cauſa, *l. 3. §. ult. ff. de adquir. poſſeſſ. l. cum legati, ff. quib. ex cauſ. maj.* Et in eo cuſtode, qui cuſtodiam recepit, ſcilicet ſui commodi cauſa, diligentia exigitur, quam, ſi non præſtiterit, ut puta, ſi per negligentiam ſuam poſſeſſionem prætorii pignoris amiſerit, merito debere videtur damnum ſacere prætorii pignoris, quod non ſervavit. Sed ex hac Juſtin. conſtitutione benignius eſt, & humanius, ut ait Juſtinian. ut id poſſit recuperare perinde atque ſi eſſet pignus C conventionale, utili actione hypothecaria, ut dixi.



AD TITULUM XXII.

SI IN CAUSA JUDICATI PIGNUS CAPTUM SIT.

SEQUITUR in hoc tit. aliud genus pignoris, ad quod pertinet etiam regula tituli 17. ut conſtat ex *l. ſi & jure, ff. qui pot. in pign. hab.* & actio quoque hypothecaria, ut opinor, com poſſeſſio ejus caſu quodam amittitur. Id vero pignus, de quo agitur in hoc titulo, etiam ex conventione contrahentium non D deſcendit: Nam ejus definitio hæc eſt, quod in cauſam judicati ex bonis condemnati capit executor rei judicatæ ex auctoritate ejus, qui jus habet hoc præcipiendi, ut capiantur pignora ex bonis judicati, qui hoc jubere poteſt, quod in hac quæſtione ſæpe iocuſcant leges, quas inferius adducemus, ut intelligamus, non cuilibet eſſe hoc præcipiendi jus: neque enim eſt in hoc præcipiendi judici datum, qui rem judicavit, ſed magiſtratui, qui eum judicem dedit ad rem judicandam, *l. à D. Pio, in princ. ff. de re jud.* Nam judices delegat ſententiarum ſuarum executionem non habent, ſed eorum ſententias exequuntur magiſtratus, qui eos delegaverunt, dum jubent apparitores ſuos, ſive officiales ex bonis condemnati capere pignora, quantum ſatis ſit judicato faciundo. Et ut intelligatur, quam hoc genus E pignoris diſtet à prætorio pignore; prætorium pignus datur (ut diximus ſup. tit.) & decernitur: hoc vero pignus capitur manu injecta ab apparitore: illud datur creditori. Denique pignus prætorium occupat creditor: hoc vero pignus creditor, qui vicit, qui ſententiam conſecutus eſt, pro partibus ſuis non occupat, ſed executor, officialis, apparitor magiſtratus, *l. 2. h. tit. l. ſi plus, ff. de evict.* Item prætorium pignus ex edicto conſtituitur, ex ordine, jure ordinario: hoc vero extra ordinem, *l. ſi pignora, ff. de eviction.* Prætorium pignus in rem conſtituitur, id eſt, generaliter, ut proſit omnibus creditoribus: Nam miſſio unius creditoris proficit omnibus aliis creditoribus. Non ergo conſtituitur in ejus perſonam, qui ſolus miſſus eſt in poſſeſſionem, ſed in

rem, & generaliter, adeo ut missus in possessionem, non sibi tantum possideat, sed etiam omnibus aliis, *l. cum unus, ff. de reb. auctor. jud. poss. l. ult. sup. de bon. auct. jud. poss. l. 5. §. si plures, ff. ut in possess. legat.* Ideoque Græci eam vocant τὴν καθόλου νομήν, id est, *possessionem generalem*. Hoc vero pignus, de quo hoc titulo agitur, quod nostri Doctores vocant judiciale pignus, distinguendi, & docendi gratia, constituitur in personam ejus, secundum quem judicatum est, *l. si & jure, ff. qui pot. in pign.* Nam etsi ab eo non occupetur, sed ab apparitore, ut mox ab eo distrahatur, tamen non male dicitur in personam ejus constitui, id est, respectu ejus tantum. Et eadem quoque ratione non male dicitur ei dari, licet reipsa non detur, ut (*dari*) sit constitui in personam ejus, in rem ipsius propriam, non in rem generaliter. Et ita quidem legunt *l. 1. h. tit. res ob causam judicati datas:* sed rectius Haloander omisit verbum *datas*, quia hoc pignus proprie creditori non datur, prætorium datur. Et ita etiam de hoc eodem pignore *l. 3. sup. de execut. rei judic. res soli pignori datæ*, rectius veteres, *pignori captæ*, ut in hac rubrica,, *si in causam judicati pignus captum sit*. Præterea pignus prætorium datur etiam adversus debitorem non judicatum, non condemnatum, sed latitantem forte fraudationis causa, vel judicio absentem, & indefensum, vel qui solum vertit exilii causa. Hoc vero pignus judiciale (ut ita loquamur) capitur tantum ex bonis condemnati, sive judicati. Utraque tamen via exequi licet judicatum, vel eo, qui vicit, misso in possessionem bonorum judicati servandi gratia, ut in *l. 2. & 3. tit. 17.* vel extra ordinem captis, & distractis pignoribus, captis censibus, ut Plautus loquitur in *Menechmis. Nisi adsunt, cum citentur, census capiant illico*, id est, pignora. Incipiunt autem apparitores à censu mobili, & ab eo transeunt ad immobilem secundum ordinem præscriptum *in l. à Divo Pio, §. in venditione, ff. de re judic.* & à censu immobili ad extremum transeunt ad nomina, seu actiones ex constitutione Antonini, *d. l. à D. Pio, §. sic quoque, l. 2. sup. quando fisc. vel priv. l. etiam, sup. de execut. rei jud.* Qui ordo non servatur in prætorio pignore: Nam statim occupantur universa bona, universa nomina. Et non servatur etiam hodie hic ordo moribus nostris in pignore judiciali, sed incipit executor à censu immobili, vel à Calendario, vel à censu mobili, ut libet. Notandum est, quod ait *l. 1. hoc tit.* judicis præceptum, qui jubet pignora capi in causam judicati, succedere in vicem justæ obligationis ex causa contractus, id est, in locum pignoris conventionalis constituti ex causæ contractu, sicuti *l. creditor prædia, ff. de pignor.* ait, pignoris obligationem obligari ex contractu, id est, ex causa contractus principalis. Deinde notandum capta pignora distrahi non per creditorem, sed per apparitorem magistratus, & distrahi publice sub hasta, etiam (quod notandum) ad licitationem admisso creditore, qui sententiam accepit secundum intentionem suam: admisso, inquam, etiam tanquam extraneo quolibet, *l. 2. h. tit.* & deficiente emptore, quod plerunque contingit fraude judicati debitoris, tum mitti creditorem in pignorum, quæ apparitor cepit, possessionem, *l. 3. sup. de execut. rei jud.* vel auctoritate principis ei addici dominium pignoris, nullo invento emptore, *ut l. 3. h. tit.* Solus princeps in hac specie potest addicere dominium creditori, ut plenius demonstrabitur *inf. de jur. dom. impet.*



AD TITULUM XXIII.

SI PIGNUS PIGNORI DATUM SIT.

NON erit res longi subsellii. Notandum creditorem pignus, quod habet obligatum, pignori obligare posse creditori suo, quod Græce est uno verbo μετενεχυριάζειν. Et plerunque id agitur, ut creditor, aut qui crediturus est, pignus accipiat, quo alii dato amico suo pecuniam ferat, & mox credat ei, qui pignus dare prævertit: Nam ut fidejussor, ita pignus potest præcedere contractum principalem. Quid ni? Pignus autem pignori datum, pignoris obligatio posterior tamdiu durat, quandiu obligatio prior: nam priore perempta, perimitur etiam posterior. Nec recte dices sic fieri, ut rei alienæ pignus sit, quia non tam est rei, quam juris, quod in ea habet creditor: Sicut cum quis rem sibi debitam pignori obligat, non rem ipsam obligat, sed jus obligationis, jus, quod habet in ea, *l. 1. in pr. ff. de pign. l. 3. §. cum ex causa, ff. qui pot. in pignor.* Et si forte creditor, qui pignori habet rem aliquam debitoris, rem ipsam, id est, proprietatem: Nam (*rei*) nomen, proprie proprietatem significat: si rem ipsam pignori obligaret, non consisteret obligatio, sicut is, cui usufructus rei pignori datus est, posset quidem usumfructum alii pignerare, sed si rem ipsam pigneraret, nihil agit, *l. 1. & 2. h. tit.* quia rei alienæ pignus non consistit, sed rei tantum nostræ, aut juris nostri cujuscunque. Secundus autem creditor, cui primus creditor pignus pignori dedit, quamdiu priori creditori non solvitur, non tantum habet actionem hypothecariam, vel retentionem ejus pignoris, *l. grege, §. cum pignori, ff. de pignor.* sed etiam habet jus distrahendi pignoris, sicut primus creditor, nec distractione perfecta integrum est creditori pecunia oblata, vel soluta, distractionem, sive emptionem dissolvere, ut in *l. 2. sup. si antiqui. cred. pign. vend.* & in *l. 1. h. tit.* In qua sub finem est scribendum, *post soluta pecunia*, non, *post solutam pecuniam:* & illo loco (*ante exsolutam à domino*) illa verba (*à domino*) abundant omnino: Nam si voluit dicere (*à quo soluta pecunia*) debuit dicere, *à vobis*, ut superiora verba requirunt.



AD TITULUM XXIV.

DE PARTU PIGNORIS, ET OMNI CAUSA.

AIT, *omni causa*, id est, de omni alia causa præter partum: Nam & partus est causa ancillæ, *l. 8. de usur.* sicut fœtus pecoris, & fructus causa est fundi. Igitur de omni alia causa pignoris, veluti de operis, aut mercedibus operarum, quia de servis tantum pigneratis in hoc titulo agitur: cæterarum rerum causæ sunt fructus, pensiones, & fœtus primi, aut secundi, quoniam hæc vi ipsa insunt rebus ipsis, id est, sunt causæ rerum. Et de operis servi pignerati in *l. 2.* hoc proditum est, creditorem, si operas servi pignerati percepit, aut percipere potuerit, quia sunt in fructu servi, *l. 3. de oper. serv.* eas imputare creditorem primum in usuras, id est, in quantitatem graviorem, deinde in sortem. Denique operas servi pignerati, quas creditor percepit, aut percipere debuit, minuere debitam quantitatem, vel etiam absumere, si eam exæquant, *l. 1. 2. 3. & ult. sup. de pignor. act. l. 9. sup. de pignor. l. 1. inf. de distract. pignor.* Partum autem pignoris creditor non imputat in usuras, vel in sortem, quia partus non est in fructu. Indignum est excellentia hominis, ut sit homo homini in fructu, & tamen in plerisque causis partus eodem jure sunt, quo fructus, ut in hac causa pignorum. In hoc tractatu, sicut fructus fundi pignerati, tacite pignori esse creduntur, qui scilicet à debitore percipiuntur, vel herede ejus, *l. 3. sup. in quib. caus. pignus tac.* ita partus ancillæ pigneratæ, qui eduntur, vel nascuntur apud debitorem, vel heredem ejus, tacite pignori esse creduntur, *l. 1. h. tit. l. fidejussor impetravit, in fine, l. Paulus, §. 1. ff. de pignor.* Nec obstat, quod ita scripsit Paulus 2. *Sent.* fœtus, vel partus ejus rei, quæ pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenit: quæ sententia omnino pugnat cum his, quæ proposui ante, ut tacite fœtus, & partus sint pignori, cum dicat, non esse pignori, nisi ex conventione expressa. Sed vitandæ absurditatis gratia, in quam verisimile est non incidisse Paulum, ea sen-

tem-

tentia suo, & proprio casui coaptanda est, ita scilicet, ut intelligatur de fœtu, vel partu edito ante pignoris obligationem, vel etiam de partu edito post pignoris obligationem, apud alium, quam debitorem, vel heredem ejus, vel creditorem, veluti apud emptorem ancillæ pigneratæ, cui debitor eam vendidit sine consensu creditoris: Nam hoc casu fœtus, vel partus non potest esse pignori obligatus, non potest cadere in pignoris obligationem, quia nunquam fuit in bonis debitoris, cum sit editus apud emptorem. Et hæc est distinctio *d. l. Paul. §. 1.* distinctio ejusdem auctoris. Cui rursus objicitur *l. si convenerit, §. si fundus, ff. de pigner. act. l. 1. in princ. ff. de Salv. interd.* quæ leges partum ancillæ pigneratæ editum apud emptorem ancillæ, statuunt venire in pignoris obligationem, quod omnino pugnat cum illa distinctione *l. Paulus, §. 1.* & re diligentius inspecta, ita videtur hæc omnis res expedienda, & discernenda esse, ut dicamus partum ancillæ pigneratæ editum apud emptorem non venire in pignoris obligationem proprio jure taciti pignoris, quia nunquam fuit in bonis debitoris, licet apud eum conceptus sit: ob idipsum, quia non est (ut Stoici sentiunt, à quibus nostri auctores imbuti sunt) antequam in lucem editus sit. Et ideo in hac quæstione auctores nostri non conceptionis, sed editionis locum spectant. Sed tamen in actionem hypothecariam, qua creditor persequitur rem pignori obligatam, recte dicam venire fœtus ejus, & fructus, & partus editos apud emptorem, aut jure expressi pignoris, id est, si convenerit nominatim, ut pignori essent, & extent fœtus; fructus, vel partus, ut ex contrario indicat *l. 1. §. cum prædium, ff. de pignor.* aut venire arbitrio judicis, tanquam tacite obligatos, si etiam extent, & res principalis creditori adimplendo non sufficiat, quod est valde notandum *ex l. si fundus, §. in vindicatione, in fine, ff. de pignor.* Et hujus juris color hic est (nam nullum jus est, quod careat ratione vera, aut colore) color, inquam, hic est, quia licet fœtus, fructus, partus nati apud emptorem nunquam fuerint debitoris, tamen res, ex qua nati, vel orti sunt, debitoris fuit tempore contractæ obligationis. Consumptos autem ab emptore partus, fœtus, fructus dicam neque venire arbitrio judicis in actione hypothecaria, id est, Serviana, neque jure expressi pignoris, *d. l. 1. §. cum præd.* hac ratione, quia consumptio bonæ fidei emptoris absolvit, perficit, & consummat adquisitionem fructuum, vel quasi fructuum, qui nunquam venditoris fuerunt, ut nec jure hypothecæ, nec arbitrio judicis ab eo avocari possit post consumptionem, *l. quæsitum, ff. de adq. rer. dom. l. 4. §. lana, ff. de usurp. & usuc. §. si quis à non domino, de rer. divis.* Et secundum hæc est accipienda *l. 1. de Salv. interd.* itemque *d. l. si convenerit, §. si fundus:* ut post venditionem ancillæ pigneratæ, apud emptorem editus partus veniat in pignoris obligationem, si extet, & ancilla creditori non sufficiat: & ut veniat non directo jure pignoris, sed arbitrio judicis, ut *d. §. in vindicatione.* Et ita arbitrio judicis veniat in actionem Servianam, & in interdictum Salvianum, quia utraque actio est arbitraria, *§. præterea, Institut. de action.* Et ita hæc quæstio dirimenda est omissa Accursii, & Doctorum nostrorum distinctione, utrum ancilla conceperit apud debitorem, vel creditorem, an apud emptorem, utrum fructus severit emptor, an debitor, quia juris auctores, qui verius sunt Doctores, & præceptores nostri, eam omiserunt, nec ullo loco spectarunt apud quem conciperet ancilla pignerata, sed apud quem eniteretur, & pareret.



AD TITULUM XXV.

DE REMISSIONE PIGNORIS.

EX hoc titulo licet intelligere pignoris obligationem nudo pacto, vel expresso, vel tacito remitti, atque dissolvi: sed non ipso jure, ne hoc dicamus: verum opposita exceptione pacti creditori agenti Serviana, ut aperte docet *l. 2. hoc tit.* Et quod ait *l. major, sup. de pign.* creditorem majorem 25. annis, recte (ut *l. 13. ejusd. tit.* nam minori subvenire posset) Majorem, inquam, remissam pignoris conventionem persequi non posse, id non est ita accipiendum, ut ipso jure non possit persequi, sed ut persequenti obstet exceptio doli mali, vel pacti, ex *l. 2. hoc tit.* Et placet ratio *d. l. major, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur:* ubi *jurisdictio* pro edicto accipitur, ut *l. 2. ejusd. t.* & disjunctio (*vel*) pro conjunctione, quia pactum, quod fit de pignore, non vi sua, sed ex edicto prætoris actionem parit, *l. si tibi, §. de pignore, D. de pact.* ex jurisdictione prætoris vires accipit. Nihil autem est tam naturale, quam quo genere quid colligatum est, id eodem dissolvere, *l. prout, D. de solut.* Pignus nudo pacto contrahitur, ergo & nudo pacto perimitur: sive pacto remittatur, & solvatur vinculum pignoris, sive remittatur sors principalis: nam sorte principali remissa, modo remissio facta sit ab eo, qui jure id facere potest, remissum etiam videtur pignus, *l. 5. hoc tit.* Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, non ipso jure, sed per exceptionem, & eliditur verius, quam dissolvitur, quasi collisione facta duorum corporum, duorumve jurium, *l. si unus, §. pactus, D. de pact.* Videtur autem creditor remisisse pignus tacito pacto, si creditore sciente, & tacente servus pigneratus manumissus sit, & in libertate moratus, *l. 1. h. t.* cui est conjungenda *l. 1. sup. de servo pign. dato man.* Item si res pignerata vendita sit à fisco subhasta. Finge ex causa tributorum, sciente, & tacente priori, & potiori creditore, sufficit silentium creditoris, ut non convellatur fides hastæ fiscalis, quod est singulare in hasta fiscali, *l. 8. h. t.* sicut illud in libertate, ex *l. 1.* Nam si ab alio, quam fisco res pignerata vendita sit, non sufficit scientia, & silentium creditoris, ut remisisse pignus videatur: Quid enim si securus sui pignoris, suique juris bene conscius vendi cernat pignus suum, nec tamen propterea remittat? Igitur necesse est, ut nominatim consentiat (hic casus est excipiendus) programmate, id est libello publice proposito ab eo, qui pignoris auctionem facturus erat, admoniti fuerint creditores, ut adessent, & adfuerint, nec contradixerint: quia hoc casu plane consensisse videntur, & pignus remisisse, *l. 6. h. tit.* Item remisisse intelligitur pignus, qui id reddit debitori, *l. 9.* Idemque est, si debitori reddiderit cautionem pigneratitiam, vel testamento reddi jusserit, ut *l. 7. hujus tit. cap. 4. ext. ut lite pend. nihil. innov.* Nam etiam qui cautionem creditæ pecuniæ, qui chirographum reddidit debitori, vel qui id scindit, atque corrumpit, creditum remisisse videtur, *l. 2. D. de pact.* Et inde Optatus Afer adversus Donatistas: *extorta debitoribus chirographa reddebantur.* Nam redditio chirographi, est liberatio debitoris, quod etiam iisdem verbis est scriptum in epist. quadam August. ad Bonifacium. Et his congruenter D. Ambrosius 1. offic. *Est benevolentiæ liberalitas, ut quod habes debitoris chirographum, scindens restituas, nihil à debitore consecutus debiti.* Et in lib. de Nabute cap. 13. *Cautionem quoque*, inquit, *si quam habui debitoris, scissam sine debiti recuperatione reddidi.* Et similiter, qui servo suo reddidit instrumentum servitutis, quo probatur eum servum ejus esse, videtur eum manumisisse, *l. unic. §. pen. sup. de lat. libert. toll.* Semel autem remissa hypotheca, semel remissum pignus, etiamsi fuerit generalis hypotheca præsentium, futurarumque rerum, pignore retento à debitore, vel recuperato ab emptore, cum venditio-

ni

ni semel consensit creditor, nunquam restituitur, nisi A novo pacto. Et hæc est sententia *l.4. & l.ult. h. t.*



AD TITULUM XXVI.

ETIAM OB CHIROGRAPHARIAM PECUNIAM, &c.

NON tantum remissione pignus perimitur, ut docuit superior tit. sed etiam, ut docet hic, novata debiti obligatione: ut si creditor, quod sibi Titius debet, sub pignore certo, animo novandæ obligationis dari stipuletur à Cajo, non repetito eodem pignore: Repeti potuit, vel B consentiente Titio, qui est pignoris dominus, vel Cajo, ut ponit constitutio hujus tituli, in quem translata est obligatio, dominium pignoris adepto: aut si repetitum non sit, novatione pignus peremptum est, quia prior debitor liberatus est, qui dederat pignus. Et hoc quoque genere fidejussores prioris debitoris liberantur, & usuræ consistunt, id est, currere desinunt, *l. novatione, ff. de novat.* Repetito autem eodem pignore, etiamsi creditor agat adversus Cajum, in quem transfusa est obligatio, actione personali ex stipulatu, cumque condemnet, sententiam consecutus adversus eum, pignus quod repetitum est, non perimitur, quia non condemnatione debitoris, sed solutione à debitore facta pignus perimi edictum prætoris de Serviana actione manifesto declarat, vel superioribus modis, id est, remissione, aut novatione, C & novatione quidem voluntaria, quæ fiat ex consensu creditoris, & debitoris, & expromissoris, in quem transfunditur obligatio nova: Nam novatio necessaria non perimit pignus, quæ contingit judicio damnato debitore, & dicitur necessaria, quia judicium redditur in invitum, *l. inter stipulantem, §.1. D. de verb. obligat.* Unde etiam noster Theophilus deducit, *actionis* nomen, *quod agat, & compellat invitum*. Et novatio fit judicio damnato debitore, quia pro pristina actione creditori datur nova actio, id est, actio judicati, *l. grege, §. etiam, l.si fundus, §. si pluris, D. de pignor. l.3. §.& ideo, sup. de usur. rei judic.* Voluntaria ergo novatione pignus, quod prior debitor dederat, nec repetitum est, perimitur, quia & ejus debitoris, qui id dederat, principalis obligatio perimitur mutato debitore per novationem. At novatione facta D necessaria, idem debitor manet obligatus. Ergo & pignus, quod dedit debitor, non mutatur, sed actio tantum mutatur. Et hæc differentia inter novationem voluntariam, & necessariam proponitur initio hujus constitutionis, & pars ejus, quæ est de novatione necessaria, repetitur in *l.8. sup. de pignor.* Sunt autem, & in multis aliis rebus multæ aliæ differentiæ inter hanc, & illam novationem. Novatio voluntaria perimit privilegium pristinæ actionis, veluti tutelæ, aut dotis, si hoc agatur: necessaria non item, *l.aliam, D. de novat. l. quæsitum, D. de reb. auctor. jud. possid.* Facta novatione voluntaria usuræ non currunt, quæ cucurrerant ante, *l.novatione, D. de novat.* Facta novatione necessaria, id est, lite contestata, factoque judicio, usuræ currunt, *l.lite, D. de usur.* quæ secundum inscriptionem est conjungenda cum E *d. l. novatione*, conjunctio patefaciet differentiam. Item facta novatione voluntaria pœna promissa, si ad diem pecunia non solveretur, non committitur, *l. si creditor, ff. de novat.* Facta necessaria, committitur, *l. cum stipulati sumus, ff. de verb. obligat.* Item novatio voluntaria tollit civilem, & naturalem obligationem: necessaria, quæ ex judicato manat, non tollit naturalem, *l. Julianus, ff. de condict. indeb.* Ac postremo novatio voluntaria aufert creditoribus hereditariis commodum separationis bonorum, non quæ fit ex necessitate, non necessaria novatio, *l. 1. §. illud sciendum, & l.ult. ff. de separat.* Hæc autem constitutio, proposita illa differentia inter novationem voluntariam, & necessariam, deinde id proponit, quod solum habet rubrica, quasi præcipuum caput hujus constitutionis, vel præcipuum finem: hoc nimirum, illum, qui pignus accepit ex causa certæ pecuniæ creditæ, etiam id pignus retinere posse opposita exceptione doli mali ex causa alterius pecuniæ creditæ sine pignore, nudo chirographo, quæ chirographaria pecunia dicitur, licet ejus pecuniæ nomine pignus acceptum non sit. Denique pecuniam, aut esse hypothecariam, sive pigneratitiam, puta si debeatur sub pignore certo, aut esse chirographariam: Et ob pecuniam hypothecariam creditori, & retentionem competere, & persecutionem pignoris, id est, actionem hypothecariam: Ob chirographariam autem pecuniam competere retentionem tantum pignoris contracti propter aliam pecuniam, non persecutionem: & soluta ab eo, qui debet partim chirographariam, partim hypothecariam pecuniam, omni pecunia hypothecaria, debitorem agentem actione pigneratitia de recuperando pignore, quod solverit pecuniam, in quam pignus obstrictum erat, posse repelli per exceptionem doli mali, nisi etiam solvat chirographariam pecuniam, quam debet, debitorem repelli constitutio ait: Nam secundus creditor, ut subjicit eadem constitutio, non repellitur, si primo creditori offerat pecuniam hypothecariam tantum, non etiam chirographariam: Satis enim est, si priori creditori offerat pecuniam, quæ sub pignore debetur, ut sibi pignus confirmet, & in locum subeat primi creditoris, & adversus eum agat cum effectu actione hypothecaria. Et hæc est sententia hujus constitutionis valde singularis. Singulari constitutioni dedit singularem titulum; nam & similis alia vel constitutio, vel juris auctoritas, quæ idem statuat, nulla est. Et ratio constitutionis (quæ non est omittenda) hæc videtur esse, ut scilicet non tantum ob pigneratitiam pecuniam, sed etiam ob chirographariam pignus possit retineri à creditore jure exceptionis oppositæ actioni pigneratitiæ, quam intendit debitor soluta pecunia hypothecaria, quæ est brevis interpretatio Rubricæ: Ratio, inquam, hujus juris hæc videtur esse, quod improbe facere videatur debitor, quamobrem & repellitur exceptione doli mali, qui id tantum æs alienum dissolvit, quod sub pignore debet, quia id non tam sua sponte facere videtur, quam coactus vinculo, & nexu pignoris, quo forsitan indiget, plane demonstrans, se id nunquam, aut vix exsoluturum, quod debet sine pignore: quæ improba mens, & cogitatio debitoris merito coercetur, etiam retento pignore ob æs alienum chirographarium, tametsi propter id obligatum non sit. Et longe alia est ratio secundi creditoris, qui ultro primo creditori offert, quod ei ipse non debuit. Et quæ est secundi creditoris, eadem etiam ratio est extranei cujuslibet, qui ultro offert creditori pro alio, quod ipse non debet, *l.Paulus, §. ult. D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. l.mulier, D. qui pot. in pign.* Eademque ratio primi creditoris, qui ultro offert secundo, quod ei debetur. Nam & primum secundo offerre posse (quod Accursius notavit *in l.1. sup. qui pot. in pign. hab.*) verissimum esse probat Paulus 2. *Sentent. tit.13.* his verbis, *Prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore sit potior*. Eadem quoque ratio est, si ultro dominus rei, quam alius pignori habet, consentiat ex benevolentiæ liberalitate quadam, ut eam rem suam pignori opponat: quia & hoc casu à creditore pignus retinebitur ob pecuniam tantum, propter quam obligatum est: non etiam ob pecuniam chirograph. sine nova voluntate domini, argumento *l.item quæritur, §.qui impleto, D. loc.* Et hæc fuit sententia Placentini, quam confirmat, quod in specie hujus constitutionis, si bene inspicias, proponitur, pignus fuisse repetitum translato debito simul, atque dominio pignoris in alium, non etiam consentiente domino, à quo debitum in alium translatum est, facta novatione voluntaria. At constitutioni hujus tituli valde obstat *l.solutum, §. si in sortem, ff. de pigner. act.* quæ docet pignus obligatum in usuras tantum, sive ex pacto, sive ex stipulatione debitas, usuris solutis, non posse retineri ob sortem chirographariam.

riam. Et idem esse lex ostendit ex diverso, ut pignus obligatum in sortem tantum non possit retineri ob usuras chirographarias. Et hoc quidem verum esse etiam probat *lex 4. sup. de usur.* Et facile admittitur ab interpretibus odio (ut ajunt) usurarum: at illud videtur esse falsum primum, ut pignus acceptum in usuras tantum, non possit retineri ob sortem chirographariam tantum, quod tamen proponit *d. §. si in sortem*: & pugnat id omnino cum hac constitutione. At fortiter defendi posset in *§. si in sortem*, sic esse legendum, *si in sortem duntaxat, non in usuras*, ut docuit *Observatio 5. & 15.* Sed ello, nihil mutemus, ut refractarii volunt, & volunt nulla alia adducta ratione certa, & perspicua, qua facient concordiam hujus constitutionis, *& d. §. si in sortem*, nihil, inquam, mutemus: Nam & Basilica nihil mutant, & non est, cur ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem potius, quam ob sortem chirographariam: Nam odium usurarum, quod interpretes illi rei affingunt, jure civili nullum est. Nihil denique jure civili scriptum odio usurarum: nec enim jure civili sunt odiosæ usuræ: Nam & quod dicunt, ut pecuniæ creditæ usuræ non possint peti ex pacto facto incontinenti in credenda pecunia, quod est verissimum, *l. 3. sup. de usuris, L. Titius, ff. de præsc. verb. l. idemque, §. si Titio, ff. mand.* Quod, inquam, dicunt, hoc fieri odio usurarum, falsum est. Et verissima causa hujus rei in eo posita est, quod pacta incontinenti adjecta contractib. stricti juris, quale est negotium creditæ pecuniæ, non pariant actionem, sive petitionem, sed exceptionem tantum: nam ut etiam actionem pariant, est receptum tantum in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei, sup. de pact. l. juris gentium, §. quinimo, ff. eod.* Nec pugnat *l. lecta, ff. de reb. cred.* quæ pactum inesse dicit stipulationi strictæ, non ut actionem pariat, id est, ex parte actoris, sed ex parte rei, ut pariat exceptionem tantum. Et probabilius rem omnem sic explicabimus, & hanc constitutionem cum illo §. sic in concordiam adducemus probabiliter. Hæc constitutio loquitur tantum de duplici sorte, de duab. sortibus, nempe hypothecaria, & chirographaria, ut soluta hypothecaria sorte, ob chirographariam pignus retineri possit: non loquitur de sorte, & usuris, sicut ille §. ut vel ob sortem chirographariam solutis usuris retineatur pignus acceptum in usuras duntaxat: vel contra, ut ob usuras chirographarias soluta sorte, retineatur pignus acceptum in sortem tantum. Et non est recedendum à finibus, quos hæc constitutio circumscripsit, quia cum sit singularis, restrictius accipienda est. Proinde dices non improbabiliter, constitutioni locum esse, si agatur de duabus sortibus hypothecaria, & chirographaria: non si de sorte chirographaria, & usuris hypothecariis & contra: Nam & Placentini, ut ante dixi, sententia placet, ad suos fines, suamque speciem coarctantis constitutionem hanc de pignore repetito post adquisitum dominium pignoris ei, in quem translata est obligatio facta novatione: non etiam, quoniam hunc casum constitutio non ponit, de pignore repetito consensu domini, & prioris debitoris: Et ideo hoc casu soluta pecunia hypothecaria, ob chirographariam pecuniam pignus retineri non potest sine novo consensu domini, & prioris debitoris, à quo obligatio transit in alium.

AD TITULUM XXVII.

DE DISTRACTIONE PIGNORUM.

PIGNUS non tantum remissione, aut novatione voluntaria perimitur, quod superiores tituli demonstrarunt, sed etiam distractione jure facta à creditore, cui pignus jure obligatum sit, ut *l. 11. & 17.* vel ab herede ejus, *l. pen. hoc tit.* Distractio enim pignorum non solvente debitore, est pignorum extrema linea, aut novissima meta, adeo ut à creditore jure distractis pignoribus nullus supersit, qui habeat jus offerendæ pecuniæ, quia res non est integra: vel qui directa in rem actione, vel quasi Serviana emptori eas res evincere possit, *l. 1. & 2. sup. si antiq. cred. l. 8. & 18. hoc tit.* à creditore, inquam, nam à debitore facta venditio non perimit causam pignoris, sed res transit cum sua causa, cum sua qualitate, & conditione, nisi fiat creditore consentiente, & remittente pignus, *l. 12. h. tit. l. 2. l. 4. l. pen. sup. de remiss. pign. l. creditor, ff. de div. reg. jur.* Et à creditore tamen facta venditio pignoris perimit causam pignoris, quia pro solutione cedit: nam ex pretio satisfit creditori in totum, vel ex parte: & si ex parte tantum ei satisfiat, ut puta quod pignus non sit idoneum in omnem debiti quantitatem, quod minoris sit, quam debeatur, hoc casu pignus quidem perimitur, sed in id, quod deest sorti principali, creditori superest actio personalis adversus debitorem, vel fidejussorem, aut mandatorem, *l. 3. hoc tit. l. quæsitum, §. ult. D. eod. l. creditor a. D. de reb. cred. l. 10. sup. de obligat. & action.* Vel etiam eodem casu, cum pignoris pretium non sufficit, creditori competit actio hypothecaria ex generali clausula, quæ in pignoribus dandis adjici solet specialiter quibusdam rebus pignori datis, *ut cætera quoque bona debitoris, quæ habet, quæque habiturus est, pignori teneantur, l. & quæ nondum, §. 1. D. de pignor. l. 9. hoc tit. l. ult. sup. de remiss. pignor.* Videlicet quoniam hoc casu, quo specialem certarum rerum hypothecam sequitur generalis, prius est excutienda specialis, quam generalis, *l. 2. sup. de pignor.* Si ex pretio rerum specialiter pignori datarum creditor solidum, quod sibi debetur redigere non potuerit, tum cætera bona debitoris ex generali hypotheca persequi potest, quæ est sententia *l. 9. hoc tit.* Sicut e contrario si creditor plus redegerit, quam ei debeatur, ut plerunque pignora solent superare quantitatem debiti, hoc casu de superfluo creditor debitori tenetur actione pigneratitia, ut superfluum reddat debitori, *l. ult. hoc tit. l. eleganter, §. si vendiderit, D. de pigner. act. l. in fraudem, §. si plus, D. de jure fisci, l. ult. si vend. pign. agat.* Sed *l. ult. hoc tit.* addit hanc exceptionem, nisi aliud specialiter convenerit, puta ut quod ex venditione pignoris conficeret creditor, totum id sibi haberet. Quam in rem hæc lex ult. est admodum singularis. Neque vero hæc conventio iniqua videri debet, cum & lex commissoria (id est, pactum commissorium) quod scilicet non soluta ad diem pecunia, creditori addicit pignus, quantumvis licet pretiosissimum: Hæc, inquam, lex ante Constantinum *in l. ult. de pact. pignor.* in pignoribus fuit admissa, sicut etiam hodie admittitur in venditionibus. Illa autem conventio, *ut quod creditor redegerit ex venditione pignoris, totum sibi habeat*, quæ longe diversa est à lege commissoria, non fuit improbata à Constantino. Ergo eandem exceptionem addi voluit superiori dicto, puta ut si minus, quam debeatur ex pretio pignoris redactum sit, creditori residui petitio supersit: quod autem dixi, ita scilicet, nisi specialiter convenerit, ut creditor contentus esset qualicunque pretio pignoris: Nam & Accursius testis est in *l. creditor, D. de reb. credit. & l. si pro mutua, sup. si cert. pet.* eam conventionem Venetos approbare, imo semper inesse existimavit pignori, quod tanti non est, quanta pecunia data est. Ex his autem intelligimus, hunc esse effectum distractionis pignorum à creditore factæ, ut pignus perimat, quia pretium eorum redit ad creditorem, neque referre, id pretium æquet sortem, necne: Nam si partem tantum sortis expleat, pignus omnino perimitur. Et in hoc distat solutio sortis à distractione pignoris: nam soluta parte sortis, etiamsi maxima parte, ut non nisi supersit unus nummulus, pignus nulla ex parte liberatur, *l. 6. & 16. hoc tit. l. si rem alienam, §. omnis, D. de pigner. act. l. rem, D. de evict. l. aliquando, D. ad Senatusc. Vellej.* Et ratio hæc est, quia non omnis sors pervenit ad creditorem, & edicto prætorio manifesto comprehensum est, quod proposuit de pignore, ne pignus liberetur, nisi omni pecunia soluta: ne ergo liberetur parte soluta quantacunque. At redacta parte sortis ex venditione pignoris,

ris, pignus in totum perimitur, quia omne pretium pi- A
gnoris pervenit ad creditorem: sed quia non omnis etiam
sors ad eum pervenit, creditori, ut dixi, residuæ sortis
petitio est, *l. 3. h. tit.* Hoc etiam ex supradictis intelli-
gere licet, pignoris à creditore recte distracti do-
minium traosire in emptorem. Sed hoc ut liqueat magis,
hæc adhibenda distinctio est: aut creditor pignus possi-
det, aut debitor: Si creditor pignus possidet, rem pigoe-
ratam jure distrahendo, & tradendo emptori (tradi-
tio enim exigitur) dominium ejus rei, eamque rem libe-
ram io emptorem transfert, *l. 13. & 15. h. tit.* Neque est
novum, ut non dominus (veluti creditor, qui non est
dominus pignoris) alii domini causam præstet, vel
præbeat: Nam curator datus bonis distrahendis, cum
creditores missi sunt in possessionem bonorum omnium
debitoris, tametsi non sit dominus, dominii causam præ- B
stat. Et ad hanc speciem videtur referendum, quod est
in initio *l. non est novum, D. de adquir. rer. dom.* cum ea
collata *l. 2. D. de curator. bon. dan.* quæ eaodem inscri-
ptionem habet. Et distrahendo quidem, atque tradendo
creditor, dominium transfert in emptorem, sive volunta-
te debitoris id faciat, id est, ex pactione, sive citra
pactionem, & voluntatem debitoris, debitore ter de-
nuntiato, ut pignus reluat, & repigneret si velit, vi-
delicet cum pignus simpliciter contractum est, vel ea
lege, ne distraheretur: Nam ea lex, sive pactio, *ne pi-
gnus distrahatur*, est contra naturam pignoris: nam pi-
gnus non est pignus, aut inutile est, & futile, nisi quan-
doque distrahi possit. Ea igitur lex, cum omnino sit
contra naturam pignoris, non omnino tuenda est, ut
in *l. cum precario, D. de prec. §. de illa, Institut. de so-* C
ciet. Neque tamen ea lex statim prorsus rejicitur, cum
sine trina denuntiatione, quæ fiat per intervalla justi
temporis solemniter, & testato, non possit creditor ab
illa lege migrare, *l. 4. D. de pignerat. act.* Sic ergo sta-
tuamus: ex pactione, vel ex trina denuntiatione creditor
pignus recte distrahit, etiam invito, & obnuntiaote de-
bitore, ut in *tit. seq.* nec propter obnuntiationem debi-
toris, qui vetat distrahi pignus, videtur res litigiosa di-
strahi, *l. 1. inf. de litigios.* Sicut nec si contendat debitor, cre-
ditorem sibi concessisse precariam possessionem pigno-
ris, quia neutro casu debitor pignoris controversiam fa-
cit: Non si obnuntiet creditori, si interdicat ne vendat,
non enim propter hoc negat, rem esse pignori obligatam.
Non, etiamsi à creditore debitor pignus precario acce-
perit, & se accepisse dicat, ut quotidie data pignora de- D
bitorib. rogantibus precario, conceduntur: nam ea pre-
carii concessio oon est remissio pignoris, argumento *l. 4.*
sup. de his, qui à non domin. Igitur debitor, qui dicit se pre-
cario pignus possidere, non facit controversiam pigno-
ris, non facit rem litigiosam, quia non ideo dicit remis-
sum esse pignus. Si debitor negaret rem esse pignori ne-
xam: vel si diceret jam esse solutam nexu pignoris, face-
ret controversiam pignoris: & ideo, si creditor eam di-
straheret, incideret in pœnam venditæ rei litigiosæ,
& re judicata secundum intentionem debitoris, ea res
auferretur emptori, *l. ult. inf. de litigios.* Et secundum
hæc omnia est accipienda *lex. 2. h. tit.* cujus explicatio
non erat in facili. Et hæc de creditore, qui pignus possi-
det. Quod si debitor pignus possideat, quod creditor
tentat jure suo distrahere, ut potest, debet creditor prius E
debitori possessionem pignoris avocare per judicem,
per actionem hypothecariam, & deinde distrahere, &
dominium transferre in emptorem, ut *l. 14. h. tit.* & si non
avocet possessionem debitori, etiam pignus distrahe-
re potest, verum dominium ejus oon transfert in em-
ptorem, quia nudo consensu ex causa emptionis, vel
permutationis, vel donationis, vel dotis, sine traditio-
ne dominium non transfertur, *l. traditionibus, sup. de*
pact. Adquiri potest dominium ipso jure, sine possessio-
ne, fateor, veluti ex causa legati, vel ex causa *legis cum*
duobus, §. idem respondit, D. pro soc. Sed non ex causa
emptionis, quæ perficitur quidem nudo consensu: sed
nudo consensu, sine traditione, sine possessione, quam

tradat emptori, venditor; dominium non transfert:
Quid ergo, si debitore possidente pignus, creditor
vendat pignus, non tradat, quod etiam non habet?
Satis erit si emptori cedat jus suum, id est, persecutio-
nem pignoris, *l. pen. D. de distract. pignor. l. emptori,*
D. de heredit. vel act. vendit. Ad hæc notandum est, ut
valeat venditio pignoris à creditore facta, multa deside-
rari, quæ perstringam paucis: videlicet, ut fiat à credi-
tore, cui pignus jure obligatum, nec dum finitum, vel
extinctum sit, & cui sit jus distrahendi, puta, ut fiat à po-
tiori creditore, & pacto, ut in *l. pen. D. de pignor. act.*
ubi Florentiæ ita est scriptum: *In venditione, quæ fit*
ex facto. Interjecta distinctione, quæ est tollenda,
& manifesto legendum, *quæ fit ex pacto*, ut in *§.*
creditor, Institut. quibus alien. lic. quæ fit ex pactio-
ne, & l. 7. hoc tit. quæ fit non refragante lege contra-
ctus. Verum adde, ex pacto, vel citra pactum præceden-
te trina admonitione, sive denuntiatione, ut debitor pi-
gnus luat, ne distrahatur, *d. l. 4. D. de pignerat. act.* Di-
xi paulo ante, *nec dum finitum jus pignus*: Nam finito pi-
gnore solutione sortis totius, vel obsignatione, & de-
positione, ut *l. 8. h. tit.* vel ex fructibus pignoris per-
ceptis à creditore, qui imputantur in sortem, redacta om-
ni sorte, *l. 1. h. tit.* vel remisso pignore, aut novata debiti
obligatione, vel alio quocunque modo finito pignore,
manifestum est nullum superesse jus distrahendi pigno-
ris. Est etiam hic casus singularis *l. 5. h. tit.* quo oblatio
nuda impedit distractionem pignoris, si reliquator, *qui*
doit seulement quelque reste, offerat creditori cognitio-
nem, petens arbitrum rationibus excutiendis (*Venons à*
compte) & offerens reliqua, quæ restiterint excussis ra-
tionibus apud judicem. Hæc honesta petitio debitoris,
qui petit arbitrum discutieodis rationibus, dicens, *se pa-*
ratum esse solvere, quod reliquum fuerit, facit ut non pos-
sit creditor jure pignus distrahere, *l. 5. h. tit.* Item ne-
cesse est, ut venditio pignorum fiat publice auctore ju-
dice, ut fiat solemniter, & sub hasta præconis, qua ex re
proprie distractio dicitur, quia sub hasta, si plures res
oppigneratæ sint, vel si sit generalis hypotheca omnium
bonorum plerunque, ut Marcus Tullius ait in Quin-
tiana, *reliquiæ vitæ debitoris lacerantur, & distrahuntur in*
varias personas. Item necesse est, ut antequam fiat auctio
publica, vel subhastatio, eam in celeberrimis locis civi-
tatis proscribi, atque proponi, ut cuique liberum sit ad
eam accedere, & licitari, quaotum libuerit, *l. 4. h. tit.*
Item, sive ex pacto creditori non liceat distrahere, ante
omnia ter denuntiari debitori debet, ut pigous luat, ne
distrahatur: sive liceat ex pacto distrahere, etiam semel
denuotiari debet debitori maxime absenti ab eo loco,
quo fit proscriptio: Nam quod proscribitur, præsenti
debitori denuotiari necesse non est: Nec enim juste po-
test causari præsens debitor, se ignorasse, quod omnis
populus scivit, aut scire debuit, cum esset publice affi-
xum programmate, *res illas, vel illas esse venales, & ve-*
num ituras illa, vel illa die. Cæterum absenti debitori
denuntiari debet, &, ut ait d. lex 4. quando licet, id est,
quando est copia testium, testato creditor debitori di-
cere debet, ubi, *dicere* accipitur pro *condicere*, id est, de-
nuntiare: ut veteres *municare* pro *communicare*, & *men-*
tari pro *commentari*. Item, ut ait d. lex 4. 7. 9. & 10. &
plenius explicabitur *in tit. 29.* creditor, qui pignora di-
strahit, nihil debet agere per fraudem, per collusionem,
per ambitionem, & gratiam, sed bona fide sibi rem ge-
rere. Hæc sunt verba *leg. 4.* bona fide sibi rem gerere,
hoc est, suum negotium gerere, ut loquitur *lex pen. D.*
de pigner. act. quæ explicanda est paucis. Jam ostendi in
illa esse legendum (ex *pacto*) pro (ex *facto*) Sed sen-
tentia ejus legis hæc est: si pluris distractum sit pignus,
quam debeatur, creditorem de superfluo teneri debito-
ri, ut superfluum restituat actione pigneratitia, nec li-
berari creditorem, si velit debitori emptorem delegare,
qui nondum solvit pretium illud ingens, quo pignus
veniit supra modum debiti principalis, nisi deleget em-
ptorem debitori suo periculo, id est, suscepto in se litis
peri-

periculo, ut *l. eleganter*, *§. si vendiderit*, *eod.* Et cur non liberetur creditor delegando debitori emptorem, hæc est ratio, quam illa lex ponit, quia in venditione, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, ut scilicet recipiat, & servet, quod sibi debetur: Nam si alienum negotium gereret, delegato pro justa præstatione esset, etiam non suscepto litis periculo, *l. si procuratorem*, *§. ult. D. mand.* At quia suum negotium gessit, delegatio emptoris non liberabit creditorem, nisi in se suscipiat litis periculum. Et observandum est hæc verba (*sibi rem gerere*) in hoc titulo dupliciter accipi, in hac *l. 4. sibi rem gerere*, id est, suum negotium gerere, sui crediti servandi causa, in *l. 10. hoc tit. sibi rem, vel negotium gerere creditorem*, est sibi emere pignus, quod creditor neque per se, neque per mediam personam efficere potest, quoniam est absurdum, eundem esse venditorem, & emptorem, imo nec vendidisse videtur, qui rem semper tenuit. Et ideo rem semper tenente creditore, qui finxit se vendidisse, ac si nulla venditio intervenisset, quasi re integra, licet debitori oblata pecunia pignus repetere, nisi specialiter convenerit, ut id creditor retineret: in *l. 10.* ab officiali, sive apparitore, qui extra ordinem in causam judicati pignus, quod cepit, distraxit, creditor emere potest, *l. 2. sup. si in causa judic.* itemque à debitore, *l. rescriptum*, *D. de distract. pignor.* Et ab emptore, cui ipse bona fide vendidit pignus, id etiam redimere potest, ut in hac *l. 10.* non etiam à seipso, sive quod idem est, per imaginariam, & subjectam personam. Et ita Paulus 2. *Sent. tit. 13. si creditor pignus suum invito debitore per suppositam personam comparaverit, emptio non videtur: & ideo quandoque lui potest: ex hoc enim causa pignoris, vel fiduciæ finiri non potest.*

AD TITULUM XXVIII.

DEBITOREM VENDITIONEM PIGNORIS IMPEDIRE NON POSSE.

EST etiam hic titulus de distractione pignorum, & docet, recte pignora à creditore distrahi contra obnuntiationem, vel prohibitionem debitoris, si debitor non solvat omnem pecuniam, vel obsignet omnem, atque deponat, si debitor moriens caverit, ne ulla prædia sua, ex quibus quædam creditoribus oppignerata erant à se, id est, extra nomen suum, familiamve suam venundarentur, adjecta pœna, ut quæ venirent exteris, redigerentur in fiscum, ut in specie *l. pater*, *§. fundum*, *de leg. 3. & l. 1. hoc tit.* in qua (*à se*) sicut dixi, interpretor extra nomen suum, ut à filiis, à liberis vendere in *l. 3. C. Theod. de dotib. & Nov. Severi*, *de abrog. capit. injust.* id est, extra nomen liberorum. Hæc autem prohibitio debitoris, *ne à se prædia alienentur*, id est, extra suos, suique nominis successores, non lædit jus creditorum, quibus prædia obligata sunt, *l. filiusfam. §. Divi*, *D. de legat. 1.* Nec videtur ea prædia mala fide emisse, qui non ignarus prohibitionis scriptæ testamento debitoris, ea à creditore comparavit, nec eo nomine fisco ulla tenetur actione, ad quem scripserat testator, ut prædia pertinerent, quæ alienarentur exteris: Nam hæc oratio fisco nullam actionem parit jure pignorum, ea distrahentibus creditoribus exteris personis. Idemque est, si contra quamcunque aliam prohibitionem debitoris scienti, & forte denuntiato quoque emptori, si contra aliam quamcunque denuntiationem debitoris creditor pignora ritè distrahat, *l. 2. hoc tit.* Nam & ea denuntiatio rem litigiosam non facit, *l. 1. inf. de litigios.* quia nuda prohibitio est, quæ fit hoc sermone nudo (*veto ne vendas, aut ne emas*) cui nulla inest controversia proprietatis, aut obligationis jure contractæ. Denique nuda probibitio est, quæ non impedit jus creditoris hypothecarii, jus distrahendi pignoris.

AD TITULUM XXIX.

SI VENDITO PIGNORE AGATUR.

EST etiam hic titulus de distractione pignorum, & pertinet ad id, quod in illo habuimus, *l. 4. 7. 9. 10.* creditorem in distrahendis pignoribus sinceriter, & bona fide debere versari. Et ut paucis ea comprehendam, quæ in hoc titulo ea de re continentur: an ut jure sit venditio pignorum à creditore, aut non jure. Jure fit, etiamsi fiat mala fide, & dolo malo in fraudem debitoris, puta minore pretio distracto pignore, non dolo dante causam emptioni, id est, circumscripto emptore in hoc ipso, ut emeret, quod corrumperet etiam, & vitiaret emptionem, quia est bonæ fidei contractus: Sed fraude tantum admissa in faciendo pretio, nihilominus jure venditio fit, modo solemnia juris observentur, & ritus, & is vendat, qui jus vendendi habet. Non jure fit venditio pignoris, si desint solemnia juris, vel si is vendat, cui non est jus vendendi, & ad hunc secundum casum pertinet *l. 2. h. tit.* ex qua intelligitur hoc casu, cum non jure facta est venditio pignorum, esse in arbitrio debitoris, ut rem vindicet ab emptore, & ut sentio, non reddito pretio emptori, quia cum ipso jure nulla sit venditio, debitor ejus rei dominus permansit, & jure ordinario eam vindicat ut dominus. Ergo redditio pretii ei non incumbit. Dominus à quocunq; vindicat rem suam, sine damno suo, sine impensa: Nam cur reddat pretium emptori rei, quæ sua est, & quam ipse non vendidit, aut cui vendendæ adsensus non est? Hoc verum esse comprobant multæ admodum leges, *l. 2. sup. de furt. l. si sciens*, *sup. ad Senatusc. Vellej. l. 2. sup. de præscript. trig. ann.* in qua, quod notandum, ponitur non jure facta venditio, cum eam venditionem, de qua illic agitur, appellet vitiosam, & injustam. Adde etiam *l. 3. & l. si mancipium*, *sup. de rei vindicat. l. 2. sup. ne rei dom. vel temp. l. sup. empti*, *inf. de eviction.* Neque dicas in hoc casu cum non jure veniit pignus, pretium rediisse in rem debitoris, quasi liberatus sit obligatione ad finem pretii, qua ratione merito cogeretur reddere pretium emptori, quod in rem ejus versum est: Sed dico non posse videri versum in rem ejus, quod emptor, cui res evincitur à debitore, mox est repetiturus à venditore actione ex empto, *d. l. super empti.* Est etiam in hoc casu in arbitrio debitoris, si hoc malit, ut agat adversus creditorem, qui non jure vendidit pignus actione pigneratitia in id, quod interest, in quo continetur justum pretium rei, vel res ipsa. Et ita est accipienda *l. 2. h. tit.* Et hæc de venditione non jure facta. Quod si jure facta sit venditio, sed dolo malo in perniciem debitoris, puta re addicta viliori pretio, non dolo dante causam contractui, hoc casu debitori offerenti pecuniam debitam, in creditorem competit actio pigneratitia, qui minoris vendidit dolo malo, in id, quod interest, in quo continetur res ipsa, vel justum pretium, *l. 4. & 7. sup. de distr. pignor. l. 3. inf. de jure fisci.* In creditorem, inquam, debitori hoc casu competit actio pigneratitia in id, quod interest: in emptorem nulla competit actio, quamvis & ipse emptor in eo negotio mala fide versatus sit, dum curavit sibi minore pretio rem addici: præterquam in hoc casu, si creditor solvendo non sit: Nam hoc casu in emptorem, qui fraudis, vel gratiæ conscius, & particeps fuit, debitori extra ordinem restituitur actio in rem, rescissa venditione, & re evicta emptori cum fructibus, eidemque vicissim reddito pretio cum usuris, quæ est sententia *l. 1. & 3. h. tit.* Extraordinario remedio opus est in emptorem, deficiente creditore facultatibus, id est, restitutione in integrum opus est, quia ipso jure pignoris dominium transiit in emptorem. Fuit enim justa emptio venditio. Emptor hoc casu non tenetur, nisi in subsidium, id est, deficientibus facultatibus creditoris, sive creditore non

existente solvendo: Unde notandum est, prius excutiendum creditorem, quam emptorem, etiam malæ fidei. Et ratio hæc est, ne temere convellatur fides hastæ fiscalis, auctionisque publicæ, quæ jure perfecta est, nec aliter, quam si aliunde debitor suum servare non possit, id est, quod sua interest. Notandum etiam est, debitorem rescindentem venditionem pignoris jure perfectam, pretium, & pretii usuras restituere malæ fidei emptori, ut aperte ostendit *l.1.* Et ratio quidem hæc non est, quod pretium versum sit in rem debitoris, ut glossæ ajunt, quia non videtur versum, quod non durat versum, *l.10. §.versum, D.de in rem verso*, id est, quod reddi oportet: sed vera ratio hæc est, quia emptori, qui ex justa emptione factus est dominus rei, debitor rem avellit, & adimit domino per restitutionem in integrum, creditore non existente idoneo. Unde æquum est, ut unusquisque jus suum integrum recipiat: debitor rem cum fructibus, emptor pretium cum usuris, quia omnis restitutio in integrum est reciproca, *l.quod si min. §.pen. D.de minor. l.3. & 4. D.de iis, quæ vi, metus. caus. l.2. sup. de uxorib. milit.* Et ita hæc quæstio definienda est. Sed adnotandum adhuc, in hanc quæstionem male adduci *l.si fundum sciens, inf. de eviction.* In glossa est corrupte scriptum *l.si prædium*, quoniam ea lex non quærit de eo, de quo instituimus sermonem, an is, qui rem evincit emptori, ei debeat reddere pretium quanti emit rem ab alio: sed quæstio illius legis longe alia est, an emptori re evicta ab alio, debeat venditor emptori reddere pretium. Et lex ait, non debere, si emptor scierit tempore emptionis rem esse alienam, nec sibi caverit de evictione. Sed quæstio hæc est aliena à proposito nostro. Et hoc tantum ad extremum admonendi sumus, l.4. hujus tituli esse accipiendam de venditione pignorum, jure quidem facta, sed mala fide, id est, viliore pretio, quod (ne quis in hac re dubitet, quæ dubia est inter interpretes) indicant illa verba (*cum contra bonam fidem*) non dicit, cum non jure factam, sed contra bonam fidem. Et paulo post (*quæ mala fide gesta præstiterit*) Ad quæ verba dico etiam referenda esse hæc legis quartæ verba (*non observatis, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt*) ita ut dicat lex, mala fide omissa fuisse ea, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, id est, omissas fuisse frequentes, & liberas indicationes, adjectiones, licitationes, per fraudem, & collusionem creditoris, vel ambitionem, & gratiam, ut amico pignora addicerentur minore pretio, quam essent, non etiam fuisse omissa solemnia juris: quoniam si omissa fuissent, debitori esset actio in rem, quasi nulla emptione, etiam in emptorem bonæ fidei, jure dominii, quod apud debitorem permansit, quod ab eo non transiit in emptorem facto creditoris, sive injusta distractione. Et hæc lex quarta ita demum ait, teneri emptorem debitori actione in rem, si fraudis particeps fuerit, & consequenter cum hæc lex 4. ait, hoc casu non tantum adversus creditorem, sed etiam adversus emptorem fraudis participem debitori esse actionem, hoc sic accipiendum est servato ordine scripturæ, ut prius excutiatur creditor, quam emptor juxta legem primam, & tertiam hujus tituli, ne solemniter, & jure facta venditio, rescindatur.



AD TITULUM XXX.

DE LUITIONE PIGNORIS.

PERTINET etiam hic titulus ad distractionem pignorum: Nam ex eo intelligitur, non impediri distractionem pignoris, nisi debitor luat pignus in solidum soluta omni pecunia. Et idem in *l.1. hoc tit.* proponitur, quod in *l.16. sup. de distract. pign.* unum ex heredibus debitoris solventem pro hereditaria portione pecuniam debitam, non impedire distractionem totius pignoris, sicut nec debitorem solventem partem pecuniæ debitæ, quia nulla ex parte pignus liberat, qui non totum solvit; vel unus nummus, qui reliquus est, totum pignus tenet, *l.6. sup. de distr. pign. l.2. sup. de debit. vendit. pign. imped. non poss.* Et hoc est, quod dicitur individuam esse causam pignoris, *l.rem, D. de evict. l.heredes, §.idem observatur, D.fam. ercisc.* id est, obligationem pignoris non recipere divisionem partium, licet res pignerata possit recipere divisionem. Res est dividua, obligatio individua, id est, quæ non potest solvi pro parte. Hæc species *legis 1. hujus* est aptanda etiam *legi 2.* quæ hoc tantum habet, *vincula pignoris durare, personali actione summota*. Hic figunt crucem ingeniosi, quod videatur absurdum, ut duret vinculum pignoris, submoto principali vinculo: & valde quærunt, quo casu id eveniat, cum in promptu sit lex 1. quæ hunc casum suppeditat: Nam unus ex pluribus heredibus debitoris solvendo pro portione hereditaria liberat se personali actione, quæ inter coheredes lege 12. tabul. dividitur pro portionibus hereditariis. Et generaliter personales omnes actiones tam activæ, quam passivæ ex 12. tabulis, id est, ipso jure dividuntur inter coheredes pro hereditariis portionibus, ut neque in plus teneantur singuli heredes, neque in plus teneant debitores hereditarios, *l.1. sup. si cert. pet.* Ergo unus ex heredibus debitoris solvendo pro parte hereditaria, omnino se liberat actione personali: sed suam partem ex pignoribus non liberat, quia individua est causa pignoris. Itaque quamdiu reliquum non solvitur ab aliis coheredibus, creditor totum pignus vendere potest, computato eo, quod ab uno ex heredibus accepit, & pretio redacto ex venditione pignoris, & superfluo reddito heredibus debitoris. Sic igitur fit, ut submota actione personali, quod ad personam attinet heredis, qui solvit pro sua parte, duret tamen omnino vinculum pignoris, & actio hypothecaria. Nec obstat regula juris, *cum principalis causa non consistit, nec ea quidem, quæ sequitur, locum habet*, quoniam hæc regula sic intelligitur, ut si ab initio non valeat obligatio personalis, non valeat etiam actio hypothecaria: vel si ab initio non valeat paternum testamentum, nec valeat pupillare, quod est sequela paterni. At quæ ab initio valet obligatio personalis, si postea dissolvatur, non continuo etiam dissolvetur hypothecaria, sicut nec postea submoto testamento principali, pupillare non submovetur, *l.in rat. §.si filio, D. ad legem Fal.* Et in specie, quam posui, quod attinet ad personam heredis, qui pecuniam solvit pro hereditaria portione, omnis obligatio personalis sublata est, & remanet tamen hypothecaria in totum. Et nullam aliam vellem apponere speciem ad *l.2.* quam eam, quam suggerit vicinitas *l.1.* & ipse tractatus. Sed dignum est, ut adnotemus, idem etiam evenire, ut sublata principali obligatione non tollatur hypothecaria, in specie *l.servum, quem, D.de pignor. & l.qui occidit, §.1. D. ad l. Aquil.* puta si creditor causa ceciderit, non merito causæ: nam merito causæ absoluto reo, & hypothecaria, & obligatio principalis perimitur, *l.si deferente, D.quibus mod. pign. vel hypoth. sol.* Sed si causa ceciderit culpa sua, vitio suo (*sæpe bonæ causæ est instantia mala*, ut Tertull. de patient. ait, quæ facit, ut qui tuetur bonam causam, ea cadat) ut si plus petat ab initio, vel etiamsi in causa appellationis ex præscriptione dierum fatalium vincatur, quod judicio non adfuerit in tempore, is litem amittit, non merito causæ, sed vitio suo, culpa sua, ut supradictis *ll. l.Heren. in fine, D.de evict. l.Stich. §.pen. D.de sol. l.5. sup. de pign. l.si express. D.de appell. l.6. §.pen. D.de decur. & l.9. D.si servit. vindic.* Hoc ergo casu, cum quis vitio suo amittit actionem personalem, non amittit etiam hypothecariam, in quam nullam culpam admisit, ut *dict. l.servum, quem, & l.qui occidit, §.1.* Idem etiam evenit in specie *l.debitor, D.ad Trebell. & l.cum quis, §.ult. D. de solut.* puta si debitor creditori heres extiterit, vel contra: nam ista confusione tollitur actio personalis, non hypothecaria, quia fit confusio personarum tantum: pignus hæret in re, non in persona. Ergo confusis perso-

nis

nis debitoris, & creditoris in unam, non confunditur pignus. Confusio personarum non mutat causam rei. Admitto etiam idem evenire (quod Accursius annotavit) sublata actione personali præscriptione triginta annorum: Nam hypothecaria durat usque ad quadraginta annos, non adversus omnes possessores pignorum, sed adversus debitorem, vel heredem ejus, vel secundum creditorem possidentem nomine debitoris, vel utentem accessione temporis possessionis debitoris, *l.cum notissimi, sup. de præscript.30.annor.* At hic titulus quamvis (ut dixi) possit a commodari ad distractionem pignorum, tamen est potissimum de luitione pignoris, *du desgagement*, ut intelligamus eam esse individuam, ut *l.1. & 2. h.tit.* nec fieri post distractionem, *n'y a point lieu de desgagement depuis que la vente est faite*, sed ante: vel etiam post addictionem creditori factam intra biennium, uc dicemus tit. 33. Et *luere*, quod est verbum 12.tab. pro quo etiam dicunt *reluere, & pignerare*, non tantum esse solvere pecuniam, sed etiam deponere, & obsignare publice, vel creditori dare in solutum, vel ei vendere pignus, pretio compensato cum debito: & luitionem pignoris debitori parere actionem pigneratit. de recuperando pign. quæ omnia proponuntur *l.3. hoc tit.*

AD TITULUM XXXI.

SI UNUS EX PLURIBUS HEREDIBUS CREDITORIS, VEL DEBITORIS PARTEM SUAM DEBITI SOLVERIT, VEL ACCEPERIT.

QUOD habuimus tit. superiori, & in *l.16. sup. de distract.pignor.* idem etiam in hoc tit.31. proponitur in *l.2.* nec tamen supervacuo, sed ut hanc comparationem adornet, atque constituat: ut quemadmodum unus ex heredibus debitoris, si solverit pro portione hereditaria, actione personali liberatur, manente actione hypothecaria in solidum in eum, si possideat. vel alios possessores, & creditore habente jus distrahendi totius pignoris, computato eo, quod unus solvit pro sua parte, *l.2. hoc tit.* Ita si unus ex heredibus creditoris acceperit pecuniam pro parte sua hereditaria, ut actionem personalem amittat, hypothecaria maneat in solidum, possintque coheredes totum pignus vendere, oblato eo, quod acceptum est, pro parte unius heredis. Denique obligationem personalem, activam, & passivam esse dividuam ex 12. tabul. hypothecariam vero individuam.

AD TITULUM XXII.

SI PIGNORIS CONVENTIONEM NUMERATIO SECUTA NON SIT.

IN hoc titulo ostenditur non tantum chirographo creditæ pecuniæ, sed etiam cautioni, vel dationi pignoris obstare exceptionem, vel replicationem non numeratæ pecuniæ, si numerata.i.credita pecunia non sit: Nam etsi soluta principali obligatione, non semper solvatur hypothec. ut docui *tit.30.& 31.* ubi tamen non consistit principalis obligatio, vel actio ubi excluditur exceptione doli, vel in factum, puta non numeratæ pecuniæ, eadem exceptione excluditur etiam actio hypothecaria intra biennium continuum: Nam exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, *l.in contractibus, sup. de non numer.pecun.* vel si is, qui rem pignori dedit, spe futuræ numerationis, post non secuta numeratione eam rem suam esse vindicet ab eo, cui dedit tanquam pignori, ut in *l.1. h.tit.* vel etiam (quod potest) si adversus eum agat actione pigneratitia, *l.solutum, §.1. D.de pigner.act.* & is utatur exceptione dati pignoris, nec solutæ pecuniæ, hoc modo, ut concipiam formulam: *si non convenit, ut ea*

A *res pignori nexa esset, nec dum pecunia soluta est*: ille, qui agit, hanc exceptionem excludit, opposita replicatione non numeratæ pecuniæ, quæ in reum transferet onus probandi, à se redditam fuisse pecuniam, ut in *l.3.sup. de non numer.pec.* Igitur, quod ait *l.1.* (*Nam intentio dati pignoris, neque redditæ pecuniæ*) intentio dati pignoris,id est, exceptio dati pignoris, qua tuetur se creditor adversus eum, qui pignus dedit, quod nunc vindicat, vel repetit. Intentio, id est, exceptio: Et etiam Basilica ita recte interpretantur, proposita veteri formula exceptionis his verbis: *οὐκ ἀντίκειται παραγραφὴ ἡ λέγουσα, ἀλλ' εἰ μὴ δέδωκας τὸ χρέος: Domino vindicanti pignus, quod anteversit dare, antequam ei pecunia crederetur, quæ post non est ei credita, non opponi exceptionem hanc: At si non solvisti pecuniam: nisi is, qui hac exceptione utitur, probet se pecuniam*
B *credidisse*. Et hæc est sententia hujus tit.

AD TITULUM XXXIII.

DE JURE DOMINII IMPETRANDO.

CREDITOR, qui distrahit pignus, de quo convenit inter eum, & debitorem, certe id addicere sibi non potest, ne idem sit venditor, & emptor, *l.10. sup. de distract. pignor.* sed decursis proscriptionum, & hastarum solemnibus, si non inveniat emptorem pignoris, pignus ei postulanti à Principe addici potest jure dominii, ut in *l.eleganter, D.de pignerat. act. l.si is, qui in aliena, §.ult. D.de adquir.rer.domin.*
C *l.debitor, D.ad SC.Trebell.* Et hoc de pignore conventionali. Sed idem fit etiam, si pignus captum sit ex officio in causam judicati: Nam & hoc non invento emptore, auctoritate Cæsaris creditori addici potest, *l.ult. sup. si in causa judic. pign. capt. sit*. Proinde idem etiam videtur dicendum in prætorio pignore, si non inveniatur emptor bonorum, ut à Principe addici possint bona debitoris uni ex creditoribus, vel omnibus pro ea quantitate, quæ debetur. Solus Princeps hoc concedere potest, & facile concedit, id est, facile pignoris dominium addicit creditori, non invento emptore, si sit speciale pignus, specialis hypotheca. Ex generali autem hypotheca, nunquam Princeps creditori addicit universa bona, quamvis universa sint pignetata sint, *l.1.h.tit.* sed pro modo
D debiti tantum, id est, quantum debito satis est servando. Huic autem beneficio Principis, quo creditori addicit dominium pignoris non invento emptore, creditor videtur renuntiare, si postquam id impetravit à Principe, usuras pecuniæ creditæ, ut solebat, à debitore suo pergat petere, quæ est sententia *l.2. h.tit.* Nec rursus variare potest, postquam petiit usuras, & egit ex jure pristino, id est, non potest ad beneficium Principis reverti, à quo semel recessit, petitis usuris post impetratum rescriptum Principis, ut *l.pen. D.de lege commiss.* quia semel jam variavit, & variatio sæpius admitti, inconstantia multiplex admitti non solet. Nec obstat, si dicas, eum non videri renuntiasse privilegio suo, vel immunitati sibi concessæ, qui quandoque ea non utitur: ut veteranis datur immunitas à muneribus civilibus, quæ tamen non labefacta-
E tur, si veteranus aliquando sua voluntate munus aliquod publicum suscipiat, *l.2. D.de privil. veter. l.voluntariæ, sup. de excus.tut.* quoniam (ut respondeamus) hoc verum est, cum privilegium, aut beneficium singulare, generale est; ut scilicet qui eo non utitur in una re, vel persona, non prohibeatur uti in aliis, nec videatur penitus ab eo recessisse, aut ei renuntiasse: sed si sit beneficium speciale, ut in hoc proposito, puta, ut illud pignus tuum fiat jure dominii, & desinat esse debitoris tui: Hoc, inquam, beneficium speciale videtur contemnere, qui eo non utitur, sed postquam id impetravit, pergit uti jure pristino, & usuras à debitore petere, abjecto beneficio rescripti: quoniam in qua re potuit exercere beneficium rescripti, plane se nolle exercere demonstrat, cum ma-

vult uti pristino, quam novo jure. Et ita est explicanda A *l.2. h.tit.* Ergo quoties non inveniuntur emptores pignorum, creditoribus postulantibus, potest addici dominium pignorum, *que vous appellez, estrousser*. Confundunt interpretes vulgo omnes, *addicere*, & *adjicere*, inter quæ multum distat addicere, *c'est encherir*, *supra adjicere*, ut Cicero loquitur: addicere, *c'est estrousser*. Deficientibus ergo emptoribus beneficio Principis pignora addicuntur creditori jure dominii, sed postquam addicta sunt à principe, qui solus hoc concedere potest, adhuc licebat debitori, cujus dominio pignus abscesserat, per addictionem principis, intra certum tempus pignus luere, & dominium ad se revocare, perinde atque si addictum pignus non fuisset credituri. Et olim quidem licebat luere post addictionem intra annum, ut *d.l. si quis in aliena*, *§.ult.* hodie licet intra biennium ex const. B Justiniani, id est, ex *l.ult. hoc tit.* intra biennium post addictionem factam auctoritate principis. Et ex eadem const. non addicitur pignus creditori jure dominii ante biennium post condemnationem debitoris, vel post denuntiationem ei factam, ut pignus luat, ne distrahatur, videlicet si de pignore distrahendo nihil convenerit inter contrahentes: Nam quod conventum erit, tuendum est, sive convenerit de tempore, quo veniret pignus, sive de loco, sive de pretio, sive de lege venditionis, ut in hac *l.ult.* & *l.5.* quæ ex hac l. explicanda est, *ff. de pign. act.* At si de ea re nihil convenerit, si lex contractus huic rei non imposuerit modum & finem, Justinianus biennium præstituit, non proscribendo pignori, quod proscribi, & venum exponi quandoque potest, cessante solutione: sed potissimum biennium præstituit addicendo C dominio pignoris post condemnatum, vel denuntiatum debitorem, ut ante biennium non addicatur dominium creditori auctoritate Principis: Et rursus post addictionem, quæ fit transacto illo biennio, dat Justinianus debitori aliud biennium luendo pignori, soluta omni pecunia, & usuris, & sumptibus litis factis in impetranda addictione à principe, & omnibus damnis æstimandis, ut ait *lex ult. de jurejurando creditoris*. Atque ita ex iis longis temporibus, quæ concedit Justin. apparet ægre eum concedere creditoribus dominii impetrationem, & hoc quodammodo agere, ut nunquam obtineat, cum nolit addici ante biennium, & post biennium factam addictionem, velit intra aliud biennium posse rescindi oblato debito omni, & eo, quod interest, facta integra perfectaque luitione pignoris. Cætera sunt facillima in *l.ult.* D & jam à nobis attacta in superioribus.



AD TITULUM XXXIV.

DE PACTIS PIGNORUM, ET DE LEGE COMMISS. IN PIGNORIBUS RESCINDENDA.

IN hoc tit. tractatur de pactis justis, vel injustis, quæ fieri solent in contrahendis pignoribus. Justum est pactum, si debitor paciscatur, *ut pecunia ad diem certam non soluta, pignus cedat creditori*. Quo pacto *l.1. h.tit.* hoc actum interpretatur, ut ad diem condictum non soluta pecunia, creditor pignus suo jure distrahat, non etiam, ut id habeat jure emptionis pretio compensato cum debito, & superfluo præstito, quod tamen agi E posset inter contrahentes, & hoc pacto liberaretur debitor, *l.3. C. de luit. pignor.* qui tamen non liberatur cedendo pignora, & sinendo, ut ea creditor distrahat: Nam si non sint idonea creditori, in eum superest actio de residuo, *l.1. sup. de pign.* Et hoc tantum velim vos adnotare *ad l.1. h.t.* missis cæteris: Justum etiam est pactum, ut pignus, quod dedi evictionis nomine emptori, cui aliquis faciebat controversiam rei, quam ei vendideram, ea re judicata secundum emptorem, mihi restituatur, id est, ut perpetuo non teneatur in omnem causam evictionis, sed in hanc tantum, quæ vertitur inter emptorem, & alium hoc tempore, hoc die, in qua si vincat emptor, hoc pacto agitur, ut pignus solvatur, & rata habenda venditio est, *l.2. h.tit.* quæ tamen exigit, ut res sit integra, ut negotium sit in integro, id est, ut denuo idem pignus non sit obligatum eodem nomine, *l.4. sup. de remiss. pign.* Tres sunt leges h. t. Pacta, quæ proponuntur in *l.1.* & *2.* justa, & rata sunt, ut jam exposui. At quod proponitur in *l.3.* improbatur à Constantino, id est, pactum legis commissoriæ, ut vulgo appellatur, non inepte: nam licet lex significet pactionem illo loco, licet lex commissoria sit pactio adjecta venditioni, vel pignori, tamen non male dicimus pactum legis commissoriæ, sicut pactum conditionis sæpissime. Hoc, inquam, pactum legis commissoriæ in pignoribus reprobatur, puta si convenerit, ut ad diem non soluta pecunia, pignus fiat creditoris pleno jure, id est, ut ei committatur. Committi mihi dicitur, quod meum fit jure dominii. Hoc, inquam, pactum, ut ad diem non soluta pecunia, pignus adquiratur creditori, improbatur: & tamen non improbatur in venditionibus, puta, ut ad diem non soluto pretio, res committatur venditori, id est, redeat ad venditorem, & fiat inempta, licet in venditionibus ea pactio Antonino displicebat, ut constat ex *l.Æmilius*, *ff. de minor.* Lex illa in pignoribus olim appellabatur *fiducia*, quia pignus mancipabatur creditori translato dominio ea lege, ut soluta pecunia ad diem, remanciparetur debitori, non soluta, remaneret apud creditorem perpetuo jure. Qua de causa Constantinus *in hac l.ult.* damnata fiducia, id est, lege commissoria in pignoribus, ait creditorem rem amittere, quæ scilicet ei fuerat mancipata: *debitores*, inquit, *re amissa, jubemus recipere, quod dederunt*. Ratio autem cur in venditionibus non sit improbata lex commissoria, & sit improbata in pignoribus, hæc est, ut opinor: quia in venditionibus nulla fraus existit, vel emptoris, vel venditoris, si ob non solutum pretium sua die resolvatur venditio. At in pignoribus plerunque est ingens fraus debitoris, & non toleranda, si non soluta pecunia ad diem pignus adquiratur creditori, quia plerunque pro parva pecunia dantur pignori res pretiosissimæ, pretiosissima monilia: & iniquum est, ut ingentem hanc fraudem sustineat debitor. Ideoque merito hæc pactio est improbata in pignoribus, & tamen valet pactum, ut id, quod creditor redegerit ex venditione pignoris, totum sibi habeat, *l.ult. sup. de distr. pig.* quia incertus est eventus venditionis: sicut è contrario valet pactum, ut si creditor vel minimum redegerit ex venditione pignoris, eo sit contentus in vicem crediti, *l.à Divo Pio*, *§.si pignora, D. de re judicata.*



AD TITULUM XXXV.

DE EXCEPTIONIBUS, SIVE PRÆSCRIPTIONIB.

PROPOSITIS variis negotiis, & actionibus civilibus, priusquam dicat de criminalibus, quibus reservat librum sequentem, dicere instituit de exceptionibus, quibus civiles actiones excludi solent, & de negotiorum civilium, de quibus superioribus libris tractatum est, adminiculis, sive vinculis quibusdam, veluti stipulationibus, deque aliis causis ad res civiles pertinentibus, quas superiores libri non habuerunt, veluti de patria potestate, de captis ab hostibus, de donationibus, & aliis quibusdam supra prætermissis, ut profligato, absolutoque omni tractatu rerum civilium, expeditior veniat ad criminalem lib. seq. Et hoc de ratione titulorum satis est. Exceptio autem *est intentio rei opposita intentioni actoris*: vel *defensio justa, quæ objicitur actioni. defensio juris, quæ eludit, elidit, opprimit actionem.* Actio est telum, exceptio clypeus, ut Grammat. loquuntur. Exceptio est aries, quo actio infringitur. M. Tull. in Topic. *Aries illi subjicitur in vestris actionibus, si telum manu fugit magis, quam jecit*: nam illa, *si telum manu fugit*, est exceptio, qua eliditur actio legis Aquil. ex qua etiam D. Augustinus lib. de libero arbitrio, *cui*, in-

inquit, *invito, & imprudenti telum manu fugit*. Et est sic legendum in *Can. si hominem 23. quæst. 5.* Ac similiter in translatione D. Hieronymi Deuter. 19. *si ferrum manu fugit*, quam versionem sequitur Jonathas Chaldæus interpres. Et exceptio subiici dicitur actioni, quod utraque simul à prætore detur, atque conjunctim, quod eodem tenore, & contextu actioni addatur exceptio, ut *l. 7. de cond. instit.* ait in ipsa actione prætorem tueri reum, addita nimirum exceptione, hoc fere modo: *Sempronius judex esto: si paret Lucium Titium Cajo Sejo ex causa crediti centum dare oportere, nisi de non petenda eo pecunia inter se pepigerint, Lucium Titium Cajo Sejo judex condemnato*. Actioni inseritur, & interponitur (ut ait *l. 2. D. de except.*) exceptio, unaque orationis conceptione, una saliva datur, & actio, & exceptio. Et sic in *l. ex contractu, D. de re jud.* dandam actionem addita exceptione, *nisi culpa tutorum pupilla condemnata est*. Qua de causa recte in *l. exceptio, de except.* exceptio definitur esse conditio, addita scilicet actioni, vel inserta actioni, quæ actionem ipsam perimit, aut minuit, quæ actionem conterit, aut penitus excludit, vel illo verbo (*nisi*) ut *d. l. ex cont. l. 1. §. Labeo, de flumi. & in §. ult. Instit. de replic.* ut ex veteribus est legendum, *nisi bonis cesserit*: vel etiam bis verbis (*si non, at si non, extra quam*) ut sæpissime in libris nostris, & in aliis auctoribus exceptiones concipiuntur, & ita semper conditionaliter. Pura est actio, cui non adiicitur exceptio. Conditionalis est actio, cui inest exceptio. Et recte Cornif. 1. Rhet. ad Heren. *in privata actione prætoriæ exceptiones sunt*, & Cic. 1. de Invent. *Is, qui agit, judicium purum postulat: is, quo cum agitur, exceptionem ait addi oportere.* Velim autem vos nullam, ne minimam quidem differentiam facere inter exceptiones, & præscriptiones: utraque appellatio idem potest: & in hac rubrica *de exceptionibus, sive præscriptionibus* hæc conjunctio (*sive*) est connexio vocum idem significantium. Veniam nunc ad singulas leges hujus tituli.

Ad L. I. Debitores quidem *hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes.*

PRima est de exceptione doli mali, quæ obiicitur heredi agenti contra voluntatem defuncti, ut in *l. apud Celsum, §. præterea, D. de doli except.* quia improbe, & impie facit heres, qui non obsequitur voluntati defuncti, & merito ei obiicitur exceptio doli mali. Et sciendum est, ut intelligatur sententia legis 1. divisionem nominum, id est, actionum, quas defunctus habuit, vel quibus obstrictus fuit (Nam *nomina* dicimus non tantum quæ nos debemus, sed etiam, quæ nobis debentur, id est, ut vulgo loquuntur, *obligationes activas, & passivas*) Divisionem, inquam, nominum hereditariorum inter coheredes fieri, aut ipso jure, id est ex l. XII. tabul. pro hereditariis portionibus, quibus scripti sunt *l. ea, quæ, sup. fam. ercisc. l. ult. sup. de her. act. l. pacto, sup. de pact.* quam *l. 1. h. t.* vocat *antiquam legem*, est l. 12. tab. quæ pro hereditariis portionibus dividit nomina inter coheredes, ut jam ea divisionem non recipiant, quam semel receperunt ipso jure. Sed quandoque aliter, quam diviserit lex XII. tab. divisio nominum fit ex conventione coheredum interpositis delegationibus, ut *l. tale pactum, §. post divis. de pact.* vel ex judicio testatoris, ut si testator in divisione nominum, & rerum uni ex heredibus certa quædam nomina adscribat, quo casu coheredes ea nomina exigentes pro hereditariis portionibus, quia faciunt contra voluntarem defuncti, qui unum ex eis ea voluit in solidum exigere, repelluntur exceptione doli mali, maxime si debitores (ut ponit *l. 1.*) ea nomina in solidum dissolverint ei, cui erant adscripta in divisione nominum testamento facta.

Ad L. II. Pro portione tua, *qua domum ad te pertinere dicis, si judicatum non est, actionem dirigere potes: Nam exceptio rei judicatæ ei demum obstat, vel successoribus ejus, inter quos cognitum super ea re, & pronuntiatum est.*

LEX 2. est de exceptione rei judicatæ, qua repellitur is, qui judicio superatus est, vel heres ejus, si rursus agat eadem de re: Nam alii, contra quem nihil judicatum est, exceptio rei inter alios judicatæ nihil nocet, ut (quæ est species l. 2.) si domus sit communis inter me, & te, & eam tu vindicaveris à possessore pro tua parte, & causa cecideris, mihi postea eandem domum vindicanti pro parte mea, non obstat exceptio rei judicatæ, sed tibi duntaxat, heredive tuo, & eleganter *l. Claud. in fi. qui potior. in pign. hab.* sine præjudicio sententiæ ei, qui non litigavit, vel qui per contumaciam judicio non abfuit, jus suum integrum relinquit, *& l. is, qui fundum, D. de usuf. leg.* non posse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare. Et sic in *l. 1. sup. quib. rei jud. non noc.* Et de hac quoque exceptione rei judicatæ ita M. Tul. 1. de Or. *Petitor rursus cum peteret, exceptione excluderetur, quod ea res antea in judicium venisset*, sic leg. Et Suidas ex libris Rhetor. explicans quid sit παραγραφή, utitur hoc exemplo exceptionis rei judicatæ, his fere verbis: *ἀναλέγῃ τις τὸ πρᾶγμα περὶ τοῦ*, &c. id est, *cum quis dicit, rem, de qua agitur, jam ante in judicium venisse, & de ea pronuntiatum fuisse.* & leges profert, quæ vetant *bis eadem de re quæri inter easdem personas*, videlicet hoc esse παραγραφήν, hoc est, præscriptionem: speciem scilicet, παραγραφῆς. Et addit παραγραφήν appellari, cum qua de re quis agit, adversarius contendit nullam legibus esse proditam actionem, *tendant aux fins de non recevoir*, quod tamen nos non vocamus præscriptionem, vel exceptionem, sed allegationem generali nomine, qua asserimus actori nullam ipso jure actionem esse.

Ad L. III. Adversus fratrem *tuum quondam tutorem legitimum tutelæ judicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem, dolumque admissum probare potes: Nam replicatio doli opposita, bonæ fidei judicium facit, & commentum fraudis repellit.*

LEX 3. est *de exceptione pacti, & doli mali.* Species est de fratre, qui fratris tutelam legitimam gessit, & plane legitimam, non fiduciariam, ut glos. annotat: nam ponendum est, fratres nunquam exiisse familia patris, quo casu proculdubio major 25. annis fratri impuberi est tutor legitimus deficiente testamentario, ut *l. tutor, D. ad Vell. l. 9. §. 1. D. de tutel. & rat. distrah. & l. 1. D. de legit. tutor.* dum ait, *legitimam tutelam conferri consanguineis*: Nam in jure *consanguinei* semper accipiuntur pro fratribus agnatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro cæteris, vel agnatis, vel cognatis: sed ex constitutione Anastasii etiam frater emancipatus fratri impuberi, qui nunquam exiit familia, & potestate patris dum vixit, est tutor legitimus, *l. 4. sup. de leg. tut.* At fratri impuberi emancipato, frater pubes, sive sit suus, sive emancipatus, hoc solo casu est tutor fiduciarius, non legitimus, ut ostendi tit. *Inst. de fiduc. tut.* Finge igitur: Frater fratris tutelam legitimam gessit: finita tutela pubertate, cum inter eos controverteretur de tutelæ rationibus, inter se pacti sunt, facta transactione, ut nihil frater à fratre exigeret ex rationibus tutelæ. At is frater in tutela administranda multa admiserat per fraudem, & dolum malum, multa interverterat, interceperat, quorum nomine nunc frater, cujus tutelam alter gessit, agit actione tutelæ adversus fratrem, & opponitur ei exceptio pacti, sive transactionis, qua convenit inter eos, ne quid exigeretur ex tutelæ rationibus. Sed lex ait, *hanc exceptionem pacti elidi, & excludi replicatione doli mali*, quod frater dolo malo versatus sit in administratione tutelæ: *& generali pacto*, ne quid exigatur, *non intelligi remissam obligationem, quæ ex dolo tutoris venit, l. tres fratres, D. de pact. l. 8. §. pen. & l. 9. D. de*

lib.

A *lib. leg.* Unde eleganter ait *l.3. replicationem doli oppositam, judicium bonæ fidei facere, & commentum fraudis repellere*, quia nihil est magis contrarium bonæ fidei, quam dolus malus. Et summe notanda est hæc sententia: *Exceptionem doli mali* (nam & replicatio, duplicatio, triplicatio, exceptiones sunt) *Exceptionem*, inquam, *doli mali, judicium bonæ fidei facere*, etiam id, quod est strictum sui natura, ut probat aperte *l.Seja, D. de mort. causa don.* quod ad eam annotavit Doroth. Hoc igitur dico, hoc ipso, quod Prætor actioni strictæ, veluti ex stipulatu, inserit, & injicit *doli mali*, eam actionem facere bonæ fidei: & quoties eandem exceptionem doli mali injicit actioni bonæ fidei, veluti actiuni tutelæ, ut io h. specie (quod supervacue facit: Nam bonæ fidei actioni tacite inest exceptio doli, etiam non opposita, non adscripta, non allegata, sive prolata in judicio, *l. sed & si ideo, D. sol.* B *matr.*) quotiens tamen nominatim prætor actioni bonæ fidei addit exceptionem doli mali, ea actio tunc non tam per se videtur esse bonæ fidei, quam fieri per exceptionem doli mali à prætose nominatim additam, aut quam maxime fieri bonæ fidei, quæ est bonæ fidei, si quæ tacite inest, etiam nominatim exprimatur exceptio doli mali. Et; ita hic locus est explicandus. Magna ergo est vis exceptionis, sive replicatiunis doli mali: Nam omne judicium bonæ fidei facit, ut probavi. Item per doli mali exceptinnem etiam malæ fidei possessor retinet sumptus necessarios, vel utiles, quos fecir in rem alienam, ut *l. Paul. respondit, D. de doli except.* & per exceptionem doli mali inducitur sæpe retractatio rei judicatæ, restauratio litis, ut in *l.non distinguemus, §. cum quidam, D.de recep. l. ex divers. §. ult.D. sol. mat.* Ac postremo exceptio doli C mali latissime manat, & vi sua complectirur omnes exceptiones, sive concurrit cum aliis exceptionibus, veluti pacti, aut jurisjurandi, aut rei judicatæ, aut non numeratæ pecuniæ, & similibus. Et hoc est, quod ait *l. qui æquitate, D. de except. doli mali. Qui æquitate*, inquit *defensionis cujuscunque actionem infringere potest, doli mali exceptione tutus est*, id est, doli mali exceptio generalis est.

Ad L.IV. Cum non dum finitam *sententia causam, sed dilatam allegetis: non est dubium, omnes integras defentiones vobis esse.*

Ad L.VIII. Præscriptionem *peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet.*

D Ad L.IX. Si quidem intentionem *actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam, secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.*

Ad L.ult. Præscriptiones fori *in principio litis à litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas.*

IN h. *l.4.* explicatur etiam *l.8.9.pen. & ult.* quæ pertinent ad omnes exceptiones peremptorias, quas *l. 4.* docet, quandocunque ante sententiam opponi posse nondum causa finita, sed dilata, ut ait, veluti ampliata, judice pronuntiante nondum liquere, ut in *l. Pomp. D. de re jud. l. Pomp.§.ult. D. de recep.* E Aliæ sunt exceptiones peremptoriæ, aliæ dilatoriæ. Peremptoriæ sunt, quæ actionem protinus excludunt, atque consumunt, si judici probentur esse veræ, ut exceptio doli mali, longi temporis, pacti ne omnino pecunia petatur, exceptio rei judicatæ, SC. Macedoniani, aut Vellejani. Dilatoriæ sunt, quæ non excludunt protinus actionem, sed differunt, & sustinent, & impediunt, ne vim suam exerceat statim, ut *exceptio fori*, quotiens dicitur non apud eum judicem agi, cujus ea de re jurisdictio est, & mutandum esse judicem, vel exceptio procuratoria quoties alieno nomine agere dicitur is, cui procuratori esse non licet, & mutandum esse actorem, ut apud Fabium in 3. *Non licet tibi agere mecum, cognitor enim* (id est, procurator) A *fieri non potuisti:* Et in 4. *Male petis, procuratori enim tibi esse non licet, sed neque illi, cujus nomine litigas, habere procuratorem.* Eæ sunt exceptiones, quæ procuratoriæ vocantur vel etiam dilatoria exceptio est, quoties dicitur, non eo tempore agi, quo agi oportet, & tempus differendum: ut si dicatur agi die feriato, vel ante diem, intra quem convenerat ne pecunia peteretur. Et hæ quidem dilatoriæ exceptiones opponendæ sunt statim initio litis contestandæ, ut ait *l. ult. h.t.* præscriptiones fori, quibus dicitur judex esse incompetens, & incongruus, esse opponendas in principio litis. Idemque probat *l. excep. sup. de probat, l. 4. sup. de jurisdict. omn. judic.* l. *ita demum, sup.de procurat. l.sed & si susceperit, initio, D. de judic.* Opponendæ, inquam, sunt initio litis, in ipso limine quæstionis, ut ait Symmachus 1. *Epist.ad Theod.* scribens B de procuratoria exceptione, quam dicit esse contestandam in ipso limine quæstionis dilatoriæ: ergo exceptiones opponendæ sunt initio litis, & probandæ etiam initio, postquam actor probavit intentionem suam: Nam frustra probas exceptionem, si nondum actor fundavit intentionem suam, *d. l. excep.* post litem contestatam dilatoriæ exceptiunes præpostere opponuntur, & mulctatur etiam advocatus, qui post litem judicatam in dilatoria exceptione opponenda pervicaciter perstat, *l. pen. h.t.* Peremptoriæ autem exceptiones *quandoque*, ut ait *l. 8.* id est, quandocunque, si forte omissæ fuerint initio litis contestandæ, ante sententiam objici possunt, *d. l. 8.* ubi *omissam*, id est, non contestatam peremptoriam exceptionem initio litis, quod sufficeret nihilominus, quandocunque opponi post litem contestatam, ante sententiam posse, ut *l. 2.sup. sentent.rescindi non posse.* C Et illo loco legis 8. alias non male legitur, *vel omissam*, sed ut dilatoriæ exceptiones, ita etiam peremptoriæ non sunt probandæ antequam actor probaverit intentionem suam, *l. emptor, sup.de præsc. long.tem.& l.9.h. tit.* quia actore non probante, nihil superest aliud, quam ut reus absolvatur, etiamsi nihil ipse præstet, ut eleganter ait *l. qui accusare, de edendo*, id est, etiamsi exceptionem forte, quam contestatus est, minime probet, quia probatione non indiget exceptio: & retro reus non indiget exceptione actore non probante. Nec omittendum, nonnunquam etiam peremptorias exceptiones opponi posse post sententiam, actioni judicati scilicet. Et hujus generis est exceptio Senatusc. Macedoniani, & Senatusc. D Vellejani, quæ recte opponuntur etiam post sententiam, quod jus est ex ipsis SC. *l.tamen, D. ad SC. Maced.* Hujus etiam generis sunt omnes exceptiones, quæ dantur militibus ex constit. Antnnini, *l.1. sup.de jur. & fact. ignor.* & hæc exceptio, ne teneatur ultra facultates, quæ donatori competit: Nam hæc etiam opponitur post sententiam ex constit. D. Pii, *l.Nesennius, §. ult.de re jud. l. qui id, quod, D. de donat.* Et hæ solæ sunt exceptiones peremptoriæ, quæ opponi possunt etiam post sententiam, quæ significantur in *l. 2. D. de except.* dum ait, *exceptiones excludere ea, quæ in intentionem, vel condemnationem deducuntur.* Quomodo condemnationem? quia quædam sunt, quæ opponuntur post condemnationem, & subjiciunt actioni judicati. Non est etiam omittendum, uno casu peremptoriam exceptionem perinde ac dilatoriam esse opponendam initio judicii, puta, si E opponatur exceptio lapsi temporis in causis appellationis. Casus est singularis in *l.2. sup.de tem. ap.* Regulariter dilatoriæ exceptiones opponuntur initio litis: peremptoriæ, vel initio litis, vel post litem contestatam ante sententiam. Et ratio differentiæ inter exceptiones dilatorias, & peremptorias hæc est, quia exceptiones dilatoriæ ea respiciunt, quæ judicium potissimum constituunt, ut cum quæritur, an apud eum agatur, qui sit judex competens in præscriptione fori: vel cum quæritur an is agat, qui agere potest, an cum eo agatur, qui cum agi potest, denique an justæ, & legitimæ sint personæ litigatorum, vel cum quæritur an quo tempore agi potest, agatur. Quas quæstiones Rhetores translationes appellant, quia cum hæc proponuntur, videtur actio indige-

re

re translatione, & commutatione. Et iidem Rhetores translatiunis, & præscriptionis eandem definitionem addunt, quam dedi exceptioni peremptoriæ, & dilatoriæ. Verba sunt Curii Fortunatiani, qui idem & Rhetor, & JC. fuit: *Quid interest*, inquit, *inter translationem, & præscriptionem? quod*, inquit, *præscriptio excludit actionem, translatio autem differt*. Hoc ergo interest, quo interesse nos dicimus exceptionem peremptotiam à dilatoria. Quia autem dilatoriæ exceptiones sunt de constituendo judicio, & de personis, quibus judicium constat, vel de tempore, & loco, quo judicium oportet institui, plane necesse est, eas ante judicium opponi, excuti, disceptari, quia jam constituto judicio, præpostere agitur de eo constituendo, quod utique sempee agitur oppositis dilatoriis exceptionibus. Cic. in Part. *De constituendis actionib. accipiendis, subeundisque judiciis*. Ea fere generis hujus sunt, ut etsi in ipsum judicium sæpe delabantur, tamen ante judicium tractanda videantur. Peremptoriæ autem, quia non sunt de constituendo judicio, sed de jam constituto finiendo, & profligando, quia rem ipsam feriunt, finiunt, qua de agitur, & proprie reorum defensiones sunt, ideo quandiu judicium durat, quandoque opponuntur. Quod etsi edicto peepetuo cautum sit, ut ait *l.2. sup. sent. rescind. non poss.* tamen & naturæ congruit, ut ubi quandocunque pulsemur, integrum nobis sit promere nostras defensiones.

Ad L.V. Licet unde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus, post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.*

Ad L.VI. Si pactum intercessit, *in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes.*

Ad L.VII. Si ex majore debiti *quantitate, minor tibi soluta est, nec liberationem debitori tuo præstitisti: petere quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicationem tuam adjuvans intentionem, minime probiberis.*

Ad L.X. Non exceptionibus *actores, quibus reis auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam babeant, muniant.*

LEx 5. *h.tit.* est de exceptione *quod vi, metusve causa factum sit*, quam ea lex docet eo distare ab interdicto unde vi, quod hoc sit annale, *l.2. sup. unde vi*, exceptio de vi sit perpetua: ut si is, qui per vim possessione sua depulsus est, eam casu aliquo recuperavit, retinebit eam adversus illum, à quo expulsus fuerat, proposita exceptione perpetua, quod vi se pridem expulerit, id est, eo, qui eum vi expulit, agente rei vindicatione, vel actione momenti, possessor tuebitur se hac exceptione *si non adversus me agat, qui me per vim possessione dejeceras*, quæ est exceptio perpetua. Hæc est sententia *l.5.* Denique actio de vi, sive interdictum est annale, exceptio de vi perpetua. Et ita actio de dolo jure veteri est annalis: ex constit. Constantini est biennis, *l.ult. sup. de dolo*. At exceptio doli est perpetua. Et hæc ratio differentiæ proponitur in *l.pure, §.ult. ff. de doli except.* Exceptionem doli, vel de vi esse perpetuam, quæ reo competit, quia reus non habet in sua potestate, quando conveniatur, & consequenter quando se defendat, & eam exceptionem opponat: actor autem habet in sua potestate quando agat; quæ ratio est probabilis, & ea etiam Imperator utitur in *l.pen. sup. de tempor. in integr. restit.* Valebat plurimum hæc ratio, cum non dabatur unquam exceptio sine actione. Sed placuit (quod notandum) etiam sine actione exceptionem publice contestari posse in modum querelæ, ut sit querela verius, quam exceptio quando nemo agit. Quare exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, quia in potestate debitoris est, qui cavit se accepisse pecuniam, quam nunc dicit se non accepisse, exceptionem non numeratæ pecuniæ contestari, etiam nemine agente de pecunia credita, *l. 8. 9. & l.in contr. initio, sup. de non numer. pec. l.ult. sup. de cond. ex lege.* Sed probabilitas supradictæ rationis confirmatur addita hac communi ratione, quod *favorabiliores sint rei, quam actores*, exceptiones perpetuæ sunt, ubi actiones sunt temporariæ. Et notandum maxime, non tantum exceptionem, sed etiam adjectionem doli plerunque esse perpetuam: Nam sciendum est aliam esse actionem doli, aliam esse adjectionem doli: actio de dolo per se consistit: adjectio de dolo, est appendix alterius actionis. Et ita actio de peculio dicitur hanc habere adjectionem, *& si quid dolo malo captus, fraudatusque actor est*, adjectionem de dolo, sic vocatur *in l.bonæ fidei, in fi. D. de pecul.* quod etiam confirmat *l.1. §.filiumfam. D.depos. l.1. initio, D.quando de pecul. act. annal. sit*. Hæc autem adjectio de dolo affixa actioni de peculio, est perpetua, sicut actio ipsa de peculio, cui adhæret, nisi forte prætor in actione de peculio non patiatur eam adjici post tempus constitutum actionni de peculio, quod forsitan non patictur prætor, motus æquitate quadam: alioqui adjectio de dolo erit perpetua. Et ita est explicanda *lex quæsitum, §.ult. D. de pecul.* ubi pro *objicendo*, & *objici*, malo, *adjiciendo, & adjici*, quoniam loquitur, non (ut vulgus arbitratur) de replicatione doli, sed de adjectione de dolo malo affixa actioni de peculio. At replicationem doli mali, etiam constat esse perpetuam, ut patet ex *l.6. h.tit.* quia actio, cui opitulatur, est perpetua, & ait *lex 6.* in exceptione pacti de dolo, replicari sine præfinitione temporis, id est, perpetuo. Unde notandum, ut in actione exceptionem (quod heri ostendi) ita in exceptione addi replicationem, exceptionem autem pacti elidi, & irritam constitui replicatione doli mali. Et hoc vult *l.6.* Hoc idem ostendit *sup. l.3. & l.7.* Exceptionem pacti excludi posita replicatione doli mali in hac specie: si creditor, qui partem pecuniæ accepit, spe mox recipiendæ alterius partis, non transigendi animo caverit se omnem pecuniam accepisse, nilque amplius petiturum, & petat reliquam pecuniam, & opponatur ei exceptio pacti, sive cautionis ab eo perscriptæ, tuebitur se replicatione doli mali, ut *in l.si inter, inf. de solut.* Et ita est explicanda *l.7.* Replicationes sunt subsidia actorum, exceptiones vero subsidia reorum, *l. 10. h.tit.*

Ad L.XI. Defensiones, sive exceptiones *ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat.*

REstat tantum ex tit. de except. lex 11. in qua proponitur hæc regula, *Defensiones, sive exceptiones, &c.* Ergo exceptiones, quæ debitori principali competunt ad excipiendam iniquitatem actionis, competunt etiam intercessoribus ejus, id est, fidejussoribus, vel mandatoribus, vel iis, qui pro eo pecuniam se soluturos constituerunt. & aliquando etiam *expromissoribus*, id est, in quos translata est obligatio novationis genere, ut in *l.1. §.except. D.quar. rer. act. non det.* Et hujus regulæ duplex est ratio: una, ne fidejussor pecuniam amittat, ne in damno versetur, si forte debitor principalis solvendo non sit, nec possit fidejussori reddere, quod pro eo solvit. Qua de causa etiam invito reo, quæ ei prodest exceptio, prodest & fidejussori ejus, *l.fidejuss. D. de don. l. omnes, D.de except. l.si stip. & l.ex pers. de fidejus.* Altera ratio hæc est, quia nil prodest exceptio debitori, nisi etiam prosit fidejussori ejus, vel alii accessioni, sive intercessioni, propterea quod fidejussor, vel alius intercessor, quod solverit, mox à debitore potest repetere actione mandati. Et hoc est, quod dicitur eum, qui à fidejussore petit, τῇ δυνάμει, vi ipsa à debitore petere, *l.adversus, D.de recept. qui arb. recep.* Quare quibus casibus fidejussori, qui solvit, non est actio mandati, non est regressus adversus debitorem, pro quo solvit, sane iis etiam omnibus casibus hæc regula cessat, id est, *quæ debitori prodest exceptio, non prodest etiam fidejussori*: ut si fidejusserit donandi animo, vel in rem suam, *l.si quis reum, D. de liber. leg.* vel si fidejusserit pro invito debitore, *l.si pro te, D. mand.* vel si fidejusserit jussu testatoris, ut in casu *l.tribus, D. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* vel si debitor adversus fidejussorem in integrum restitutus fuerit, *l.1. sup. de fidejuss. minor.*

minor. qua ratione etiam huic regulæ tantum locus est integro manente statu debitoris, ut ait *hæc l.* id est, debitore capite non deminuto: Nam debitore principali capite deminuto, veluti deportato in insulam, debitor quidem ipse omnimodo liberatur, *l. si deb. D. de fidejuss. l.2. D.de cap. min.* fidejussor autem ejus non liberatur, *l.1. inf. de fidejuss.* Et ratio ea est, quam ante notavi, quod cesset actio mandati, id est (ut dicam solicitius) quia si fidejussor solverit, adversus debitorem capite deminutum non habet actionem mandati, nec ullum alium regressum, aliamve viam repetendæ ab eo pecuniæ, quam pro eo solvit, sed habet tantum regressum adversus fiscum, ad quem bona deportati pervenerunt. Qua de causa apud Quintilianum in debitore adultero, id est, in *declam.* 273. fidejussor sic loquitur: *integro statu debitoris mei, si à me petere maluisses, ad debitorem reverterer.* Utitur iisdem verbis, quibus *h. l.* 11. *integro statu debitoris:* quia capite deminuto debitore, si fidejussor solverit, ad eum reverti non potest. Verum huic sententiæ objicitur *l. sed & si quis, in princ. Si quis cautio. jud. sist.* quæ l. ait, *eo qui datis fidejuss. promiserat stipulanti jud. sisti in diem certum, atque condictum: eo,* inquam, *mortuo, vel capite minuto*, id est, *mortuo civiliter ante diem, quo sisti debuit, fidejussor non tenetur.* Ergo capite minuto debitore, etiam fidejussor liberatur. Sed hoc casu ratio est evidens, cur & fidejussor liberetur, sicut debitor, qui liberatur morte naturali, vel civili, id est, capitis deminutione, quia desiit posse sisti in judicio, antequam committeretur stipulatio judicio sisti, id est, ante diem exhibitionis, quo exhiberi, & sisti debuit: Nam si post diem, quo sisti debuit, id est, post commissam stipulationem, moriatur debitor, vel capite minuatur, proculdubio cum fidejussore utiliter agi potest, quod non exhibuerit hominem condicto die, quod fefellerit ad condictum, ut in *l. si decess. D. qui satisd. cog.* Idemque est in stipulatione judicatum solvi, si quis pro alio fidejubeat judicatum solvi, & ille post judicationem, post condemnationem moriatur, vel capite minuatur: Nam & hoc casu cum fidejussore recte agitur, quia commissa fuit stipulatio, antequam promissor moreretur, vel capite minueretur, non etiam si mors contigerit naturalis, vel civilis ante condemnationem, quia jam desiit condemnari posse, ac proinde jam desiit committi posse stipulatio judicatum solvi: nec enim mortui condemnantur, aut capite minuuntur ex suis negotiis, vel litibus ab eis institutis. Et ita est accipienda *l.5. D. qui satisd. cog.* non ut vulgo, ut idem in ea proponatur, quod in *l.4. ex continenti*, cum *l.4.* sit de stipulatione judicio sisti, *l. 5.* ut condemnationis nomen demonstrat, de stipulatione judicatum solvi. Verum in utraque idem juris est. Illud etiam adnotandum est, nos loqui generaliter de debitore capite deminuto, quæcunque capitis deminutio ei contigerit: nam semper fidejussores ejus manent obligati, & regulæ tantum locus est, manente integro statu debitoris. Sed hoc tamen interest inter minimam, & maximam, vel mediam capitis deminutionem, quod qui maximam, vel mediam capitis deminutionem patitur, id est, qui libertatem, vel civitatem amittit, liberatur omni jure naturali, & civili, *l. si deb. D. de fidejuss.* Ubi tota obligatio tollitur, id est, etiam naturalis, nec in eum ulla actio restituitur unquam, *l. 2. l. tut. §. pen. & ult. D. de cap. minut.* qui autem patitur minimam capitis deminutionem, ut qui adoptatur in alienam familiam, vel qui emancipatur, liberatur jure civili, non jure naturali, & actio quoque civilis in eum restituitur à prætore post minimam capitis deminutionem, *d. l.2. de cap. min.* Facilius restituitur obligatio, quæ jure naturali consistit, quam quæ nullo jure consistit. Etiam illud notandum, huic regulæ, etiam integro manente statu debitoris, aliquando locum non esse, ut si debitor bonis cesserit beneficio leg. Juliæ: Nam exceptio hæc si non bonis cesserit, ei quidem prodest: verum fidejussori ejus non prodest, *§. ult. Instit. de replic.* qui non utitur hac ratione, quod hæc exceptio personæ cohæreat, ut fingunt omnes interpretes omittentes rationem traditam in eo *§.* statuentes, ideo hanc exceptionem non prodesse fidejussori, quod cohæreat personæ debitoris, quod est falsum. Nam si cohæreret personæ debitoris, non competeret heredi ejus: Nam cohærere personæ, est non transire in heredem ejus personæ, *l. & si fid. & l. seq. de re jud.* At nemo negabit, quod si defunctus bonis cesserit, cessio bonorum prodest heredi. Quare etiam ille *§. ult.* exceptionem cessionis bonorum, quæ debitori competit, non ideo negat competere fidejussori, quod cohæreat personæ: nam certissimum est personæ cohærentes, aliis non prodesse. Et hæc exceptio opponitur huic regulæ, quæ est de exceptionibus cohærentibus rei, sive causæ: sed hæc ratio redditur in *hoc §.* quia fidejussor in hoc accipitur, ut facultatibus lapso debitore, creditor ab eo suum consequatur, sive bonis cesserit, sive bona ejus capite deminuti in alium translata fuerint. Ergo non est æquum in necem creditoris fidejussori prodesse hanc exceptionem. Et ita Fabius Declam. dicta, *sponsor in hoc*, inquit, *accipitur, ne creditor in damno sit.* Et ita auxilium restitutionis in integrum, quod adversus creditorem datur minori 25. annis, si deceptus, & lapsus sit re ipsa, non dolo creditoris, non prodest fidejussori: non quia cohæret personæ minoris (nec enim cohæret, cum transeat in heredem minoris, *l. non solum, D. de rest. in integ.*) sed quia in hoc potissimum fidejussor accipitur ab eo, qui contrahit cum minore 25. annis, quod ei potius, quam minori fidem habeat. Ergo æquum est, ut ei frustra non sit, id est, ne in vanum ei cedat satisacceptio. Et hæc etiam ratio notanda in *l. in causæ, D. de minor.* alioquin, quæ minori 25. annis, circumscripto dolo adversarii, datur exceptio ex lege Lætoria (quod notandum) posset dici eadem ratione cohærere personæ minoris 25. annis, quæ tamen datur hoc casu etiam fidejussori ejus, *l. 2. sup. de fidejuss. min. l.7. infr. D. de except.* Locus est valde notandus, & referendus ad legem Lætoriam, dum ait, *minore 25. ann. circumscripto dolo adversarii* (ut recte supplet glossa) *non tantum ei subveniri per exceptionem*, scilicet ex *l. Lætoria*, quia tractat de exceptionibus, & circumscriptio adolescentum vindicatur lege Lætoria, ut ait *Cicer. 3. Offic.* sed etiam subveniri eodem modo fidejussori, data eadem exceptione ex lege Lætoria, quæ lex etiam definit adolescentiam usque ad 25. annum, qua ex re ea ætas vocatur legitima, quia definita est lege Lætoria, ut ait nominatim *l.2. C. Theod. de donat. intra annos legis Lætoriæ.*

AD TITULUM XXXVI.

DE LITIGIOSIS.

HIC tit. est de exceptione litigiosi, qua scilicet actori objicitur vitium litigiosi. Et *litigiosi* appellatione non tantum res continetur mobilis, vel immobilis, de cujus proprietate litem habet is, qui eam in alium transfert, ut definit Novella 112. sed etiam nomen debitoris, de quo agitur, & actio in judicium deducta, sive ambiguum chirographum, ut loquitur *l. 3. h. tit.* Et quamvis ipso jure tenet venditio, aut pigneratio, vel donatio, vel quæ alia alienatio rei, vel cautionis, sive actionis litigiosæ, *l.17. & 18. ff. de rei vindic.* tamen ad irritum constituitur, & rescinditur, ut aperte ostendit *l.2. & ult. hoc tit.* & perinde est, atque si ea alienatio non intervenisset, re eodem loco restituta, quo fuit ante: per eosdem peragitur lis, in quos inchoata fuit, nec mutantur personæ litigatorum propter alienationem factam pendente lite ab uno ex litigatoribus, quoniam rescinditur, & emptor, vel donatarius vel creditor, si eam rem persequatur, quam ab eo accepit, qui de ea litem habuit cum alio, repellitur exceptione litigiosi, ut in *l.1. ff. eod. l.1. §. ult. D. quæ res pignor. oblig. poss. l. bona, §.1. ff. ad Senatusc. Vellej.* & hoc indistincte, sive sciverit rem esse litigiosam emptor, aut donatarius, aut creditor: sive ignoraverit, ut constat ex principio *legis ult.* Et ratio hæc est, quia debuit esse curiosus, & dili-

diligenter inquirere, quæ res sibi venderetur, nec temere emere ab improbo venditore, qui pendente lite rem divendit, vel alio modo alienat, ut duriorem faciat conditionem adversarii, puta opposito fisco, vel alio potentiori adversario, cui divendit rem. Qua ratione, quamvis quis rem vendiderit ante litem motam futuræ litis, quam prospicit, mutandæ gratia, is adversario tenetur actione in factum in id, quod est ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, quamvis venditerit rem non litigiosam, quia vendidit futuræ litis prospectu. Quod si vendiderit rem litigiosam post motam litem, etiam adversario tenetur in duplum ex 12. tabul. si rem, ut dixi, alienaverit post litem motam, puta si eam in sacrum dedicavit, quia ea dedicatio rescindi non poterit, quia judices, & Pontifices religioni favent. Ideoque, qui hoc genere rem litigiosam alienavit, quia irrita fieri alie- B natio non potest, adversario tenetur in duplum ex 12. tabulis, *l. ult. ff. de litigios.* Idemque dicendum opinor eadem ratione, si quis servum litigiosum manumiserit, ut teneri debeat adversario in duplum, in cujus fraudem manumiserit consulta opera, quia vix manumissio rescindi potest, quia prætores favent libertatibus, *l.3. §. 1. ff. de alienat. jud. mut.* Sed si alio genere, quam dedicatione, vel manumissione rem litigiosam alienaverit, adversario non tenetur, in cujus fraudem hoc fecit, quia satis est adversario, quod alienatio irrita constituitur, & emptor, vel quivis alius, in quem res est alienata, repellitur exceptione litigiosi. Priori casu, id est, re vendita ante motam litem, emptio non rescinditur, nec emptor ulla exceptione repellitur. Sed qui vendidit, ut dixi, tenetur adversario in id, quod interest, quæ distin- C ctio est valde notanda. Et hæc quidem locum habent, cum quis rem litigiosam accepit ex causa emptionis, vel donationis, vel permutationis, vel ex causa pignoris, vel ususfructus, aut emphyteuseos: non etiam, si cui testamento, vel codicillis res litigiosa legata sit: Nam ad hanc speciem non pertinet exceptio litigiosi, quia hujus alienationis occasio est mors litigatoris, non cupiditas vexandi adversarii: unde, qui eam rem petit ex testamento, vel codicillis, nulla exceptione submovetur, sed ex sententia *l. 3. h. tit.* heredes ei præstant æstimationem, non rem ipsam, de qua lis pendet, & litem peragunt heredes suo periculo. Legatum igitur rei litigiosæ magis in æstimatione, quam in corpore consistit ex *l.3. h. tit.* Quæ tamen corrigitur in *Novella* 112. ex qua tale legatum consistit in eventu litis, ita ut si vicerit heres, debeatur: si D non vicerit, non debeatur, qua de causa, & liti adesse legatarius potest, & jus defuncti tueri, ne quid per collusionem fiat inter heredem, & adversarium, ut io *l. si suspecta, D. de inoff. testam.* Utut sit, res litigiosa omnimodo recte relinquitur in testamento, vel codicillis, nec exceptio litigiosi pertinet ad hoc genus alienationis. Constat etiam, recte in alium transferri rem litigiosam ex causa transactionis, & divisionis rerum hereditariarum factæ inter coheredes, *l. ult. h. tit.* & rationem reddit Justinianus in d. *Novella*, quod divisio omnium rerum hereditariarum facta inter coheredes non videtur esse alienatio, cum ad eos res litigiosa jure hereditario pervenit, & in *l. ult.* hæc verba (*transactionis, vel divisionis*) quæ non capiunt glossæ, ego pro uno, eodemque negotio accipio, videlicet, eum transactionis causa inter se cohe- E redes faciunt divisionem bonorum. Vix unquam fit divisio inter consortes sine transactione, ideoque sæpe divisioni jungitur transactio, *l. tres fratres, D. de pact. l. cum proponas 2. sup. eod. l. qui Romæ, §. ult. D. de verbor. oblig. l. cum putarem, in fine, D. fam. ercisc. l. 2. sup. int. al. act. vel judic. al. non noc.* Placet etiam rem litigiosam in alium transferri posse ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, *l. ult. h. tit.* Et ratio hæc est, quia & occasio hujus alienationis est affectio nuptiarum, dum forte non suppetit alias res, quæ in dotem detur, non cupiditas vexandi adversarii. Iis igitur causis exceptis, legati, divisionis, & transactionis, & dotis, ac donationis propter nuptias, & ex aliis omnibus causis, qui rem litigiosam ac- A cepit à litigatore, sciens, vel ignorans, repellitur exceptione litigiosi si agat, & redhibere rem cogitur, & in suum locum reponere, ut iidem peragant litem, qui eam inchoarunt. Adnotandum, non tantum esse exceptionem litigiosi, sed etiam pœnam litigiosi quandam, *l. 2. D. de litigios.* quæ fisco præstatur *l. 1. D. de jur. fisci*, & definitur in *l. ult. hoc tit.* Exceptio litigiosi obstat & scienti, & ignoranti, ut ante dixi: Pœna proponitur scienti duntaxat, d. *l.* 2. ita scilicet, ut qui sciens rem litigiosam emit, vel ex donationis causa accepit, vel qua alia ex causa superius non excepta, pretium quanti emit, si emit, præstet fisco: cui etiam fisco tantundem præstat venditor, quanti vendidit: vel si jam venditor pretium accepit ab emptore, fisco venditor præstat duplum, emptor nihil, exemplo domus venditæ demoliendi causa, *l. ult. D. de dam. infecto, l. senatus, D. de contrah. empt.* Donator quoque, & donatarius, qui sciebant rem esse litigiosam, fisco conferunt duplum veri pretii, quanti res est. Et ita puniuntur scientes: Ignorans autem emptor, vel donatarius (nam falsum, quod aiunt Accursius & Joannes Faber, legem ultimam non distinguere inter scientem, & ignorantem donatarium, sed emptorem tantum) Ignorans igitur emptor, vel donatarius, qui rem litigiosam accepit à litigatore, & à sciente igitur, tantum abest, emptione rescissa, ut teneatur in pœnam, ut litigator, qui in eum rem transtulit, teneatur potius emptori reddere pretium conventum, aut donatario verum pretium, quanti res donata est, & hoc amplius tertiam partem pretii, fisco autem duas partes, ut quidam peritissimi viri, & acutissimi notarunt hoc loco, teste Accursio: fisco, inquam, duas partes, ita ut sciens plectatur in duplum, nimirum præstando ei, quem decepit, pretium rei, & ejusdem quantitatis partem tertiam, & reliquas duas partes fisco propter improbitatem, & reticentiam suam, qui emptori, vel donatori non dixit, se in eum transferre rem litigiosam. Et ita accipienda est *lex ult. hujus tit.*

AD TITULUM XXXVII. DE CONTRAHENDA, ET COMMITTENDA STIPULATIONE.

INITIO 35. tituli, de except. jam dixi (ut constaret vobis ratio dispositionis titulorum) peracta tractatu negotiorum, actionumque civilium, primum proponi exceptiones, quibus actiones civiles, vel honorariæ excluduntur, deinde vincula, & remedia juris, quæ adhibita negotiis, & obligationibus civilibus eis adminiculari solent. Hæc juris remedia sunt stipulationes, ut in *l. licet, sup. famil. ercisc. Stipulationis*, inquit, *& juris remedio adhibito*, id est, *stipulationis justæ remedio, ἐν ἄλλ ὅρῳ, stipulationis justæ, stipulationis legibus cognitæ, l. 10. hoc tit.* Et vincula obligationum civilium stipulationes sunt, omnes obligationes sunt vincula. Sed longe plurimum valent vinculorum vincula, quæ stipulationes sunt, vincula, & catenæ, ut est io Satyra Horatii.

—mille adde catenas:

Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Protheus.

Intelligit enim stipulationes, quas Jurisconsulti introduxerunt, ut cæteris obligationibus subjicerentur, earum adstringendarum, & firmandarum gratia, tam civilibus, veluti ex contractibus juris gentium, vel juris civilis, quam naturalibus tantum: veluti ex pactis conventis, unde & nomen traxere. Paulus 5. Sententiarum, *Stipulationes*, ait, *appellatæ sunt, quod per eas firmitas obligationum constringitur: Stipulum enim*, inquit, *veteres firmum appellabant.* Et quod additur *Institutionibus initio tit. de verb. obligat. (forte à stipite descendens)* debet intelligi, non de quolibet stipite, neque enim firmi, & robusti sunt omnes, sed de stipite, cui argilla, vel creta, vel cera superimposita figuli simulacra, aut vasa, quæ fingunt, firmare solent. Verbo (*firmare*) in ea re Festus utitur:

Et is stipes Græce *καννάβος* dicitur auctore Polluce, & Hesychio, & à Tertull. *crux*, *& patibulum* in Apologet. cap. 12. & 16. Stipulationes igitur per se solæ non consistunt, sed aliarum obligationum fulcimenta, & accessiones sunt, ut ostendit *l. 5. §. conventionales*, *D. de verb. oblig.* ut scilicet, id, de quo prius inter aliquos convenit, mox verbis quoque stipulationis concludatur, & confirmetur, *l. si dominus*, *D. de præscriptis verbis*, & quæ ex priori conventione, vel causa non competit actio, competat ex stipulatu, vel ut præter eam, quæ competit ex priore causa, competat etiam ex stipulatu, vel ut novetur prior causa. Exemplo sit stipulatio solvendi legati, quæ interponitur, vel quod ex testamento peti nequeat, ut *l. fideicommissum*, *D. de condict. indeb.* vel ut non tantum ex testamento, sed etiam ex stipulatu peti possit, *l. Titius, in fine*, *D. ad Senatusconf. Trebell.* vel ut causa testamenti novetur, *l. 8. §. 1. D. de novat.* & ut etiam ex stipulatu agi possit, quia etiamsi alia suppetat actio, & sufficiat, tamen nulla alia actio est, vel bonæ fidei, vel stricta, quæ sit actori commodior, aptior, utilior ad jus suum obtinendum, & quidem summum, quam actio ex stipulatu: & utique actio stricta semper est melior actori, quam sit actio bonæ fidei, tametsi Accursii aliud sit judicium in *l. si cui*, *§. si Titio*, *D. de leg. 1.* Sed refellitur, quia in judicio bonæ fidei nimia est licentia judicis, quæ res materiam sæpe præbet gratiæ, vel ambitionis, vel sordium. In judicio stricto nulla, vel arcta admodum est licentia judicis. Et sic in *l. si vendidero*, *§. si Titius, D. de furt. & l. cum quis*, *§. 1. D. de solut.* ostenditur, actori meliorem esse condictionem furtivam, quæ est stricta, quam negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei. Sic fit ut plurimum contractibus bonæ fidei subjiciantur stipulationes, ut etiam ex stipulatu agi possit, si malit actor agere directo, & aspero judicio. Denique ex iis, quæ diximus hactenus, apparet, stipulationem sine causa aliqua non fieri, quæ præcedat, vel sequatur, quæ fulsit. Sane, si quando fiat stipulatio nulla existente conventione, vel causa, per exceptionem doli mali irrita constituitur, *l. 2. §. circa*, *D. de doli except. l. si stipulatus esses*, *D. de fidejussor.* Et rectissime Cajus in Institut. *verborum obligationem*, ait, *contrahi ex interrogatione dantis, & responsione accipientis*. Verba illa (*dantis*, *& accipientis*) demonstrant, stipulationem pendere ex alio contractu, ex alia conventione, vel causa, quæ præcedat stipulationem, vel etiam sequatur, ut si crediturus pecuniam, antequam eam adnumeret, eam sibi reddi stipuletur. Semper enim causa, propter quam interponitur stipulatio, intelligitur esse prior, licet tempore posterior, ut *l. petens*, *sup. de pact. l. 3. §. ult. l. contra*, *D. ad Senatusc. Macedon.* Ex supradictis etiam apparet, cur stipulationes strictæ appellentur. Boetius 6. Commentario in Topic. Cic. *In bonæ fidei judiciis*, inquit, *judices non strictas inter litigantes stipulationes*, *sed bonam fidem quærunt*. Strictas appellat stipulationes, tum quod alias conventiones adstringant, tum etiam, quod ipsæ strictas interpretationes recipiant, ut ostendit *l. quidquid adstringendæ*, *D. de verb. oblig.* & omnium optime *lex stipulatus 44. D. de fidejuss.* Et de vi quidem, natura, & usu stipulationis hactenus. Nunc quia hic titulus duo pollicetur se demonstraturum, ut contrahatur, & ut committatur stipulatio, videamus primum, ut contrahatur. Et hoc nemo ignorat, stipulationem contrahi propriis verbis, hodie quibuscunque verbis ex Constitutione Leonis, id est, ex *l. 10. hoc tit. l. 4. §. si quis autem*, *sup. de receptis arbitris*. Olim non contrahebatur, nisi solemnibus, & directis, ut ait lex 10. id est, *civilibus, & legitimis*, quibus scilicet, leges & legum consulti uti solent, non vulgaribus verbis, sed verbis juris civilis, veluti *spondes? spondeo: fidepromittis? fidepromitto: fidejubes? fidejubeo*. Quare & in contrahendis stipulationibus adhibebantur Jureconsulti, qui earum formulas dictarent, vel præirent. Ovid. in Epist. Acontii ad Cydippen.

Dictatis ab eo feci sponsalia verbis
Consultoque fui juris amore vafer.

Significat amorem ei fuisse Jurisconsultum, & dictasse verba sponsionis. Idemque primo Amorum Eleg. 13.

Atque eadem sponsum consultum ad atria mittis,
Unius, ut verbi grandia damna ferat.

Nam ex stipulatione obligamur uno verbo, veluti, *spondeo*: ut idem Marcus Tullius pro Cæcinna: *Si quis*, inquit, *id, quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, non præstat*, *maturo judicio condemnatur*. Ergo, quia stipulatio olim non contrahebatur, non fiebat, nisi verbis directis, & legitimis, proinde non fiebat, nisi latinis verbis, quia verba directa sunt Latina, verba juris civilis. Sed postea receptum est longe ante constitutionem illam Leonis, ut & quacunque lingua stipulatio fieri possit utilitatis gratia, quia stipulatio accedit omnibus negotiis jurisgentium, aut potest accedere, quæ quacunque lingua contrahuntur, & conveniens, congruumque est eundem esse accessionis sermonem, & negotii principalis, & ita definitur *l. 1. §. ult. D. de verb. oblig. l. Græce*, *D. de fidejussor.* Verum hac in re hoc exigebatur alia lingua, si fieret stipulatio, quam Latina, ut ita fieret, sicut fieri solet Latina: cujus rei argumentum est in *l. an inutilis*, *in fin. de acceptilat.* Quod hodie tamen Leo non exigit. Id etiam ante Leonem receptum fuit, si instrumento cautionis, id est, stipulationis redactæ in literas, scriptum sit, promisisse aliquem illud, vel illud, nullo alio adjecto, puta eo non dicto, promisisse interroganti, vel stipulanti, vel promisisse solemni stipulatione, omnia præsumi solemniter acta, præcessisse scilicet interrogationem conceptam verbis directis, & sequutam responsionem congruam, & comparem, si modo (quod notandum) ita ex scripto res gesta sit inter præsentes, quæ est sententia *l. 1. hoc tit. & l. Titia*, *§. pen. D. de verb. oblig.* Et hunc modum (si res gesta sit inter præsentes) ex his duobus locis adjectum volo ad *l. sciendum*, *de verbor. obligat. & §. ult. Instit. de fidejussor. & §. si scriptum*, *Instit. de inutil. stipulat.* ubi dicitur, *si scriptum sit promisisse aliquem*, *omnia videri transacta solemniter*. Sed addendum omnino, *si hoc scriptum sit inter præsentes*, *non si inter absentes*: Nam inter absentes facta stipulatio nullius est momenti. Nam quod fit inter absentes, nudo consensu fit, non verbis. Verba sunt tantum præsentium, mutant verba præsentes, non absentes, & stipulationis substantia consistit ex verbis. Præsumptio autem illa non potest fieri invita substantia ipsius rei, invita natura. Ergo non inducitur, nec fit, nisi, ut dixi, ita res ex scripto gesta sit inter præsentes. Et inde si quæras, an recte fiat stipulatio per epistolam? dicam intrepide, & incunctanter, recte fieri, sed inter præsentes tantum: nec enim absentibus tantum emittuntur epistolæ, sed & præsentibus, maxime cautionales. Multa genera epistolarum afferunt Rhetores, nostras omittunt epistolas cautionales, quæ emittuntur, & exponuntur inter præsentes, ut in hac *l. 1.* & in *d. l. Titia*, *§. pen.* ponitur, epistolam, qua quis cavit, vel promisit alteri, se daturum aliquid, vel facturum, factam fuisse inter præsentes. Recte igitur fit stipulatio per epistolam inter præsentes. Epistolæ quædam sunt cautionales, id est, quæ continent stipulationem, quæ tantum fiunt inter præsentes, non inter absentes: aliæ sunt, quæ fiunt & inter præsentes, & inter absentes; *ut fideicommissariæ*, quas etiam Rhetores omittunt, *l. cum quis*, *§. pater*, *de leg. 3. l. 7. sup. qui testament. fac. poss.* quibus scilicet quis alteri fideicommissum relinquit præsenti, vel absenti. Et *epistolæ conventionales*, quibus paciscimur aliquid cum alio, vel constituimus nos soluturos pro nobis ipsis, vel pro aliis, vel contrahimus emptionem, aut venditionem, aut locationem, aut alia negotia, quæ nudo consensu perficiuntur, ut *l. 2. D. de pact. l. 2. D. de obligat. & action. l. 9. D. de prec. l. qui autem*, *§. ult. D. de constit. pec.* Et epistolæ, quibus libertos nostros aliis assignamus, epistolæ *assignatoriæ libertorum*, quæ jus patronatus transferunt in alium, *l. 7. de assign. libert.* & quibus restituimus hereditatem, *l. restituta*, *D. ad Trebell.* vel quibus recusamus adire hereditatem, *l. 6. eod.* vel quibus cedimus bonis

nostris creditoribus, *l. ult. D. de cess. bonor.* Et hæc quidem A omnia fiunt per epistolam, sed inter præsentes tantum, non inter absentes. Et ita in *l. ea, quæ, D. de donat. inter vir. & uxor.* intelligere oportet stipulationem factam fuisse per epistolam inter præsentes, alioquin inutilis esset stipulatio.

Ad L. II. Si filiæ tuæ, *quam in potestate habebas, pecuniam dari stipulatus es: paratam obligationem exercere non prohiberis.*

LEX 2. docet, patrem stipulantem pecuniam dari filiofamil. vel filiæfamil. sibi adquirere obligationem, quamvis non sibi, sed filio stipulatus sit, & ex ea stipulatione agere posse. Ratio hæc redditur in *§. ei vero, Inst. de inutil. stipul. quia*, inquit, *vox patris, tanquam vox filii* B *est*, id est, ipse filius sibi stipulatus intelligitur: ergo tanquam per filium patri confestim obligatio adquiritur, sicut si ipsemet filius sibi dari stipulatus esset. Vinculum potestatis unius vocis, & unius personæ intellectum inducit, sicut in domino, & servo, *l. si servus communis, D. de dam. inf.* Ut ex contrario solutio potestatis, veluti emancipatio, aut manumissio dividit personas patris, & filii, domini, & servi, *l. si Pamphilo, D. de opt. leg.* & Theophilus noster in *§. an servo, Instit. de legat.* Et in iis causis etiam, in quibus filiusfam. pro patrefam. habitus, non adquirit patri, ut in causa castrensis, vel quasi castrensis peculii, sane duæ intelliguntur esse personæ, patris, & filii, atque adeo, si ex causa castrensis peculii, quod pertinet ad filiumfam. pater filio dari stipuletur, nihil agit, quia stipulatus videtur alteri, & extraneo, *l. 15. §. 1. D. de castrensi pecul.* Et C certissimum est, alteri factam stipulationem, id est, extraneo sui juris, non homini nostro juri subjecto, aut cujus juri nos subjecti non sumus, nullius momenti esse. Item in iis, quæ sunt facti, id est, quæ in actu filii consistunt, dividuntur personæ patris, & filii, quia facta naturalia sunt, & fictione juris, non natura, pater, & filius unius personæ loco sunt. In iis igitur, quæ natura constant, & in quibus natura sola valet, & spectatur, utique semper distinguimus personam patris à persona filii, ut si filius stipuletur *sibi soli ire, agere licere per fundum L. Titii*: vel, *sibi soli tenere licere fundum Lucii Titii*, quo genere nudum factum in stipulationem deducitur, nuda itio, nudus actus, nuda detentio, soli filio ire, agere, aut tenere licet ex ea stipulatione, non patri, *§. sed cum factum, Instit. de stipulat. servor. l. stipulatio ista, §. ii, qui sunt, D. de verb. obligat.* D quia naturaliter factum cohæret personæ facientis, aut electi ad faciendum, nec divelli ab ea, & in aliam personam transire potest: jus facile commeat à persona in personam, factum non item: ut mortuo testatore jus hereditatis aditæ protinus transit in heredem, possessio æque non transit, quæ facti est, nisi sit apprehensa corpore heredis. Et similiter factum, quod alius explere debet in personam filii, non potest explere in personam patris, in cujus potestate est: ut si quis à testatore conditionis implendæ causa jussus sit dare, tradere, vel solvere filio Titii, soli filio dare, tradere, vel solvere debet, non patri, *l. qui heredi, D. de condit. & demonstr.* quia factum ita cohæret personæ facientis, ut si collatum sit in aliam personam, id is, qui facit, qui factum explet, explere tantum possit in personam, in quam collatum est: & consequenter, si pater E stipuletur filio ire, agere licere, aut tenere rem illam licere, quæ facti sunt, & corporis, omnino inutilis est stipulatio, *l. quod dicitur, D. de verb. obligat.* Ratio hæc est, quia ex ea stipulatione, neque pater, neque filius agere potest. Ergo est inutilis. Non pater, quia factum adjectum est personæ filii, non patris. Denique ex ea stipulatione frustra ageret pater, quia ex ea ei ire, agere, aut tenere non licet, sed filio tantum. Non potest etiam ex ea agere filius, alioqui per patrem videretur filio adquiri obligatio, quod est absurdum. Filii est adquirere patri, non patris filio, *l. cum dos, D. de pact. dotal.* Et è contrario, si filius stipuletur factum patri, patri ire, agere, aut tenere licere, proculdubio hæc stipulatio per filium adquiritur patri jure potestatis, *d. l. quod dicitur*: Ait autem hæc lex 2. patrem stipulatum filiæfamil. *pecuniam dari*: quid si fieri filio, vel filiæfamil. puta domum exædificari filiofamil. Et placet hanc quoque obligationem, sive stipulationem adquiri patri, perinde atque si filius ipse sibi fieri stipulatus esset, *l. quodcunque, in princ. D. de verb. obligat.* Nam factum filii hac stipulatione non continetur, sed promissoris tantum. Et tale est factum, ædificatio domus, ut in personam filii ipsum non expleatur, sicut traditio, & solutio. Denique hac stipulatione jus solum confertur in filium, & mox à filio transit ad patrem.

Ad L. III. Si cum pecuniam *tuam crederes, accommodato nomine Juliani stipulatio in personam ejus absentis directa est: cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intelligis superfuisse tibi rei contractæ obligationem, ac propterea, si pecuniam à debitore tuo Julianus exegerit, eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.*

SPecies legis tertiæ hæc est: Lucio Titio credidi pecuniam meam meo nomine, & stipulatus sum eam reddi Juliano cuidam absenti, & ignoranti: inutilis est stipulatio, quia alteri, id est, extraneo, in cujus potestate non sumus, vel quem in potestate non habemus, frustra stipulamur, ex regula juris. Consistit tamen obligatio mutui: nulla est stipulatio, manet tamen, & competit mihi condictio creditæ pecuniæ adversus Lucium Titium. Denique verbis contracta obligatio non consistit, re contracta obligatio consistit, nec inutilis utilem vitiat. Quod si forte L. Titius Juliano solverit pecuniam, lex ait, Julianum mihi teneri actione negotiorum gestorum, si solutionem ei factam ratam habuerim, ut mihi restituat, quod perceperit. Quæ postrema pars hujus legis repetita est in *l. si pecuniam, sup. de negot. gest.* Quæ tamen alii inscripta est, nempe, Salustio, hæc Hadriano, nec scio unde error proficiscatur. Nam illa pars est istius. Posui (quod etiam lex ponit) me stipulatum absenti Juliano, sed hoc arbitror legem sumere ex facto proposito: Nam idem est si stipuler præsenti Juliano. Denique alteri stipulari non possum, neque absenti, neque præsenti, quia neque si præsenti sim stipulatus, potest videri ille stipulatus, qui præsens fuit, & tacuit: Nam in stipulationibus sermone opus est stipulantis: qua de causa mutus inutiliter stipulatur nutu, vel quo alio signo, *l. 1. ff. de verb. oblig.* Ergo ita constituo, alteri absenti, vel præsenti neminem utiliter stipulari posse. Posui etiam cum Accursio, me pecuniam meam credidisse meo nomine: nam si nomine Juliani credidissem, Juliano competeret condictio certi, *l. certi, §. si nummos, ff. de reb. cred.* quam etiam notavit Accursius. Et tamen lex *certi* condictionem ex numeratione pecuniæ aperte dicit mihi competere, non Juliano. Et illa verba legis (*debitore tuo*) demonstrant etiam mihi creditam pecuniam deberi, non Juliano. Et quod subjicitur, *non recte solvi eam pecuniam Juliano, nisi ratam fecero solutionem*, etiam demonstrat, mihi, non Juliano ex numeratione debitam fuisse pecuniam. Et secundum hoc, quod satis jam comprobatum est in *h. l. 3.* verbum (*crederes*) est subdistinguendum, & tollenda est subdistinctio à nomine Juliani, ut ita omnino sit eadem species hujus legis, quæ *l. certi, §. quoniam, ff. de reb. credit.* Glossa in verbo (*directa est*) recte ait: *Nota, quod hic tenuit obligatio contracta re, non verbis*: hoc est verum: Sed quod postea subjicit: *Et præterea, aut in dando, aut in faciendo consistit, &c.* Ea omnia obliteranda sunt, quia neque mentem ullam habent, neque rei propositæ conveniunt. At alia Glossa recte ponit Julianum exegisse pecuniam nomine meo, ex quo sequitur, me cum eo recte agere negotiorum gestorum, ut reddat pecuniam, quam recepit meo nomine. Ultima autem glossa tentat, Julianum, qui exegit pecuniam à me creditam Lucio Titio, qui eam exegit meo nomine, mihi teneri mandati, non (ut lex ait) negotiorum gestorum ex regula jur. *l. semper, qui non prohibet, D.* de

de reg. jur. Qui ratum habet, quod gestum est, mandati obstringitur: Ego ratam habeo solutionem factam Juliano. Ergo mandati teneor. Et in hac re explicanda, sive diluenda valde laborant tum hoc loco, tum in *d. l. si pecuniam*. Sed nihil est, quod tam facile possit expediri: de eadem re non est absurdum, si detur & negotiorum gestorum, & mandati actio, etsi sit in arbitrio actoris, utra malit uti, negotiorum gestorum, quod res gesta sit sine suo mandato, vel mandati, quod ratihabitio mandato comparetur, & retrotrahatur. Ergo quæ lex dat actionem negotiorum gestorum, non ideo denegat mandati actionem: vel contra, quæ dat mandati, non ideo denegat actionem negotiorum gestorum. Sed est in potestate actoris, ex eadem causa, hac, vel illa experiri, quia & ratihabitio pro mandato est, & ita *in l. 5. D. de except. rei jud.* proponitur, eum, qui egit de eadem re mandati, postea agere negotiorum gestorum, & tamen repelli exceptione rei judicatæ, quia licet agat alia actione, tamen agit eadem de re. Quod fuisse in formulis Jurisconsultorum, in formula nimirum exceptionis rei judicatæ M. Tullius indicat 5. de finibus. *Ut in actionibus*, inquit, *præscribi solet, de eadem re egit alio modo*. Et 13. epist. scribens ad Jurisconsult. Servium Sulpitium, *ut in formulis vestris, sic ego in epistolis, de eadem re alio modo*, quæ res non impedit exceptionem rei judicatæ. Utut sit, verissimum esse hoc constat ex *d. l. 5.* in arbitrio esse actoris, de eadem re, qualiscunque illa sit, ut agat mandati, aut negotiorum gestorum, si ratum habuerit, quod gestum est.

Ad L. IV. Secundum responsum *Domitii Ulpiani præfecti annonæ, Jurisconsulti amici mei, ea, quæ stipulata est, tum moreretur, partem dimidiam dotis, cui velit relinquere reddi sibi cum moreretur, eam partem dotis stipulata videtur.*

EST singulare in *h. l. 4.* responsum Ulpiani, quod non extat alibi: & ex eo responsu Alexander Imperator rem, de qua rogatus fuerat, dirimit: quem etiam *h. lex 4.* indicat, fuisse præfectum annonæ sub Alexandro, his verbis: *Domitii Ulpiani præfecti annonæ, Jurisconsult. amici mei*, ut hodie Principes nostri etiam solent scribere, *à nostre amé, & feal*, ut in *l. Divi, D. de jure patr. & l. ult. D. de offic. præfect. vigil. & l. 1. §. denique, de appell. l. 1. C. Hermog. ex delict. defunct. l. 1. C. Greg. si advers. donat. &* Treb. Pollio in Claudio, *Gratianus Imperator Claudio Duci Illyrici parenti, & amico suo*. Alia lex Alexandri, nempe *l. 4. sup. de loc.* ostendit etiam, Ulpianum fuisse præfectum prætorio sub Alexandro. Et Lampridius etiam, & idem magistrum scrinii. Et solus Zosimus auctor est, quod nemo intellexerat ante editionem Zosimi, ut Papinianum; sic etiam Ulpianum fuisse occisum à Prætorianis militibus seditione motis. Singulare autem responsum Ulpiani est, ut si mulier stipulata est à marito cum moreretur partem dimidiam dotis reddi ei, cui ipsa vellet relinquere: incertæ igitur personæ, ut valeat stipulatio, quia hoc genere, non alteri, sed sibi ipsi videtur stipulata: Ideoque si eam partem nulli reliquerit testamento, vel codicillis, transmittet stipulationem ad legitimum heredem, quia non est inutilis, cum hoc genere sibi ipsi videatur stipulata, cum est stipulata ei, cui illa moriens vellet relinquere.

Ad L. V. Nuda pollicitatione, *secundum ea, quæ sæpe constituta sunt, ad præstanda ea, quæ promiserat, urgeri quenquam non semper jura permittunt. Verum quoniam præterea si contra pactum feceris, quanti ea res est, dari tibi stipulanti, adversarium tuum promisisse proponas: hujusmodi etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem, & ejus summæ, quæ in hac quoque stipulatione continetur, petitioni locum factum esse convenit.*

SUperiores leges fuerunt de contrahenda stipulatione: lex 5. de committenda stipulatione: committitur, stipulatio cum ex ea agi potest. Pura igitur stipulatio committitur statim: conditionalis, cum conditio extiterit: concepta ad diem, cum dies venerit. Lex 5. est de stipulatione conditionali, cui injecta est hæc conditio, *si adversus pacta conventa factum erit*. Et ait initio, nuda pollicitatione: ut ex pacto nudo non nascitur actio, quæ regula juris dicitur in *l. juris gentium, §. idem responsum, D. de pact.* & νόμιμον ψήφισμα in *Novella Leonis 72*. Ita ex nuda pollicitatione etiam non nascitur actio, aut multo minus nascitur. Paulus 5. Sententiarum, *ex nuda pollicitatione*, inquit, *nulla actio nascitur*. Et ideo subjicit ibidem Paulus id, quod est in *l. ult. D. qui testam. facere poss.* bona ejus, qui se Imperatorem heredem facturum jactaverat (quæ jactatio pollicitatio est) non posse à fisco vindicari, quia ex nuda jactatione, sive pollicitatione non nascitur actio. Differentia inter pactum, & pollicitationem nota est ex *l. pactum, D. de pollicit.* Pactum est, quod placuit inter duos, pluresve. Pollicitatio est solius offerentis promissio. Cæterum ut pactum sæpe transit in contractum, *l. si unus, §. idem dicemus, D. de pact.* Pactum, inquit, proficit ad novum contractum. Qua re fit, ut eadem conventio, veluti arræ datio, modo appelletur pactum, modo contractus, quia ex pacto abüt in contractum, ex pacto exiit contractus, *l. 3. sup. quando liceat ab empt. disced. l. contractus, sup. de fid. instru.* Ita pollicitatio sæpe transit in pactum, vel in contractum. In contractum, ut in specie *l. ult. §. ult. de obligat. & act.* quæ est elegantissima: si ultro per epistolam tibi pollicear salarium tot aureorum quotannis, si distracta omni re tua ad me venias, operas mihi præstaturus illas, vel illas, & tu distracta omni re tua veneris, pollicitatio transit in contractum, quia ex parte tua sumpsit effectum, quoniam distraxisti omnia tua, & venisti ad me: & ideo salarii nomine tibi in me competit actio præscriptis verbis, quasi ex articulo *do ut facias*, ut in *l. cum mota, sup. de transact.* quia inspicitur ratio initi, non impleti contractus. Initus autem ita fuit, *Dabo salarium*, & licet tu cœperis facere pro tua parte, quod volui, priusquam darem salarium, tamen res non dicetur gesta hoc modo, *facio ut des*, ex quo articulo non datur actio præscriptis verbis, sed inspecto initio, ut in *d. l. cum mota*, res ita gesta dicetur, *do ut facias*, ex quo negotio constat nasci actionem præscriptis verbis. Pollicitatio autem transit in pactum, si quod ultro tibi pollicitus sum per nuntium, vel per epistolam, tu ratum, acceptumque habuisti, ut in *l. qui negotia, D. mand. l. 15. D. de fund. dot.* Et hoc casu eadem conventio, & pollicitatio, & pactum dici potest pollicitatio, inspecto initio, pactum, inspecto exitu, quia pollicitatio descivit in pactum, ut in hac lege, ubi eadem conventio dicitur nuda pollicitatio, & nudum pactum, nimirum re gesta in hunc modum, & hæc est species legis, *Quod tibi sum pollicitus*: finge, quod voles, cumque tu ratum habuisti: atque ita hac de re confectum est pactum inter me, & te, cui mox subjecta est stipulatio, non pœnalis, ut Bartol. ait, sed quanti interest, ita scilicet, ut si contra pactum facerem, quanti ea res esset, tantam pecuniam darem adscripta certa summa, ut suadet *lex ult. ff. de prætor. stipulat.* Male enim glossa, hujus stipulationis summam fuisse incertam. Porro hæc stipulatio committitur agente te ex pacto, ita scilicet, ut vel pacto paream, vel ex stipulatione præstem id, quod interest, aut eam summam, quæ vice est ejus, quod interest, & in stipulatione taxata, & comprehensa est, ut in *l. si pacto, sup. de pact.* Ita, inquam, agente te, stipulatio committitur, si pacto non paream. Denique committitur stipulatio, lite de pacto, & de summa stipulatione comprehensa, mota, ut ait, id est, contestata: semper enim invenio litem motam accipi pro contestata, *ut l. postquam liti, sup. de pact. & l. si sine, §. Marcellus, D. rem rat. hab.* Et ita recte dicitur in *l. cum quærebatur, §. proinde, D. judic. sol.* stipulationem ob rem non defensam, quanti ea res est, id est, quanti interest, re non defensa, protinus non committi, sed lite contestata ex ipsa stipulatione. Et ita in specie proposita, lite contestata ex pacto, simulatque ex ipsa stipulatione, continuo plane committitur stipulatio, quasi existente conditione stipulationis: non potest quidem agi ex pacto nudo per se solo. Fateor, quod hæc

lex

lex ait *sæpe constitutum fuisse*, id est, abiisse in regulam juru, ut ex nuda pollicitatione, & pacto, non semper, inquit, nascatur actio. Et ait, *non semper*, quia excipiuntur certi casus. Et eadem forma loquendi (*non semper per liberam personam adquiri obligationem*) *l.solutam*, *§. pen. ff. de pignor. act. l. per procuratorem*, *de procur.* Sed nihilominus lite mota de pacto, & de stipulatione, quanti ea res est simul, si non agnosco bonam fidem, si non sto conventis, si refugio pacti conventionem, statim planum fit, & indubitatum, commissam esse stipulationem, quanti ea res est, quia extitit conditio stipulationis, id est, quia admonitus judicio, pacto non parui. Et hæc est sincera hujus legis interpretatio, ad quam nemo propius accessit, quam Joannes.

Ad L. VI. Scire debuisti, *quæ sub transactione dari placita sunt, certi, vel incerti stipulatione subjecata, peti posse.*

LEX 6. docet, transactioni factæ pacto convento solere subjici stipulationem, ut quæ ex pacto nasci non potest actio, nascatur ex stipulatu. Quod etiam ostendit *l. juris gentium*, *§. quod fere*, *ff. de pact.* Et Paulus 2. *Sentent. Omnibus*, inquit, *pactis stipulatio subjici solet*, *ut ex stipulatu actio nasci possit*: *& eam stipulationem*, *aut esse certi*, *aut incerti*, ut *l. stipulationum*, *ff. de verb. obligat.* Certi esse, si certam summam comprehendat, ut posui in *l.* superiore: Incerti esse, si incertam summam, veluti quanti ea res est, non adjecta certa quantitate, *l. non autem*, *ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et ex hac stipulatione incerta proprie nascitur actio *ex stipulatu*: ex certa autem certi condictio, *l. si quis certum*, *ff. de rebus creditis.*

Ad L. VII. Neque tutoris, *neque curatoris absentia quicquam stipulationi nocet*: *cum & fœminam minorem 25. annis absente curatore stipulari posse non ambigatur.*

LEX 7. docet, recte pupillum, & minorem 25. annis, stipulari sine tutoris, vel curatoris auctoritate, & repetita est ea lex, aut portio ejus *l. 1. sup. de auctor. præst.* Recte autem ait, *stipulari*, *quod est interrogare promissorem*: Nam pupillus non potest promittere sine tutoris auctoritate. Et hoc est, quod legitur in Institut. *de auctoritate tutorum*, *pupillum meliorem suam conditionem facere posse sine tutoris auctoritate*, *deteriorem vero non aliter*, *quam tutoris auctoritate*. Pubes autem minor viginti quinque annis, ex l. Lætoria promittendo non obligatur cum effectu. Suetonius 4. *Prætorum*. *Lex Lætoria*, inquit, *vetat minorem 25. annis stipulari*, quod verbum eo loci accipitur in patiendi significatione, pro *interrogari*, ut Priscianus docuit, quo auctore etiam Glossa utitur in hanc rem in *§. præterea*, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* ubi tamen ea glossa male verbum (*stipulatus*) accipit passive, cum sine læsione ulla sensus, aut contextus, rectissime accipiatur active. Sed sunt tamen plures alii loci, in quibus id verbum passive accipitur manifestissime, ut in *l. si non sortem*, *§. si decem*, *ff. de cond. indeb. l. ult. in fi. de adminisl. tutor. l. 7. de eo, quod certo. lo. l. 5. §. pen. de solut.* & etiam in *l. t. 12. §. ult. ff. de verb. oblig.* Quia autem l. Lætoria, ut Suetonius ait, *minor 25. annis non obligatur utiliter*, ideo apud Plautum in Rudente, is, quo cum agitur ex stipulatu, has exceptiones habet, *ni dolo malo instipulatus sies*, *nive etiamdum siem 25. natus annos*, & quæ ab eodem in Pseudolo dicitur *lex quinavicenaria*, ea proculdubio est lex Lætoria: à qua etiam dicta est ætas legitima, ætas 25. annorum, ut aperte ait *lex 2. C. Th. de donat. intra annos legis Lætoriæ*, inquit, *constitutus*, *id est*, *vicesimum quintum*. Et de lege Lætoria non ita dudum recte accepi *l. 7. in fi. ff. de except.* dum docet minori 25. annis circumscripto, quo verbo utitur, subveniri data exceptione, nimirum ex lege Lætoria, qua nominatim M. Tullius scripsit *lib. de Offic. vindicari circumscriptionem adolescentium*. Sed quod Suetonius lege Lætoria caveri ait, *ne minor 25. annis stipuletur*, id est, ne interrogetur, ut promittat aliquid: qui-

A bus verbis significari videtur, minorem vigintiquinque annis ex stipulatu non obligari: hoc pugnat cum *l. pubertes*, *ff. de verb. oblig.* quæ aperte ait, *puberes minores 25. annis*, *etiam sine curatoribus suis*, *etiam sine auctoritate curatorum*, *quos habent*, *obligari ex stipul.* Unde constituenda est differentia inter pupillum, & minorem viginti quinque annis: Nam pupillus sine tutore suo non obligatur ex stipulatu: minor obligatur, quæ nova videri non debent. Nam & aliam in stipulationum causa invenies differentiam inter pupillum, & puberem minorem, quam 25. annis natum in *l. ult. §. pupillus*, *ff. de verb. obligat.* ubi ait, *pupillum*, *qui est in patris potestate*, *ne auctoritate quidem patris obligari ex stipulatu*: *puberem obligari tanquam patremfamilias ex stipulatu*. Et ita invenies etiam, non pupillum, sed puberem minorem vigintiquinque

B annis, novare posse obligationem, non adhibito curatore, & ita facere conditionem suam deteriorem, *l. 9. ff. de novat.* Unde ita constituamus: obligari quidem minorem vigintiquinque annis ex stipulatu, etiam non adhibito curatore suo, sed ex lege Lætoria restitui posse in integrum, atque ita nullum erit dissidium. Sed rursus objicitur *lex 3. sup. de in integr. rest. min.* quæ minore 25. annis vendente res suas mobiles (nam immobiles non possunt vendi sine decreto) ait, ipso jure nullam esse venditionem, quam fecit sine curatoris auctoritate. Ergo non esse necessariam restitutionem in integrum. Nil moveor illa lege, quia non loquitur de stipulatione, sed de venditione rerum minoris ab eo facta sine auctoritate curatoris, quam ait ipso jure irritam esse. Cur vero ita? quia rerum administratio non pertinet ad minorem, sed

C ad curatorem, quem habet: Et consequenter ita sensi semper, ex causa administrationis susceptæ, vel assumptæ à minore viginti quinque annis sine curatore suo, ut puta in ea specie, ex causa venditionis rerum suarum; eum non obligari empti venditi. Hoc enim est consequens, ut si ipso jure nulla est venditio, nullo jure obligetur minor, qui vendidit sine curatore suo. Et addi potest ratio, quia obligatio empti venditi est juris gentium, l. 1. *§. 1. de contr. empt.* quo jure non minus exigitur auctoritas curatoris, quam tutoris. Obligatio autem verborum est juris civilis, & solemnitatem juris desiderat, ad quam inutilis est auctoritas curatoris, ad solemnia juris non adhibetur curator, *l. cum in una*, *§. ult. ff. de appellat.* Et ita liquido hæc res est diluenda, & explicanda. Agamus iterum ea de re. Lex Lætoria (ut Suetonius scribit) vetat

D minorem vigintiquinque annis stipulari, id est, interrogatum, vel interrogatam respondere stipulanti. Et in fœmina quidem minore vigintiquinque annis verum est, eam interrogatam, & promittentem stipulatori, non obligari sine tutoris auctoritate. Ulpianus libro Regularum titulo undecimo: *tutoris auctoritatem necessariam esse mulieribus*, *si se obligent*, *vel si civile negotium gerant*. Idemque indicat *hæc l. 7.* cujus duæ sunt partes. Primæ partis verba hæc sunt: *neque tutoris*, *neque curatoris absentia*. Quæ verba proprie pertinere ad pupillum, qui tutorem, vel curatorem habet, demonstrat ea pars legis relata integrior in *l. 1. sup. de auctor. præst.* ubi adduntur hæc verba: *neque tutoris*, *neque curatoris absentia quicquam stipulationi pro pupillo habitæ nocet*, *& cæt.* Nam quod vulgo additur (*vel adulto*) spurium est, ut probant

E omnes veteres libri, à quibus, & recte, absunt illa verba (*vel adulto*) Ergo prior pars legis pertinet ad pupillum tantum, non ad puberem, sive adultum. Posterioris autem partis verba hæc sunt: *Cum & fœminam minorem viginti quinque annis*, *& cæt.* Quæ verba ex contrario nobis argumentum præstant, ut non possit fœmina minor vigintiquinque annis stipulanti promittere sine tutore suo (ut olim mulier etiam pubes fuit in perpetua tutela) vel hodie sine curatore suo. Cur vero ait *fœminam minorem*? nisi quia marem minorem viginti quinque annis, verum est sine curatore suo ex stipulatu obligari, id est, sine auctoritate curatoris, quem habet, *l. puberes*, *ff. de verb. oblig.* Sed obligato ex stipulatu succurritur, primum decepto in re ipsa, non dolo adversarii, subvenitur

nitur data restitutione in integrum: circumscripto autem dolo adversarii subvenitur lege Lætoria, data præscriptione *l. 7. in fi. de except.* quod etiam innuit inscriptio *d. l. puberes*, quæ est *de præscr.* & ut dicebam nudiustertius, Comœdia Plauti, quæ stipulationi has addit præscriptiones, sive exceptiones: *Ni dolo malo instipulatus sies, nive etiam dum siem quinque, & viginti natus annos.* Neque novum est hac in re distare puberem à pupillo, quem constat non obligari ex stipulatu sine tutoris auctoritate: Nam & in aliis rebus in hac ipsa causa stipulationum plurimum inter se distant, ut in *l. ult. §. 1. ff. de verb. oblig.* Pupillus, qui est in potestate patris, ne auctore quidem patre ex stipulatu obligari potest, quod etiam rescriptum est in *Inst. §. pupillus, in fine, de inutil. stip.* At pubes perinde ac paterfam. ex stipulatu obligari potest, vel adhibito patre, vel non: sicut, vel adhibito curatore, quem habet, vel non, *d. l. puberes*. Et alia etiam differentia notatur in *l. 9. ff. de novat.* Pupillus sine tutoris auctoritate novare obligationem non potest, quod etiam ostendit *lex 20. §. 1. eod. tit.* Pubes novare obligationem potest, quod fit per stipulationem, nec in eam rem exigitur, ut puberi novanti curator auctor adhibeatur. Ergo hæ sunt tres differentiæ in causa stipulationum inter pupillum, & puberem minorem viginti quinque annis. Extra causam stipulationis, ut ostendi in *d. l. puberes*, etiam in aliis quamplurimis inter se distant pupillus, & pubes: ut ecce debitor recte non solvit pupillo, quod ei debet sine tutoris auctoritate: recte solvit puberi, etiam non adhibito curatore, sed adversus solutionem minor potest restitui in integrum: quod si solutio ei fiat adhibito curatore, non solet restitui in integrum, quia recte facta est. Et non potest negari, sine manifesta calumnia, hoc ita proponi in *l. ait prætor, ff. de minor.* Et præterea pupillus debitori suo jusjurandum deferre non potest sine tutoris auctoritate, *l. 17. §. 1. D. de jurejur.* Io pubere autem deferente jusjurandum non exigitur auctoritas curatoris, *l. 9. §. si minor. eod.* Item ex causa fideicommissi pupillus non recte restituit hereditatem sine tutoris auctoritate: puberi ad eam rem non est necessaria curatoris auctoritas, *l. 1. §. fuit, ff. ad Senatusc. Trebell.* Pupillus non potest adire hereditatem sine tutore suo: contra pubes potest sine curatore suo: Nam ad adeundam hereditatem, quod fiebat solemniter, inutilis est auctoritas curatoris, *l. cum in una, §. ult. ff. de appellat.* Item obligatio pupilli, pupillo interpellato non perpetuatur, nisi adsit tutor cum interpellatur pupillus, *l. 24. ff. de verb. oblig.* Præsentia tutoris exigitur in interpellatione pupilli, quæ nunquam exigitur in interpellatione puberis, id est, non exigitur curatoris ejus præsentia. Ac postremo si navem exerceat pupillus, non etiam si pubes, invenio exigi auctoritatem tutoris, non etiam curatoris, *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* Verum supradictæ *legi puberes*, quæ statuit, puberem obligari ex stipulatione interposita sine curatoris auctoritate, quem habet, objicitur *l. 3. sup. de in integ. restit.* qua in re est omnis labor hujus quæstionis. Lex tertia ait, *si curatorem habens minor 25. annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet.* Sententia ergo hæc est, puberem habentem curatorem, vendentem res suas sine curatore suo, nihil agere, nullam venditionem contrahere, quia minor, qui habet curatorem, est similis prodigo, cui prætor bonis interdixit, dato curatore. Videamus, an recte d. lex tertia objiciatur *legi puberes*. *Lex puberes* loquitur de stipulatione: lex tertia non loquitur de stipulatione, sed de venditione, & alienatione rerum minoris 25. annis: Nam etsi lex dicat tantum, *vendidisti*, quid vetat me subintelligere & *tradidisti*, & contractus nomine, contractum impletum intelligere, impletum traditione: illo loco legis tertiæ, quod subaudire licet in jure plusquam mille locis, è quibus vel unum notare putidum est, & in eo argutari sophismaticum. Porro venditio illa, & alienatio, quam fecit minor curatorem habens sine curatore suo, ipso jure nulla est, ut ait *lex 3.* hac ratione, quia rerum administratio non pertinet ad minorem, tametsi dominus sit earum rerum, sed ad curatorem suum. Quam rationem spectasse Imperatorem in *l. 3.* prodigi comparatio demonstrat, cui etiam jus rerum suarum administrandarum non competit. Et consequenter si venditio ipso jure nulla est, nec ex causa venditionis factæ sine curatoris auctoritate minorem obligari, quivis etiam me tacente intelligit: quia nullius contractus nulla potest esse obligatio. Et arbitrari me aliter sensisse, arbitratus est non sani hominis. Cæterum extra rerum suarum administrationem, & alienationem, & negotia civilia juris gentium, quale est negotium emptionis venditionis, ex aliis causis, quæ solemnitatem juris desiderant, ut si masculus minor 25. annis dotem dicat, quod fiebat adhibitis solemnibus juris quibusdam, vel si adeat hereditatem, quod etiam desiderabat solemnitatem juris, vel si creditori stipulanti promittat, quod etiam fiebat solemniter, ita sensi eum obligari per se solum nullo auctore adhibito: quia ad solemnia juris soli tutores adhibentur, quos pubes masculus non habet: curatores vero, quos habet non adhibentur ad ea solemnia, *d. l. cum in una, §. ult. l. curatorem, ff. de auct. tut.* Et quod objicitur, alienare minorem viginti quinque annis videri, si solutam sibi pecuniam à debitore, accipiat: recte, *sine curatore suo*, quia alienat obligationem, accipiendo solutam pecuniam. Hoc est verissimum. Sed quia solutio accipienti est adquisitionis species, quia adquirit dominium ejus rei, vel pecuniæ, quæ solvitur: nil videtur amittere, qui recipit quod sibi debetur, & quatenus id sibi adquirit, quod solvitur ea parte, eaque ratione, solutio tanquam adquisitio spectatur potissimum, & valet ipso jure, etiamsi facta sit non adhibito curatore: cum & Marcus Tullius auctor sit in Topicis mulieri puberi recte solvi pecuniam sine tutoris auctoritate. Eademque ratio est jurisjurandi delati à pubere minore viginti quinque annis, quia jusjurandum solutionis loco cedit, *l. 27. D. de jurejur. l. Stichum, §. naturalis, D. de solut.* (ut ante dixi) ex causa fideicommissi minor restituit hereditatem, sine curatoris auctoritate, ut *l. 1. §. fuit, ad Trebell.* quia (ut & refractarii agnoscunt) restituendo hereditatem ex fideicommisso minor nil alienat de propriis bonis, sed de bonis defuncti. Verum in hoc manifesta calumnia mihi falso imponitur, quod recte solvatur minori, quod recte jurejurando solvat, quod recte restituat hereditatem, quod recte adeat hereditatem sine curatore suo, ex eo me colligere minorem 25. annis obligari sine curatore suo, quod nemini sano ita colligere contigit, aut sobrio, aut sicco, sed manifesto in *d. l. puberes*, hæc protuli in medium, ut inter pupillum, & puberem, quot quantæque differentiæ essent, commonstrarem.

Ad L. VIII. Non moriturum præstari servum, *impossibilis promissio est. Post mortem autem ejus stipulatus, recte solutionem postulat.*

AD leg. octavam notanda sunt, hanc stipulationem, *illum hominem non moriturum, aut non moriturum hominem dari*, non valere, quia impossibilis est, cum neque præstari æstimatio possit. Immortalitas enim est res inæstimabilis. At si quis stipuletur hominem sibi debitum, ex causa furtiva, quem scit esse mortuum, aut post moram defunctum, valet stipulatio, ut in *l. inter, §. pen. ff. de verb. oblig. l. eum, qui §. 1. ff. de jurejur.* Dico debitum, quia sine causa debiti stipulatio non consistit. Ea vero stipulatio hominis mortui valet, & in æstimatione consistit, non in corpore, quod præstari non potest. Et hoc ita etiam à contrario sensu demonstrat *§. 1. Institut. de inutil. stipulat.* quia dum ait, *inutilem esse stipulationem: si quis stipuletur Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat*, ex diverso innuit, *eum, qui sciens stipulatur Stichum sibi debitum, quem scit esse mortuum, non inutiliter stipulari, & Stichi æstimationem peti posse.* Et ita etiam, ut additur in hac lege, *si quis stipuletur Stichum sibi debitum* (nam omnis stipulatio causam exigit) *Stichum*, inquam, *sibi debitum dari cum mortuus erit, valet*, quasi sub alia quavis conditione stipulatione concepta, *ar-*

gum.

gum. *legit* 20. *ff. de verb. obligat.* Et hoc est, quod ait lex octava: *Eum, qui stipulatus est, servum post mortem ejus servi, recte solutionem postulare*. Et delenda omnis glossa Accursii in hunc locum. Ad l. 8. ne quid desideretur, hoc unum addam, hæc verba, *post mortem autem ejus stipulatus*, sic esse interpretanda, ut valeat stipulatio, & possit ex ea peti æstimatio servi, si quis stipulatus sit, Stichum sibi debitum dari, cum is mortuus erit, quasi stipulatione facta sub conditione, *si morietur*, vel *cum morietur*, quod idem est, *l. quodcunque*, *§. pen. ff. de verb. oblig.* Et valere hanc stipulationem, sicut factam sub qualibet alia conditione, *argum. leg.* 20. *de verb. obligat.* probavi. Et hæc est vera interpretatio: Nam hæc verba, *post mortem autem ejus stipulatus*, si ita interpretemur, quod sane verba non refugiunt, ut valeat stipulatio, si stipulet hominem mortuum, quem scio esse mortuum, si hanc potius admittamus interpretationem, quam (ut dixi) etiam verba ferunt non minus, quam illam, nimis multa erunt supplenda, quæ non debuit lex omittere, si hanc mentem habet. Erit nempe subaudiendum, hominem mortuum deberi ex causa furtiva, quia fur non liberat ut morte servi furtivi, *l. ult. ff. de condict. furt.* vel etiam erit subaudiendum ex alia causa debitum hominem fuisse mortuum post moram debitoris, quia mors contingens ante moram liberat debitorem, *l. si ex legati causa, ff. de verb. oblig.* Et hæc ita subaudienda forent, ut ostendit *lex inter, §. pen. ff. eod. & lex eum, qui, §. 1. ff. de jurejur.* quas adduxi ante, & adduxit etiam glossa hoc loco: igitur ne tot verba omisisse lex videatur, ne tot suppleamus, melius est priorem interpretationem, ut simpliciorem, amplecti.

Ad L.IX. Siquidem Zenoni *stipulanti mortis, vel cruciatus corporis territus timore spopondisti: adversus experientem exceptione proposita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur, accusationis institutæ, vel futuræ prætextu, non ob turpem, sed probabilem causam habitâ stipulatione promissio non infirmatur. Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur.*

EX hac l. intelligimus ex stipulatione metu extorta, nasci quidem actionem, sed eam repelli exceptione metus, ut *l. pen. tit. seq. l. 7. sup. de iis, quæ vi, met. caus.* Et metum definit hæc lex, non quemlibet timorem, sed mortis, vel cruciatus corporis timorem, ut in *l. 3. ff. ex quib. caus. major. l. interpositas, sup. de transact. l. si voluntate, sup. de rescind. vendit.* Nec igitur metu extorta videtur stipulatio, quæ quo alio timore extorta est, sed quæ timore tantum mortis, vel cruciatus corporis, quem *magistrianum timorem* vocat Fulgentius Placiades in expositione continentiæ Virgilianæ, *Cajeta*, inquit, *nutrice sepulta*, id est, *magistriani timoris projecta gravedine*. Et alibi, *feriatum diem vitæ post magistrianum timorem*, id est, *mortis*. Non ergo dicimus metum quemlibet timorem, non timorem accusationis institutæ, vel instituendæ: Nam si huius timoris prætextu dicam, me stipulanti promisisse, quod promisi ex honesta, & probabili causa, veluti ex causa creditæ pecuniæ agenti ex stipulatu, nihil obstat exceptio metus, quod hæc lex ostendit, & *lex accusationis, sup. de iis, quæ vi, metus. caus.* Sed si stipulanti promisero ex turpi causa, quod etiam proponit lex nona, puta, ne adversus me criminis accusatio institueretur, hoc casu, qui agit ex stipulatu, repellitur, si quid ei promisero, ne me accusaret, & repellitur, quod turpiter stipulatus sit, quia (ut hæc lex subjicit) de crimine pacisci, ne accusatio instituatur, & pactum deducere in stipulationem turpe est, neque licet, ut *l. transigere, sup. de transact.* Et hoc significat Paulus, 1. *Sentent.* dum ait, *De criminibus propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest*: propter infamiam, id est, quia turpe est. Sed ne fallamur, hoc tantum debet intelligi de criminibus non capitalibus, id est, quorum pœna mors non est. De crimine non capitali pacisci, aut convenire non licet per stipulationem: at de capitali pacisci, & transigere licet, *d. l. transigere*, quia ut Marc. Tullius ait pro Milone, *Omnis est honesta ratio expediendæ salutis*. Ergo qui paciscitur de crimine capitali, cujus extimescit accusationem, non ex turpi causa, sed ex honesta paciscitur, ut vitam suam tueatur. Excipitur tantum adulterium in *d. l. transigere*, quod hodie est capitale, & tamen de eo pacisci non licet. Cur excipiatur adulterium, vera ratio hæc est, quia olim ex lege Julia non fuit capitale crimen, quod omnes fatentur. Ergo hoc verum est. Et ideo olim non licebat pacisci de adulterio, quia non erat capitale: Sed hodie licet adulterii crimen factum sit capitale ex constitutione Constantini, *l. quamvis, inf. ad leg. Jul. de adult.* tamen id etiam effectum non est ulla constitutione abrogato jure veteri, ut liceret pacisci de adulterio. Manet igitur, quod abrogatum non legitur, quamvis per consequentiam videretur abrogandum. Nam nova jura semper restrictius accipiuntur, nec licet ex iis ducere argumenta à consequentibus, vel à majori, aut minori. Et tamen de raptu pacisci licet, *l. pen. sup. quib. ex caus. servi pro pretio libert. conf.* Et hæc est una differentia inter raptum, & adulterium: Nam de adulterio pacisci non licet. Est etiam alia, quod non eadem lege hæc crimina vindicantur, sed adulterium lege Julia de pudicitia: raptus lege Julia de vi. Item, quod adulterii accusatio finitur quinquennio, raptus accusatio sit perpetua, *l. 5. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* At rursus, ab eo, quod diximus, *de crimine non capitali pacisci non licere*, excipitur accusatio falsi, de qua pacisci licet: Nam in *d. l. transigere, articulus citra*, exceptionem facit, ut, ne novum hoc videatur, in *l. un. §. extraneum, sup. de rei uxor. act. Extraneum*, inquit, *dicimus, omnem citra parentem virilis sexus*, id est, *præter parentem*. Et ita Latini, & Græci interpretes omnes semper illa verba habuerunt pro exceptione, quod docet etiam *Observat.* 6. Et ratio exceptionis non potest pendere ex alia causa, quam ex ipsa lege Cornelia de falsis, quæ de accusatione falsi transactionem nominatim permiserit, ut permisit nominatim lex Cornelia de injuriis, transactionem de injuriis, & de falsis, quia plerunque accusatio falsi pertinet ad pecuniariam causam, sive privatam, & nominatim etiam approbatur transactio de falso, *l. 7. & l. pen. in fine, inf. ad leg. Cornel. de fals. l. 2. sup. de iis, quibus ut indig.* quas tamen leges non desunt, qui vitilitigent, sed eorum ego ineptos sermones sino pertransire. Non desunt etiam spurciores, qui pervertant, & loco permutent verba legis *transigere*, eamque conturbent totam, quos anguilla nostra satis coercuit.

Ad L.X. Omnes stipulationes, *etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositæ sunt, vel legibus cognitæ, suam habeant firmitatem.*

LEx decima est de verbis, quibus concipitur stipulatio, de verbis promissivis, ut loquuntur Grammatici, de quibus satis diximus in *l. 1.* nec quod alibi docuimus pluribus refellemus hoc loco, id est, quod scripserunt quidam ea verba esse *symbola*, sive signa stipulationis, quod refutavi initio *tit. de verb. obligat.* Et vero manus potius est symbolum stipulationis: Nam promittere integra oratione, est promittere manu fidei teste, ut Lucanus ait:

Elatasque alte quæcunque ad bella vocaret,
Promisere manus

Ita Festus: *Mancipem, quidquid à populo emit, vel conducit, manu sublata declarare, se emptiones, vel conductionis auctorem esse*. Et in sacris literis, *lavare manus, & efferre*, est jurare, & promittere, ut semper Jonathas Chaldæus exponit *Exod. 6. & Numerorum* 24. Imo & apud Orphæum in Argonaut.

Ὅρκια δεξιαὶ τοτε συνθήσαντο δι᾽ χερσὶν,

Alias elatio manus, aut digitorum aliquot, est symbolum, sive signum indicti silentii, ut in *Act. Apost. ad fin. cap. 21.* D. Paulus verba facturus ad Populum ait, κατα-

σεισα

σιγὴν τῇ χειρὶ τῷ λαῷ manu populo indixit silentium. Et ita Dio in Adriano: *ὁ κῆρυξ ἀνατείνας τὴν χεῖρα, ἢ ἐξ αὐτῆς, κἀντεῦθεν σιωπήσας, ὥσπερ εἰώθασι ποιεῖν. Preco,* inquit, *erigens manum, & ita imperans silentium, ut solent facere*, & hoc duobus digitis, indice, & medio erectis, cæteris supinis. Et signum, quo utuntur Episcopi, hoc modo, non est benedictionis, sed indictionis silentii, quam facit concionaturus, Fulgentius in expositione continentiæ Virgilianæ: *Compositum*, inquit, *in dicendi modum erectis in ὄρθα duobus digitis, pollice compresso, ita verba exorsus est.*

Ad L. XI. Scrupulosam veterum *inquisitionem, utrum,* post mortem, *an* cum moreretur, *vel* pridie quam moreretur, *stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati, vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quæ vel quocunque contractu, vel stipulati, vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi* post mortem, *vel* pridie quam moreretur, *scripta esse noscuntur, nihilominus pro tenore contractus, vel testamenti valere præcipimus.*

HÆc lex undecima tollit veterem differentiam juris veteris inter pactionem, vel stipulationem ita conceptam (*cum morieris dari, vel cum moriar dari*) quæ valebat, *l. 45. §. 1. & pen. ff. de verbor. oblig.* & stipulationem conceptam hoc modo (*post mortem meam, vel tuam dari, vel pridie quam moriar dari, vel pridie quam morieris dari*) quæ non valebat. Et hæc erat differentia inter has formulas stipulationum, eademque differentia erat in legatis, & fideicommissis: Nam legatum relictum, *cum morietur heres, vel cum morietur legatarius*, valebat, *l. 1. §. dies, l. heres meus, de cond. & demonst. l. 4. ff. quando dies leg. ced.* Legatum autem relictum post mortem heredis, vel legatarii, aut pridie quam moreretur heres, vel legatarius, non valebat, & fideicommissum tamen valebat relictum post mortem, ut scribit Ulpianus *libro regularum tit. de fideicommiss.* & probat *lex si fuerit, ff. de legat. 3. & l. 1. §. si emancipato, ff. de collat. bon.* Et hujus differentiæ veteris rectissime Theophilus noster (qui nobis debet esse gravissimus auctor) in *§. post mortem, Institut. de legat.* docet rationem pendere ex regula Juris veteris, quæ vetabat incipere obligationem ab herede, vel contra heredem, quæ non cœpisset à defuncto, vel contra defunctum, *l. dubium C. Theod. de divers. rescript. l. nam sicut, §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Ideo enim valet stipulatio ita concepta (*cum moriar, vel cum morieris*) quæ confertur non in tempus mortis, sed in tempus morientis, quæ sunt diversa tempora: hæc, inquam, stipulatio valet, quia momentum moriendi vitæ potius damus, quam morti, nec sequimur Platonem, qui neque vitæ, neque morti id tempus dedit, ut Gellius docet lib. 6. *cap.* 16. Videtur ergo in tempus moriendi illa stipulatio (*cum moriar*) esse concepta, manente adhuc vita, atque ita videtur cœpisse à defuncto, vel contra defunctum. At stipulationem conceptam hoc modo (*post mortem dari*) manifestum est, non cœpisse, dum vixit, à persona defuncti. Et eadem est ratio stipulationis conceptæ hoc modo (*pridie quam moriar*) quia & hæc in tempus, quo mortuus ero, collata videtur, quia antequam dies mortis venerit, scire non possumus, quis dies pridie mortis fuerit. Et ita apparet, illam differentiam pendere ex illa regula, & principio juris. Nec (ut facit Accursius) ab illa regula excipienda est stipulatio conditionalis, vel in diem, mortuo promissore ante conditionem, vel diem, quæ transmittitur in heredem: Nam hæ stipulationes dicuntur ex præsenti vires accipere, & suspendi tantum petitionem earum, *l. usufructus, ff. de stipul. serv.* Ergo vires acceperunt vivo eo, qui stipulatus est active, vel passive, vires acceperunt in personam stipulatoris, vel promissoris. Et fateor, posse quidem pleniorem obligationem heredi, vel in heredem competere, ut scilicet in plus teneatur heres, quam defunctus, *ut in l. si per imprudentiam, §. non mirum, & l. qui à pupillo, ff. de evict. l. 25. ff. de re jud.* pleniorem transire, inquam, sed non, quæ non cœperit à defuncto, secundum jus vetus. At Justinianus in *h. l.* 11. tollit illam veterem differentiam inter formulas stipulationum, & inter legata, constituens, & legatum post mortem relictum, & pactionem, sive stipulationem collatam in tempus mortis valere: & tamen Justinianus sublata hac differentia, non sustulit veterem illam regulam juris, ex qua pendebat ratio illius differentiæ, quæ tamen videtur tolli per consequentiam. Sed nonquam dicimus jure quicquam mutari per consequentiam, nisi directo expressum sit, ut de adulterii exemplo probavi in *l.* 9. Igitur post hanc legem, biennio post, ut subscriptiones docent, quod erat consequens, id etiam sustulit Justin. id est, veterem illam regulam in *l. 1. sup. ut action. ab hered. vel cont. hered. incip.* & posuit contrariam regulam superiori, nimirum, ut ab herede incipiat obligatio, quæ non competiit defuncto. Sed ex *h. l.* hoc non potest constitui, nisi dialectice, non legitime.

Ad L. XII. Magnam legum veterum *obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbebat, amputantes, sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit, & adiecerit, quod si statuto tempore minime se posse debitor ad evitandum pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

LEX duodecima est de committenda stipulatione pœnali, & hanc continet speciem. Stipulanti promisi me certa die, *puta Calend. Martiis, daturum, aut facturum aliquid*, subdita stipulatione pœnali certæ summæ, si ea die non darem, aut facerem, quod promisi: idque promisi, vel stipulanti sibiipsi, vel alteri dari, aut fieri, & pœnam sibi, si alteri non darem, aut facerem, quod recte fit, quia pœna committi potest etiam ei, cujus nil interest, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. obligat, l. cum pœna, ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et in hac *l.* 12. (quod notandum) omnino est legendum ex fide antiquorum, & meliorum librorum (*si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipulatori, alius, quem stipulator voluit promiserit*) vulgo legitur, *stipuletur, vel quæ stipul. vol. & stipuletur* accipitur passive, *ut glossa notat.* Sed si legatur, *stipuletur*, & ut necesse est, *stipuletur*, accipiatur passive, frustra subiicit, *promiserit*. Item cum dixerit, *facturum se aliquid, vel daturum*, quibus verbis omnia, quæ in stipulationem deduci possunt, comprehenduntur: Ideoque in definitione stipulationis tantum hæc duo notantur, *daturum, facturumve*, quæ est in *l. 5. ff. de verb. oblig.* Cum igitur ante dixerit, *facturum esse aliquid, vel daturum* (quæ verba omnia continent, quæ venire possunt in stipulationem) frustra subiicit, ut vulgo legitur, *vel quæ stipulator voluit:* nam quæ alia possunt esse præter dationem, & factionem? Itaque restituamus, & retineamus veterem lectionem, quam etiam Haloander retinuit ex parte, qui pro (*stipuletur*) recte legit ita (*stipulatori*) Sed sequentia etiam ita restituantur (*vel alii, quem stipulator voluit promiserit*) At in proposita specie, si ad diem dictam non dedero, vel fecero, quod promisi, quæritur an stipulatio pœnalis, an pœna committatur, etiam me non interpellato, non convento, ut darem, vel facerem, non admonito, non denuntiato. Quidam exigebant interpellationem, ex quibus videtur fuisse Labeo, quia & Labeo non exstante debitore, qui interpellare possit, exigit contestationem, *l. 2. & ult. ff. de naut. fœn.* Exstante igitur debitore videtur exegisse interpellationem debitoris, etiam obligati ad diem certam. Sabiniani, qui sunt longe diversæ sectæ à Labeone (ex quibus est Africanus in *l. trajectitiæ, ff. de oblig. & act.*) in hac specie non exigunt interpellationem, & secundum eos Justinianus pronuntiat in *h. l.* ut scilicet etiam omissa interpellatione credito-

ris stipulatio pœnalis statim, atque exiit dies dicta solutioni committatur. Et placet ratio legis, quia debitor diem promissi, diem, in quem promisit, memoria tenere debet, nec exspectare, ut eam sibi creditor reducat in memoriam. Et eleganter Græci interpretes apud Harmenop. *lib. 3. tit. 3.* ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτὸν ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει, id est, *qui debet ad diem, seipsum admonere, & interpellare debet, nec indiget alio interpellatore*, & ut eleganter ait *l. quoties, §. sicut, ff. de administrat. tutor.* de tutore, quod & de quocunque alio dici potest, unumquemque sibi verum, & debitum denuntiare debere, nec indigere monitore in iis, quorum conscientia eum sua satis admonet. Et hæc est sententia hujus legis. Neque vero quod dicat lex, *die præterito, statim pœnam committi absque interpellatione*, id est, non interpellato promissore, ex eo necessario sequitur, & ex ea die moram fieri, quia pœna non ex mora venit, sed ex obligatione. Verum ratio hujus legis demonstrat, & moram facere eum, qui ad diem dictam non solvit, etiamsi interpellatus non sit, quia ipse seipsum debuit interpellare, & in memoriam redigere, quam in diem promiserit, quia dies ipsa, quæ condicta est promissio, satis eum interpellat. Idem etiam ostendit *l. 9. in fine, ff. de usur.* quæ nominatim, *moram*, ait, *fieri ex die solo, sed inculpatam esse, si debitor non habuit cui offerret pecuniam*, quod sup. explicavi. Idem etiam ostendit *l. quod te, ff. de reb. credit.* quæ ait, *debitorem stare*, quod est, *debitorem facere moram, si justa causa fuerit, propter quam intelligere debuerit ipsemet se dare oportere*. Justa autem causa est dies promissorum, quem adesse, aut præteriisse non ignorat. Ergo moram facit ex eo die, cujus non est immemor, aut esse non debet, etsi non appelletur, non conveniatur. Ex quo etiam sequitur (si nolumus cavillari, quod Jurisconsulto est indignissimum, debet .n. esse amantissimus veri) verissimum esse id, quod vulgo dicitur, Diem certam, & condictam interpellare pro creditore, quod est, aliam interpellationem non esse necessariam. Et hoc ego verissimum esse puto, non tantum si obligationi principali, quæ est ad diem, sit subjecta stipulatio pœnalis, ut in specie hujus legis, & *d. l. trajectitiæ, & l. ad diem, ff. de verb. oblig.* sed etiamsi pœnalis stipulatio subjecta non sit, ut in *l. 4. §. ult. ff. de lege comm.* si convenerit inter emptorem, & venditorem, ut ad diem pretio non soluto res fiat inempta, & resolvatur venditio, nulla subdita stipulatione certæ pœnæ, plane res fiet inempta, si sua die emptori non obtulerit pretium ultro, etiam non interpellatus. Et in *l. 9. §. 1. ff. de usur.* sorte non soluta ad diem, stipulatio usurarum (quam eadem lex facit diversam à stipulatione pœnæ usuras separans à pœna) ea, inquam, stipulatio usurarum committitur sorte non soluta ad diem, etiamsi debitor interpellatus, & conventus non fuerit: sed excusatur, ut subjicit, & mora ejus inculpata est, si mortuo creditore, & sorte nondum adita ejus hereditate, debitor non habuit, cui sortem offerret ad diem dictam, aut statim post diem dictam: Nam & diem omnem præteriisse oportet, ante quam debeatur, quod ad diem promissum est. Et eadem est excusatio in *d. l. 4. §. ult. & l. ult. ff. de leg. commiss. & l. pen. ff. de naut. fœn.* Illud idem probat etiam *lex 2. sup. de jure emphyt.* in cujus specie nulla proponitur interposita fuisse stipulatio pœnalis, sed ex solo triennii lapsu, si tanto tempore emphyteuta cessaverit domino solvere debitam pensionem, sive canonem, aut emphyteuma solvere cessaverit domino, lex ait, statim emphyteutam etiam non interpellatum cadere jure emphyteuseos. Lex illa est Justiniani, & in ea idem Justin. facit mentionem hujus legis, utpote prioris, qua ait se generaliter constituisse, *ut opus non sit interpellare debitores obligatos ad diem certum.* Quod si generalis hæc lex est, ut ait in *d. l. 2.* si generalis ratio hujus legis, ut apparet, quia dies satis interpellat, quia ipse se debitor diei non immemor interpellare debet, & sibi denuntiare bonum, & æquum, nec exspectare, ut ab alio, vel à creditore sui officii commonea-

A tur, consequens est, non debere hanc legem coangustari ad eam speciem solam, quæ in hac lege proponitur, si ad diem debita pecunia, vel re non soluta, aut non perfecta, pœna promissa sit, sed etiam ad similem speciem, si quid aliud vice pœnæ pecunia non soluta convenerit, puta, ut præstarentur usuræ ex eo die, quo soluta non esset pecunia, vel ut resolveretur venditio, & emphyteusis, vel quis alius contractus, vel iis omissis, quod ipso jure ita se habet ex regula juris, *l. si servum, ff. de verb. obligat.* ut perpetuaretur obligatio, re, aut pecunia debita extincta post diem: & ita, ut non liberetur debitor: re perempta post diem dictam, quia perempta est post moram. Et quod dicitur in multis locis, moram non fieri, nisi interpellato debitore, *l. mora, ff. de usur. l. si ex legati causa, ff. de verb. oblig.* & aliis similibus, recte

B docent fere omnes non pertinere ad obligationes, quæ diem habent certam, quia in eis dies pro interpellatore est. Quod item *l. cum filiusfamil. §. ult. de verb. oblig.* ponit, interpellatum fuisse eum, qui in diem promisit, movere nos nullo modo debet: Nam & idem ponit *d. lex trajectitiæ*, interpellatum fuisse eum, qui promiserat ad diem, quæ tamen docet non esse necessariam interpellationem debitore obligato ad diem certam. Et in ea sententia omnino perstandum mihi videtur. Verum ad hæc notandum, vulgo ex hac lege doctores colligere, quod etiam glossa Accursii potissimum tractat, moram ex die contractam non emendari, non purgari debitore post diem offerente pecuniam debitam, nec per eam oblationem pœnam semel commissam resolvi, aut restringi, quod etiam verissimum est, ut probat evidenter

C *d. lex trajectitiæ*, in qua hac de re tractavi fusius, persequens omnes leges Africani, nec id reponam hoc loco, quod longius, quam unius horæ spatium requirit, quoniam, etsi verum illud sit, quod colligunt, & statuunt doctores, tamen perperam illud colligunt ex hac lege. Ratio est evidens, quia lex non dicit, nihil debitori prodesse ad evitandam pœnam, si post diem offerat pecuniam, sed nihil ei prodesse ad evitandam pœnam, si dicat se interpellatum non fuisse. Denique hoc tantum vult hæc lex, ex die solo, in quem promiserat debitor, cum is dies præterit, pœnalem stipulationem committi absque interpellatione. Si quæras, an stipulatio resolvatur post diem oblata pecunia: alia est quæstio, quam quæ proponatur, & definiatur in hac lege.

D **Ad L. XIII.** Veteris juris altercationes *decidentes generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando, & faciendo inveniatur, & ad heredes, & contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes, & adversus eos transmittatur? Et sic æstimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptæ, cum nihilominus & heredes factum possint adimplere: illa subtili, & supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, cum pene similis omnium hominum natura est, non etiam facta, omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint: ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?*

E STipulationum aliæ consistunt in dando; veluti *fundum dari, decem dari*: aliæ in faciendo, *veluti domum ædificari*: aliæ mixtæ sunt, quæ partim in dando, partim in faciendo consistunt, veluti *actus, sive administrationis rationes reddi*, quæ & in dandis reliquis consistit: nec enim reddit rationes, nisi qui & reliqua, si qua sunt, reddit: & consistit etiam in offerendo libro rationum, & in rationibus ipsis examinandis, computandis, & dispungendis, quod nudi facti est, quo scilicet jus transfertur in eum, cui rationes redduntur: datio reliquorum jus transfert, id est, dominium in accipientem, *l. cum servus, ff. de condit. & demonstrat.* quam etiam Accursius hoc loco citat. Sed adde *leg. 6. §. ult. D. de statulib.*

tuliber. Hæc autem est vetus differentia inter eas stipulationes, quæ in dando, & eas, quæ in faciendo consistunt, quod, quæ in dando consistunt, ad heredes, & contra heredes transferantur, quia in eis jus vertitur, id est, dominium, cujus adquirendi commodum, vel amittendi incommodum sequitur heredem, si defunctus, vel stipulatus sit sibi dari, vel promiserit se daturum rem, aut pecuniam certam, neque interest heredum facta sit mentio, nec ne, ut ait hæc lex rectissime, quia plerunque tacito intellectu non tantum nobismetipsis cavemus, sed etiam heredibus nostris, etiamsi eorum mentionem non fecerimus, *l. si pactum 9. ff. de probat.* & non tantum cautionibus nos obstringimus, sed etiam heredes nostros, etiamsi eorum mentionem non fecerimus. Denique nullæ cautiones dandi sunt personales, quæ scilicet cohæreant personis contrahentium, nisi id nominatim a..d..n sit, sed omnes cautiones dandi sunt in rem, & generales. At stipulationes, quæ in faciendo consistunt, personales sunt, id est, neque ad heredes, neque adversus heredes transmittuntur, secundum veterem differentiam stipulationum dandi, & faciendi: ut si quid defunctus promiserit *se facturum*, id heres ejus facere non tenetur, vel si quid defunctus stipulatus sit *sibi facere licere*, idem heredi ejus facere non licet, vel si quid *fieri sibi* stipulatus sit, veluti se literas edoceri, id heres ejus, ut sibi fiat, postulare non potest, quia (ut eleganter ait *lex 6. §. ult. ff. de statuliber.*) facta cohærent personis, quibus adscribuntur, ita scilicet, ut vel ea faciant, atque compleant, vel patiantur: Nam & pati sinere, non prohibere, non facere, facere est. Et ut dicunt Stoici (privatio actionis est actio) Qua ratione, quod filiusfamilias *sibi dari* stipulatur, transit in patrem, quia stipulatur quod juris est. Quod autem stipulatur *sibi fieri*, vel *sibi facere licere*, non transit in patrem, non adquiritur patri, ut docui in *l. 2. h. tit.* Item conditio testamento imposita statulibero, *si heredi decem dederit*, ex duodecim tabulis transit in emptorem, cui heres statuliberum vendidit, ut Ulpianus scribit libro *Regular. tit. 2.* quod porrigitur etiam ad heredem legitimum, qui heredi scripto hereditatem evicit, & ad quemcumque novum dominum statuliberi, licet lex duodecim tab. de emptore tantum locuta sit. Et hoc ostendit in *l. 6. §. non solum*, *l. statuliberi à cæteris*, *ff. de statuliber.* At hæc conditio si sit imposita statulibero, *si filium heredem meum literas edocuerit*, non transit in emptorem, sed cohæret personæ filii, *ut d. l. 6. §. ult.* Mixta autem conditio, veluti *si heredi meo rationes reddiderit*, scinditur, seu dividitur, & quæ pars in dando consistit, id est, in reliquis dandis, transit in emptorem statuliberi: quæ in faciendo, puta in excutiendis, & percensendis rationibus consistit, non transit, *d. l. 6. §. ult.* Et hæc differentia quidem inter ea, quæ sunt juris, id est, quæ in dando consistunt, & ea, quæ sunt facti, etiam hodie manet, & perseverat, cum quæritur, an ea transeant ad patrem, quæ filiusfamilias stipulatus est, vel cum quæritur, an quæ adscripta sunt, & injuncta sub conditione statulibero, transeant ad emptorem. Sed cum quæritur, an quæ quis stipulatus est, vel promisit, transeant ad heredem, vel contra, illa vetus differentia inter ea, quæ sunt juris, & ea, quæ sunt facti in *hac l.* à Justiniano sublata est, qua constituit, non tantum stipulationem, quæ in dando consistit, sed etiam eam, quæ consistit in faciendo, transire ad heredes, & contra, & mixtam stipulationem igitur non scindi, ut partim transeat, partim non transeat in heredes, sed transire totam. Ergo ut exemplis res planior fiat, si quid defunctus promiserit *se facturum*, puta, se stipulantem instructurum peritia literarum, id heres ejus, si possit, præstare debet, id est, docere literas stipulatorem, sive id melius sit facturus, quam defunctus, sive non ea sedulitate, eo ingenio, ea arte, & methodo, qua defunctus fecisset. Item si stipulatus sit defunctus, *se institui, & imbui literis*, heres ejus si literarum studio teneatur, recte postulabit eis se literis institui, quibus se institui à promissore cavit defunctus. Et utitur Justinianus hac ratione, quia licet inter homines sit differentia ingeniorum, & doctrinarum, tamen pene similis est omnium hominum natura: ita ut quod unus potest facere, vel suscipere, id etiam alter, quamvis non adamussim, tamen (ut ait) vel magis, vel paulominus facere possit. Veteris differentiæ auctores rem exigebant adamussim, quo modo est impossibile, quod facit unus, quodve uni injunctum est, ut faceret, ut faciat alter ad eundem modum, & eandem subtilitatem, qua faceret is, cujus opera electa est. Sed Justinianus non vult rem examussim, & scrupulosius, id est, ἀκριβέστερον æstimari, sed satis esse, si heredi fiat, vel si heres faciat qualiter qualiter, quod ut fieret sibi, vel ut ipse faceret defunctus cavit. Et hoc utique procedit in factis, quæ heredes utcumque adimpleri possunt: Nam si faber promiserit *se suis operis, suis manibus domum ædificaturum*, non suis sumptibus: nam si suis sumptibus, proculdubio stipulatio transit in heredem ejus, *l. un. §. ne autem, sup. de cad. tollend.* Sed si suis manibus faber promiserit se domum ædificaturum, stipulatio non transit ad heredem artis fabricæ imperitum. Item si Grammaticus defuncto promiserit docere Grammaticam, hæc stipulatio non transit ad heredem rusticum, ineptum, incapacem literarum. Et ita hæc lex intelligenda est. Accursius in hanc legem adducit *leg. centesimis, §. 1. ff. de verb. oblig.* quæ potius pertinet, & propius ad quæstionem legis *ult. h. tit.* ut ibi explicabitur. Item adducit *legem si non sortem, §. liber, D. de condict. indeb. & l. inter artifices, D. de solut.* quæ nihil pertinet ad propositam quæstionem, *an stipulatio, quæ in faciendo consistit, transmittatur ad heredes*. Sed hoc tantum ex eis intelligitur, inter artifices plerunque esse longam differentiam ingenii, & naturæ, & artis, & institutionis, id est, methodi, & ut est in Proverb. πόῤῥω τὰ Φρυγῶν καὶ τῶν Μυσῶν διαφέρει. Et ideo licet fidejussor, vel alius, quod quis se daturum promisit, dando pro eo liberet promissorem, etiam invitum, & ignorantem, *l. solvendo, D. de solut.* si tamen quis se facturum aliquid promiserit, veluti *navem fabricaturum suis operis*, eam alius fabricando, vel fidejussor, vel extraneus, non liberat promissorem, quia aliud pro alio solvi videtur, quod non fit recte invito creditore, quia alia est fabrica hujus fabri, & alia illius, nec est idem factum, non eadem opera, in specie scilicet: nam in genere est eadem, nempe fabricatio navis. Et inde alia differentia, ut fidejussor dandi possit esse in mora: fidejussor faciendi non item, *l. si libertus moram, D. de oper. libert.* quia fidejussor faciendi, id est, qui pro eo intercessit, qui se aliquid facturum promisit, non tenetur ad faciendum, & faciendo nil agit, sed tenetur tantum ad id, quod interest, si promissor non faciat, *l. stipulatus est, D. de fidejussor.* Et possunt addi multæ aliæ differentiæ inter obligationem dandi, & faciendi, veluti, ut mihi uni ex heredibus meis dari inutiliter stipuler, quia dari nihilominus oportebit omnibus heredibus, contra quam si stipuler mihi, & uni ex heredibus meis fieri, quoniam ei soli fieri poterit, *l. continuus, §. ult. D. de verb. oblig.* Item quod obligationes dandi sunt dividuæ, obligationes faciendi individuæ, & quod obligationes dandi perpetuentur post moram, obligationes faciendi non perpetuentur, sed in locum earum succedat obligatio in id, quod interest, ut *l. stipulationes non dividuntur, l. si fundum, D. de verb. obl. l. si quis ab alio, §. ult. D. de re judic.* Sed hæ differentiæ nihil habent commune cum illa veteri differentia inter obligationem dandi, & faciendi, quam Just. abrogat in *h. l.* Nihil etiam ad quæstionem propositam pertinet *lex nemo, D. de duobus reis*, quam hic adducit Accurs. cujus sententia, ut intelligatur, sciendum est, eam legem esse ex libro Juliani 22. ff. quo libro tractatur *de operis officialibus*, id est, quas liberti, officii ergo, patronis suis debent, & eas contulit cum aliis operis non officialibus, sed frabrilibus forte, aut pictoriis. Et cum dixisset, officiales operas non alii promitti debere, aut solvi posse, quam patrono, quod est verissimum in

l. tt. 12. ff. de operis liber. l. si patroni, D. ad Senat. Trebel. adjecit Julianus, quod est in *d.l.nemo*, alias operas, quam officiales scilicet, neminem ignorare promitti cuilibet posse: Nam in ea lege dixit (alienas) pro (alias) ut in *l.3. ff. de vindic. aliena capita*, id est, *alia*, & veteres, *ut alienus*, pro *alius*, ita dubienus pro dubius, socienus pro socius. Et ita necessario in illo loco, *alienas*, id est, *alias*, quam officiales, quia constat alienas, id est, non suas operas promitti inutiliter, quia de se quisque promittere debet, non de alio. Et hoc est, quod dicitur *alieni facti*, puta, *alienarum operarum nullam promissionem esse, l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. l. sicuti, ff. de fidejuss.* Ergo sententia *l.nemo* hæc est, *alias operas, quam officiales, puta fabriles, recte promitti*, & consequenter huic obligationi fidejussorem adhiberi recte, qui promittat quanti interest, & ex hac causa etiam duos reos promittendi constitui posse, ut si duo fabri ejusdem peritiæ easdem operas promittant, vel duos reos stipulandi, ut si ab uno fabro duo stipulentur fabriles operas, quod exemplum legis plane ostendit, in ea agi de aliis, quam de officialibus operis, quæ solis patronis debentur.

Ad L.XIV. Optimam quæstionem, *& frequenter in judiciis versatam, satis humanum est saltem in præsenti dirimere, ne diutius nostram remp. molestare concedatur. In multis etenim contractibus, & maxime in fœneratitiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari: sed quidam indevotione tenti, ex hoc materiam altercationis acceperunt, & alii quidem, non esse servum adhibitum contendebant: alii vero non ejus servum esse, ad quem pertinere scriptura protestabatur. Et si non per servum, sed inter præsentes celebratam esse rem fuerat scriptum, & hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse præsentes. Cum itaque satis utile est in contractibus & servos adhiberi, & præsentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas, vel mulieres (quas naturalis pudor, non omnibus perperam sese manifestare concedit) sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas: & sive adscriptus fuerit servus, & ad quandam personam dicitur pertinere, credi omnimodo, & servum adfuisse, & fecisse stipulationem, & eam esse scripto domino adquisitam: & non dubitari, si servus ipse præsto fuerit, vel ejus dominus, pro quo scriptus est, fecisse stipulationem. Et si inter præsentes partes res acta esse dicitur, & hoc esse credendum: si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is, qui dicit sese, vel adversarium abfuisse, ac manifestissimis probationibus, & melius quidem, si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos, & omni exceptione majores, ostenderit sese, vel adversarium suum, ea die civitate abfuisse, sed hujusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.*

HAnc legem Justinianus in *§. item verborum, Institut. de inutil. stipul.* ait, se scripsisse ad Cæsarienses Advocatos, id est, qui erant in Cæsarea metropoli Cappadociæ omnium celeberrima earum, quæ sunt ejusdem nominis, ut Cæsarea Palestinæ, Phœniciæ, Mauritaniæ: iis præcellit omnibus, aut præcellebat Cæsarea Cappadociæ, de qua Novella 30. Et licet in eo §. dicat se hanc legem scripsisse ad Cæsarienses advocatos, id est, ad interrogata eorum, ad consultationes, tamen eam non ad eos mittit, ut hujus legis inscriptio demonstrat, sed ad Joannem præfectum prætorio Orientis, & Illyrici. Et itaquam legem in *Instit. tit. quibus alienare licet, vel non*, Justinianus dicit, se promulgasse ad Cæsarienses advocatos, eam dirigit ad eundem Joannem, *l. sancimus t. sup. de administrat. tut.* ac similiter *l. ult. sup. de pact. & l. si major, sup. de legit. hered.* quas se fecisse dicit interrogatum à Cæsariana advocatione, id est, ab iisdem advocatis eas mittit ad eundem præfectum prætorio. Mittit etiam ad eundem responsa, quæ facit Palestinis, & Illyricianis advocatis, id est corpori advocatorum, in *l. pen. inf. de fidejussor. l. ult. sup. de verbor. signific. l. ult. sup. unde vi, l. ult. sup. de advoc. divers. jud.* Ex quo apparet Joannem non Orientis tantum, sed etiam Illyrici prætorio præfectum fuisse, cum & responsa ad Illyricianam advocationem, ad eum dirigantur. Responsa autem, quæ fiunt advocatis Alexandrinæ civitatis, convenienter etiam mittuntur ad proprium magistratum, & majorem in Ægypto, cujus civitas est Alexandria, nempe ad Ducem Ægypti, & præfectum Augustalem: sic est restituenda inscriptio *l. petiones, sup. de advocat. divers. judic.* quæ a. fiunt advocatis Syriæ secundæ, quæ mitti potuerunt etiam ad Joannem, dum fuit præfectus prætorio Orientis, quoniam utraq; Syria est in Oriente, mittitur tamen ad Sergium præfectum prætorio, qui tunc erat Orientis. Et sic restituenda est inscriptio *l. petitiones, sup. de adv. div. jud.* Et ex his apparet, Principes leges mittere ad summos magistratus, quib. respondent quæstionib. postulationibus, interrogationibus, consultationibus advocatorum, ut per eos magistratus innotescant Advocatis, & universæ ditioni suæ. Quod qui non observant, dubitant, an sit vera inscriptio hujus leg. *& d. l. sancim.* & similium quoque de inscriptione dubitatur, sed absque causa dubitandi, cum non sit inconveniens, ut qua de re principem advocatos rogavit, de eo responsum Princeps remittat ad summum ejus diœceseos magistratum, non ad advocatos, quanquam, & non improprie ad eos scribi dicatur, quod alii rescribitur ad illorum interrogata. Nunc de sententia hujus l. tractemus, quemadmodum si inter præsentes scriptum sit instrumento cautionis promisisse aliquem, non quæritur, an rite sit concepta stipulatio, sed sive rite fuerit concepta, sive non, omnia præsumuntur rite, & solemniter acta, ut diximus in *l. 1. h. t.* Ita ex hac l. intelligimus, si instrumento cautionis etiam privato scriptum sit, *servum L. Titii intervenisse, & stipulatum fuisse domino suo*, si scriptum sit rem gestam fuisse inter præsentes, non est quærendum, an res ita se habeat, an is servus intervenerit, quem intervenisse scriptum est, an servus sit L. Tit. an res gesta sit inter præsentes: hoc non est quærendum, sed omissis his quæstionibus fides habenda est instrumento, licet revera is servus L. Titii non fuerit, aut revera non fuerit res gesta inter præsentes, quod mirum videtur, ut stetur falsæ scripturæ potius, quam veritati, & quod de veritate non possit inquiri contra scripturam. Sed constitutio nititur optima ratione: *quia pleriq; sunt, qui nolunt nomina sua instrumentis inscribi*, licet revera ipsi sint, qui præsentes contrahunt, maxime honestiores viri, id est, dignitate celsiores, & fœminæ, & absque dolo malo, absque consilio ullo fraudi curant inscribi nomina servorum suorum, vel alienorum tanquam suorum, *l. pupill. §. sane si quidem, ff. de auctor. tut.* Et Justinianus in edicto 7. *Ingenuos homines, & honestiores plerunque nolle contractus suos publicari, τὰ ἑαυτῶν δημοσιεύεσθαι συναλλάγματα.* Seneca 2. de benefic. *Quidam*, inquit, *nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios*, id est, *mediatores, nec signatores advocari, nec chirographum dare. Alii quidam instrumentis patiuntur quidem inscribi, se fuisse præsentes, & præsentes tamen in contrahendo esse nolunt, sed rem agunt per servos suos. Alii, scilicet honestiores viri, & matronæ potissimum, quæ in publicum prodire erubescunt, quas*, inquit, *naturalis pudor in omnibus perperam sese manifestare concedit*: ubi *perperam*, id est, temere, aut petulanter, ut in glossis antiquis, perperus est προπετής; & perperam ago, προπετεύομαι. Et ad hoc, quod ait *de pudicitia, & verecundia matronarum*, pertinet etiam *lex 1. sup. de offic. divers. jud. & lex maritus, sup. de procurator. l. ult. sup. de recept. arbit. l. 2. sup. de iis, qui ven. ætat. impetrav.* quod sit earum proprium se domo continere. Unde & à D. Paulo vocantur οἰκουροὺς. Unde & illud Symbolum *οἰκουρίας Venus testudinem calcans.* Quia igitur hæc plerunque falso inscribuntur instrumentis, cogente pudore, & verecundia contrahentium, absque dolo malo fiunt impune, sicut cum quis falsum nomen assumit absque dolo malo, *l. 1. inf. de mutat. nom.* Falsum, quod scribitur sine dolo malo non est crimen: imo

quæ ita inferuntur instrumentis, sine alia fraude, præsumontur esse vera, nec io dubium revocari possunt. Unnm tantum exigit Justinianus in *h.l.* cum scriptum instrumento est, præsentes fuisse contrahentes, ut fides instrumenti in dubium non vocetur: exigit, *ut qua die, quaque civitate instrumentum est conscriptum, in ea præsentes fuerint*, licet quo loco scriptum est instrumentum, præsentes non fuerint: Nam si manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes omni exceptione majores, doceat quis se, vel adversarium ea die, ea civitate absuisse, & peregre profectum in aliam civitatem, tum non præsumemus præsentem aum fuisse. Ratio hæc est, quia præsumptiunes nunquam fiunt recte, nisi cum natura non repugnat. Hæ solæ præsumptiones sunt legitimæ, & jure proditæ, quæ cum natura non pugnant. At natura possibile non est, ut præsens fuerit, qui in eadem civitate non fuerit. Et Arist. in Rhet. ad Alexand. *Hunc*, ait, *esse elenchum eorum, quæ natura sunt impossibilia, si quem adversarius dicit nos Athenis babuisse contractum certa die, ea ipsa die probemus nos in alia civitate fuisse*. Igitur non utimur hac præsumptione pro scriptura, cum civitate absuerunt contrahentes, vel unus ex illis. Et ita ex hac lege apparet, hanc allegationem, *se alibi fuisse*, in causis civil. non aliter admitti, quam si civitate absuerit, non si in eadem civitate fuerit. Quod & in causis criminalibus observari velim: Et ita audio fuisse judicatum, ut reus criminis non relevetur, si probet se in eadem quidem civitate fuisse, sed in aliis ædibus, quam quibus cædes commissa est: & recipi tantum hanc allegationem, si probet se extra civitatem fuisse. Et de hoc genere defensionis Cicer. de Invent.2. *si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fuerim, relinquitur, ut id, quod dicitis, non tantum non fecerim, sed ne potuerim quidem*. Itaque ab eo, qui allegat se alibi fuisse, exigitur probatio, ut ita probet se alibi fuisse, ut nec fecerit, nec facere potuerit per rerum naturam. Et ita Livius lib.3. *Cæsonem quendam reum homicidii postulatum, Romæ commissi, probasse se bis temporibus, in quæ testes crimen conjiciebant, Romæ visum non fuisse, idque multis indiciis*, ut ait: Nam & in hac lege *liquidis, ac manifestis probationibus*, id est, argumentis, indiciis rerum apertissimis, signis, rationibus; nam cum probationibus additur manifestissimis, non intelliguntur instrumenta, non testes, sed argumenta tantum, & indicia, quæ non admittuntur, nisi sint omni luce clariora, ut ait *l.ult. sup. de probat.* ex Cicerone pro Cælio: *Signis*, inquit, *omni luce clarioribus crimina repellimus*. Et ita probationes pro indiciis accipi oportet, quod sit additum, *manifestissimis*, *l.2. sup. de in lit.jur. l.3. §.præterea, D. de suspect.tutor. l. libertas, §.ult. de manum.test. l.plane, §.1. de legat.1.* Et ideo subjicit in hac lege, *se, vel adversarium, ut non stetur huic præsumptioni, in alia civitate fuisse, esse docendum manifestissimis probationibus*. Et melius, ut subjicit, *per aliam scripturam, aut testibus omni exceptione majoribus*. Qui ordo verborum demonstrat, se probationum nomine non intellexisse scripturam, vel testes, sed conjecturas, vel signa. Et notandum, quod testes desiderat idoneus, & omni exceptione majores, *sans reproche:* excipere testes, *reprocher les tesmoins*, *l.si quis testes, sup. de testib.* & præscribere testibus, aut testes. Rufinus 2.Invectiva: *Proferam testem prævalidum, cui præscribere non poterit*. Ergo testes omni exceptione majores sunt, quibus nil præscribi potest.

AD *L.ult.* Dictum est in *l.13. sup. stipulationes in faciendo conceptas transmitti ad heredes, si res ferat, & contra heredes*. Dubitabatur an definitioni legis 13. locus sit stipulatione concepta hoc modo, *cum morieris te domum ædificaturum*, quam veteres habebant pro impossibili, propterea censebant esse inutilem, quod in ipso momento moriendi nemo possit per se, vel per alium domum ædificare. Et ita fuit concepta stipulatio, *cum morieris domum te ædificaturum tuis sumptibus*? Et Justinianus in hac lege ultima definit, sicut (*cum morieris dari*) valet stipulatio, ita valere stipulationem, *cum morieris domum ædificari*, ex mente contrahentium, qui hoc sensisse videntur, ut inciperet obligatio à defuncto, & impleretur ab herede ejus. Et in hac re igitur nil distare obligationem faciendi ab obligatione dandi. Idemque esse io legatis ita relictis: *heres meus Lucio Titio cum morieris domum ædificabis*, quæ erunt implenda per heredem heredis. Verum, ut *l.13.* ita hæc *l. ult.* est accipienda de factis, quæ per heredem, vel per alium impleri, ut constructio domus, non de factis, quæ per alium, aut per heredem impleri non possunt: ut si ita concepta sit stipulatio, *cum morieris, Romam venire spondes*? Hæc omnino inutilis est, *l.centesimis, D.de verb. obligat.* Et ita ea lex male opponitur, vel huic legi ultimæ, vel illi l.13. quia quod in iis legibus constituitur, non pertinet ad quæcumque facta, sed ad ea tantum, quæ per alios expleri possunt.

AD TITULUM XXXVIII.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

SUPERIOR titulus fuit de stipulationibus, quæ pro utilibus semper habitæ sunt, vel quæ inutiles olim fuerunt, nunc sunt utiles, ut *l.11. & l.ult.* vel quæ etsi sint inutiles, oon tamen inutilem faciunt obligationem, ex qua pendent, ut *l.3.* Hic autem titulus proprie est de inutilibus stipulationibus, id est, quæ obligationem non pariunt, vel quæ infirmantur per exceptinnem doli, aut metus, ut stipulatio dolo, aut metu expressa, extorta, *l.pen.hoc tit.* de qua actum est etiam *tit. super. l.9.* Sed respectu alterius stipulationis utilis, ut etiam titulo superiore *l.8.* agitur de stipulatione inutili, sed ex adverso, sive ex opposito alterius stipulationis, quæ est utilis. Stipulationes autem inutiles, quæ hoc titulo proponuntur, hæ sunt, qua pupillus spopondit aliquid sine tutoris auctoritate, *l.1. h. tit.* Ubi observandum, eam tantum loqui de pupillo, nimirum ad differentiam puberis, qui ex stipulatione obligatur etiam sine curatoris sui auctoritate, ut ostendi tit. super *l.7.* Item, qua libertas matrimoniorum constringitur vinculo pœnæ, *l.2. hoc tit.* cujus legis propositio est generalis, libera matrimonia esse debere, id est, nullo constricta metu pœnæ, tam in contrahendo scilicet, ut in *l.Titio centum, §.1. D. de cond. & demonstr.* quam etiam in distrahendo. Ergo propositio legis est generalis, id est, locum habet, & in contrahendo, & in distrahendo, sive dirimendo matrimonio. Species autem, quæ subjicitur in hac *l.2.* est de distrahendo matrimonio, si vir, & uxor inter se stipulati siot, *ne cui eorum liceat distrahere matrimonium, & qui distraxeris facto divortio, ut 10t aureos dares pœnæ nomine*, quæ stipul. est inutilis, nisi contineat divortii pœnam legitimam, quæ definita est lege Julia, aut Papia, aut constitutionib. *l.consensu, sup. de repud.* Stipulari licet pœnam divortii injusti lege definitam. At graviorem illa stipulari non licet, quia (ut ait eleganter *l.19. D. de verb.oblig.*) contenti esse debemus pœnis legibus comprehensis: & loquitur specialiter ea lex de pœnis divortiorum. Sed & generaliter verum illud est, nos contentos esse debere pœnis legitimis, ut ostendit *l.unica, in fin. sup. de sent. quæ pro eo, quinter.* Legibus severiores esse non possumus. Ideoque toto celo errat ille, qui existimat à fure nec manifesto, qui l.12.tab. tenetur tantum in duplum, nos posse stipulari triplum, vel quadruplum, quia pœnis legibus comprehensis contenti esse debemus, id est, legibus severiores esse non possumus. Ex ita in hac specie matrimonia ne solvantur temere, sine justa causa vinculo legum constringuntur, non vinculo oostro, non oobis, aut pœnis nostris. Nec obstat l. quam adducit Accursius, *l.ea, qua, D.de don. inter vir. & uxor.* Mittamus quod respondet idem Accurs. & adferamus id, quod est evidens:

dens: in specie *legis ea, quæ,* non esse deductam in stipu- A lationem pœnam divortii, sed pecuniam uxori donatam reddi, si divortium fieret, hoc est, *reddi marito, quod suum est*, quod proculdubio pœna non est. Item ex hoc tit. intelligimus, *inutilem esse stipulationem, quæ fit inter absentes, l.3.* quia non fit verbis, qua de re satis *l.1. & pen. tit. super.* Ex eadem *l.3. & ult. h.t.* intelligimus inutilem esse stipulationem, quæ fit alteri, puta, *Lucio Titio dari promittis?* Verum hæc *l.3.* addit duas exceptiones, sive duos casus, quib. stipul. facta alteri valet. Primus hic est: si stipuler patri, vel avo, in cujus potestate sum: & adde: vel si stipuler ei, quem habeo in potestate, quod satis exposuimus *l.2. tit. super.* Alter casus hic est, si mea interest alteri dari, cui stipulor, qui casus merito excipitur: Nam regula illa juris, ut alteri nemo paciscí, vel stipulari possit, de eo tantum est, qui cum sua nil interesset, alteri B dari stipulator, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.* Ergo *si stipuler alteri, cum mea intersit alteri dari*, stipulatio valet, non ut alter agat, sed ut ego possim agere in id, quod interest, quod alteri datum non sit, sive subjecerim stipulationem quanti ea res est, sive omiserim, ut *d. l. stipulatio ista, §. si stipul. & §. si insulam, & §. seq.* Vel si dari stipuler procuratori meo, qui mea negotia gerit: vel si stipuler dari creditori meo, cui debeo pecuniam ad diem certam sub pœna, & mea maxime interest, ne incidam in pœnam, ei ea die pecuniam solvi: Vel etiam si promiserim *me L. Titio domum ædificaturum meis sumptib.* & stipuler à fabro quodam L. Titio domum ædificari, stipulatio valet, & continet quanti mea interest Titio domum ædificari. Idemque erit, si tutor, qui cœpit administrare tutelam, cessa administratione contutori suo, ab eo stipuletur *rem* C *pupilli salvam fore*, pupillo stipulatur, & valet stipulatio, non ut ex ea pupillus agat, sed ut ipse, qui stipulatus est, adversus contutorem agat ex ea stipulatione, id est, ex ejus vi, & potestate quanti sua interest rem pupilli salvam esse. Idem evenit etiam, si promiserim Titio *fundum Mævium daturum, & si Mævius non daret, pœnam me daturum:* Nam recte stipulamur de Mævio Titio fundum datu iri, quia mea maxime interest dari. Idem evenit in specie *l.3.* quæ nobis necessario ponenda est. Azo propius accessit ad speciem veram. Scripta lex est ad Isidorum patrem (& sic est inscriptio emendanda, ut scribatur *Isidoro*, non *Isidoræ*) qui mortua in matrimonio filia, cum genero suo pactus est, *ut dotis à se profectæ, partem dimidiam retineret gener nomine filii ex eo matrimonio procreati, partem alteram restitueret nepoti cuidam ejusdem Isi-* D *dori, si is nepos viveret*, quoniam de ejus absentis salute erat incertus, *vel si mortuus esset, ut alteram partem restitueret Juliano cuidam extraneo, & absenti,* subjecta stipulatione, *Juliano reddi partem dimidiam dotis profectitiæ, aut si non redderetur, sibi præstari, quanti ea res est.* Finge interfuisse Isidori Juliano dari, finite procuratori, aut creditori suo: Si gener eam partem Juliano non reddat, Isidoro committitur stipulatio in id, quod interest, cæterum ipsi Juliano nulla competit actio, quia absens fuit, cum id socer de genero stipulabatur: Et ita in hac *l.3.* proponitur alteri absenti inutiliter facta stipulatio. Et idem omnino similiter proponitur *l.3. tit. superioris*, alteri absenti inutiliter factam stipulationem. Unde ex diverso dicendum videtur ex *l.3. h. tit.* & ex *l.3. tit. superioris*, alteri præsenti, & tacenti recte stipulationem fieri: Hoc E (ut aliquantulum attigi in *d. l.3.*) non est verum ipso jure, sed ex æquitate: Nec enim si quis sit stipulatus alteri præsenti, dabitur actio directa, sed utilis, ut in *l. si procuratori 79. D. de verb. obligat.* si procurator stipulatus sit domino præsenti, domino dari ex stipulatu utilem actionem: ac similiter si quis stipulatus sit alteri præsenti, videtur ei danda esse utilis actio ex stipulatu, quia ipsemet præsumitur stipulatus, licet revera stipulatus non sit, quæ præsumptio non potest fieri de absente, cui quis stipulatus est, quia præsumptiones, & fictiones convenire naturæ oportet. In stipulationibus præsumptiones admittamus, ut si scriptum sit in instrumento promisisse aliquem, præsumimus præcessisse interrogationem, nec quæ-quam mutat, si non præcesserit, *l.1. tit. super.* Et similiter, si scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes, præsumitur ita fuisse gestam, & præsumptio potior est veritate, *l. pen. tit. super.* Et ita cum stipulor præsenti, præsumitur is ipse, cui sum stipulatus, sibi stipulari, licet revera stipulatus non sit, ideoque ei datur utilis actio. Postremo ex *l.4. h. tit.* intelligitur, inutilem esse stipulationem de mutua successione, ut si tu me heredem facturum promittas, & vicissim ego te, quia non pactis, sed testamentis deferuntur hereditates. Pactum non est modus dandæ hereditatis legitimus: imo est contra bonos mores constringere libertatem testamentorum pactis, vel stipulationibus, puta ne tu alium, quam me heredem facias, & ne ego vicissim alium, quam te. Et ita *l.4.* est accipienda de pacto, & stipulatione mutuæ successionis. Quod indicat verbum (*vos habere actionem*) quod etiam Græci, ex quibus Harmenop. noster, hanc legem 4. ponunt sub titulo ἀλληλοκληρονομίας, id est, *de mutua successione*, quæ tamen pactio inter commilitones recipitur jure singulari, non passim ubique, sed in ipso procinctu possunt se invicem, interpositis stipulationibus, heredes facere, *l. licet, sup. de pact.*

AD TITULUM XXXIX.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

REI nomen commune est actoris, & ejus, quo cum agitur, ut in illa lege 12. tabul. *Si quid horum fuat vitium judici, arbitrove, reove dies diffisus esto: reove*, id est, alterutri ex litigatoribus, ut in *l.2. §. si quis judicio, D. si quis caution.* nec mirum si sit commune nomen actori, & rei, cum quo agitur, cum sit commune contrahentium omnium, sive contrahentis utriusque, creditoris, & debitoris, stipulatoris, & promissoris. Unde & reus credendi dicitur, & reus debendi, *l. si duo, D. de recept.* & reus satisdandi, & reus satis accipiendi, *l. qui hominem, §. quidam, D. de solut.* & reus stipulandi, & reus promittendi, vel, ut veteres loquebantur, reus stipulando, & reus promittendo. Reus stipulandi est is, qui suo nomine ab alio stipulatus est, non is, qui alteri adstipulatus est. Reus promittendi est, qui suo nomine, vel pro altero quid promisit: quæ definitiones sunt Ælii Galli Jurisc. & ostendunt bellissime, nos posse pro altero promittere, veluti fidejubendo, quod proprie est *adpromittere*, non tamen posse alteri stipulari. Denique adpromittere nos posse, adstipulari non posse, exceptis certis casibus, de quibus diximus titulo superiori. Duo autem, vel plures rei stipulandi sunt, qui ab uno, vel pluribus eandem rem, vel pecuniam singuli in solidum, & in partem virilem stipulati sunt, vel apud quos jus stipulationis est commune, ut in *l. si rem, §. ult. D. de novat.* Duo, vel plures rei promittendi sunt, qui eandem rem, vel pecuniam ex eadem causa singuli in solidum, & in partem virilem suo nomine, vel pro altero, uni, vel pluribus promiserunt. In solidum, & in partem virilem, ut ait *lex inter eos, D. de fidejuss.* quod in Idiotismo dicimus, *chacun pour soy, & chacun pour le tout.* Non exigo, ut rei promittendi nominatim, & specialiter se in solidum obligaverint, sed ut stipulator, sive creditor intuitus sit singulorum personas in solidum, ut *l. cum apparebit, D. loc.* vel tacite actum sit, ut singuli tenerentur in solidum: nec enim id exprimi olim necesse erat, *l. his verbis, D. de duob. re. const.* quæ lex valde facit ad confirmandam sent. *l.1. sup. de contrah. stip. & l. Titia, §. pen. D. de verb. oblig.* Ut sicut si instrumento scriptum sit promisisse aliquem, ita si in instrumento scriptum sit, promisisse aliquos eandem pecuniam, qui præsentes fuerint, cum id ageretur, ut essent plures rei promittendi, ut omnia præsumantur solemniter acta, id est, ut singuli, qui præsentes fuerunt, intelligantur se obligasse in solidum: Nam de absentibus idem præsumi non potest, quoniam præsumptiones

ptiones debent esse probabiles, nec abhorrentes à ratione naturali. Nam absens non intelligitur promisisse, etiamsi scriptum sit eum promisisse, nisi etiam scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes illos, vel illos, & in eadem civitate fuerint, quod exigit *lex pen. sup. de contrah. stipulat.* Verum ad rem. Ergo olim duo rei promittendi constituebantur, si id ageretur, vel tacito intellectu, tametsi non exprimeretur specialiter. Hodie tamen *ex Novella* 99. non sunt duo rei promittendi, nisi specialiter dictum sit, ut singuli tenerentur in solidum, & in partes viriles.

Ad L. I. Prohiberi non potest *exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, à quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.*

IN specie *l.* 1. *hoc tit.* rei promittendi sunt, qui communiter, id est, pro indiviso mutuam pecuniam acceperunt, & eam se creditori reddituros spoponderunt. Ii & re, quia mutuam pecuniam acceperunt communiter, & verbis stipulationis sunt rei promittendi, quia communiter spoponderunt, & est in arbitrio creditoris, à quo solidam pecuniam petat, ut in *h. l.* 1. *& l.* 2. *l. si divisa, sup. de loc. l.* 3. *§.* 1. *de duobus reis.* Cæterum, ut additur in *h. l.* ei, qui solidam pecuniam solvit, quem elegit stipulator, subvenitur adversus conreum, *συνντεῦθεν*, ut Græci loquuntur, vel creditore ei cedente suam actionem, puta creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu, vel ei subvenitur data actione pro socio, vel communi dividundo, si socii fuerant, vel actione mandati, si vice mutua fidejusserint, quod fit plerunque, non etiam actione data negotiorum gestorum, quod male tentavit glossa *in l.* 1. quia solidum solvit, quo se liberare aliter non poterat, qui tenebatur in solidum: nam si in virilem partem duntaxat tenebatur, & solvit solidum, tum sane ei de restituenda parte adversus alterum debitorem dabitur actio negotiorum gestorum, ut *l. si in rem, sup. si cert. pet.* quia potuit se liberare solvendo partem, nec cogebatur solvere solidum, quod solvit. Et hoc secundum distinctionem relatam multis locis, *l. his consequenter, §. ult. famil. ercisc. l. frater à fratre, D. de condict. indeb. l. pen. D. de reb. credit. l. si communis, ff. de negot gest.* Ut autem in specie *d. l. si in rem* de restituenda parte datur actio negotiorum gestorum ei, qui solidum solvit, cum teneretur duntaxat in partem virilem: ita in specie hujus *l.* 1. ei, qui solidum solvit, cum & in solidum teneretur, dabitur actio, quam ei cessit, & mandavit creditor, vel actio pro socio, aut communi dividundo, vel mandati de restituenda parte tantum, ut est in Basilicis in hac *l.* 1. *περὶ τῦ ἡμίσεως μέρες, de restituenda parte dimidia.* Quæ autem in hoc titulo vulgo est *l.* 1. & incipit ab iis verbis, *si duo, pluresve, &c.* omnino delenda est, tanquam adulterina. Est quidem in editione Haloandri, sed plane *νόθευμα*, cum nec verba ejus ullum referant sensum idoneum, nec sit in Basilicis, nec in veteribus codicibus, ut glossa ult. testatur *ad authen. hoc ita*, quam Irnerius posuit sub *h. tit. ex Novella* 99. & vero ita est: nulli veteres Codices habent *illam legem si duo:* nulli doctores eam etiam agnoscunt, & ut significant verba ejus, portenta sunt, non verba. Sed ut de ea Novella dicamus, cujus sententiam Irnerius subjecit *l.* 1. *hoc tit.* ea Novella tollitur electio, quæ datur creditori, ut conveniat in solidum quem volet ex reis debendi, *l.* 1. *&* 2. videlicet, si duo rei promittendi se nominatim in solidum non obligaverint, vel si se nominatim obligaverint, & omnes solvendo, & præsentes sint, quia his casibus stipulator cogitur inter eos dividere actionem suam, ita ut singulos conveniat in partes tantum viriles. Et ita plures rei promittendi his casibus, hodie habent beneficium divisionis, nisi ei renuntiaverint. Epistola D. Hadriani notissima etiam tabellionibus quibusque hodie, quæ pertinebat ad confidejussores, & conreos constitutæ pecuniæ, etiam porrecta est ad reos principales, ut supra dictis casibus habeant beneficium divisionis, nec possint singuli conveniri in solidum arbitrio, & electione creditoris. Creditori adempta est electio generali Constitutione Novellæ, quæ olim non potuit adimi creditori rescripto speciali, ut ait *l.* 2. *h. tit.* quia rescripta Principum ad neminis injuriam pertinere debent. Rescripto Principis non potest confirmari vitiosa possessio, puta, quam quis vi adeptus est *l.* 3. *sup. und. vi:* non potest rescindi venditio jure perfecta, *l.* 3. *sup. de rescind. vend. l. incivile, sup. de rei vindicat.* non donatio, *l.* 3. *inf. de revocand. donat. l.* 9. *sup. de donat. ante nupt.* non testam. *l.* 10. *sup. de test.* Ad hæc notandum ex *l.* 3. *h. tit.* si uni ex reis promittendi pecunia sit numerata, cæteros, quibus numerata non est, non habere *ἀναργυρίαν*, id est, exceptionem non numeratæ pecuniæ, quod etiam confirmat *l.* 5. *sup. si cert. pet.* Non potuit singulis numerari in solidum, sed necesse fuit uni numerari nomine omnium, ideo cæteris nil proficit exceptio non numeratæ pecuniæ, quia quæ numerata est uni, videtur esse numerata omnibus, sicut ex *l. ult.* mox intelligemus, uno ex reis promittendi agnoscente debitum, & cæteros agnovisse videri: agnitionem unius esse generalem. Itemque convento uno ex reis promittendi, & cæteros conreos videri conventos, & interpellatos, conventionem esse generalem, omnesque complecti, quorum est una, & communis obligatio: qua in re est valde singularis *l. ult.* quæ ut intelligatur sciendum est, actionem ex stipulatu perimi præscriptione 30. ann. sed eam variis modis interrumpi, ut litis contestatione, conventione executoris, & libelli admonitione, ut *l. sicut, & l. cum notissimi in prin. sup. de præscrip.* 30. *ann. l. ult. sup. de annal. exc. l.* 2. *sup. ubi in rem act. exerc. l. pen. sup. de recep. arb.* Interrumpi etiam non extante debitore, qui conveniatur protestatione habita publice, *l.* 2. *sup. de ann. excep.* Interrumpi agnitione debiti, puta, cautione nova, & novo chirographo, vel solutione usurarum, vel partis debiti *d. l. cum notissimi, §. sed & si quis, arg. l. cum fidem, sup. de non num. pec.* Vel etiam datione fidejussoris, ut recte sentit Accurs. *l. cum quis, §. pen. D. de solut.* Sive autem plures sint rei stipulandi, & plures rei promittendi, & ex persona unius ex reis promittendi interrumpatur præscriptio ab uno, vel quibusdam reis stipulandi, ut si ille agnoscat debitum uni ex reis stipulandi, vel quibusdam, non omnibus reis, vel si conveniatur ille solus, non cæteri conrei promittendi, ab uno, vel quibusdam reis stipulandi; sive etiam plures sint rei stipulandi, & unus reus promittendi, ex cujus persona unus, vel quidam ex rei stipulandi interrumpant præscriptionem 30. annor. aliquo ex supradictis modis, sive sint plures rei promittendi, & unus stipulandi, in cujus personam ab uno, vel quibusdam reis promittendi præscriptio interrumpatur, non ab omnibus, ea interruptio cujuscunque modi sit, generalis est, id est, prodest omnibus creditoribus, etiamsi non sit facta in omnium personam, & nocet omnibus debitoribus, quia una est obligatio, atque communis.



AD TITULUM XL.

DE FIDEJUSSOR. ET MANDAT.

SUPERIORES tituli fuerunt de iis, qui quid suo nomine principaliter promittunt: hic titulus est de iis, qui pro altero stipulanti, vel stipulantibus, qui *adpromittunt*, salva manente obligatione, nec novata rei principalis. Ii sunt *fidejussores*, quibus adfines sunt *mandatores*, puta, qui rogant: mandare est rogare alii pecuniam mutuam dari: Nam & qui promisit fidejubere, satis promisso facit mandando credi pecuniam, vel quid aliud dari, fierive, *l. ult. §. ult. D. mand.* & eleganter *l. si hereditatem, eod. Quicunque contractus tales sunt, ut quicunque eorum nomine fidejussor obligari possit, & mandati obligationem consistere: Nec multum referre præsens*

qui

quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet. Sed ex eo loco etiam intelligimus, hanc esse differentiam inter fidejussores, & mandatores, quod non tantum præsens, ut *l.22. §. si curator, eod.* sed etiam absens mandet, quia mandatum solo consensu contrahitur: fidejubeat autem præsens duntaxat, quia hoc fit per stipulationem interrogato fidejussore, ut ait *d.l. si hereditatem, & l.3. §. ult. D. de administrat. rer. ad civit. pertin. l. 12. hoc tit.* de qua satis in fine *Observat.* 14. Quia ex re etiam fidejussor olim dicebatur *præs*, quo nomine respondens interroganti fidejussor, significabat se præsentem, atque ideo auctorem credendi esse. Non quicunque præsens fuit in contrahenda obligatione inter aliquos, habetur pro fidejussore, ut *l.6. hoc tit.* non is, qui tabulas contractus adsignavit ut testis, ut in *l.16. sup. de administ. tut.* qui ut curator interfuit: sed is, qui præsens est interrogatus an *præs* esset, atq; respondit *præs sum*; quo verbo fidem suam adstringit, & plerunque promissa manu, quod est symbolum stipulationis, ut ait Salomon Proverb. 6. *Eum, qui fidejubet, plerunque promittere manum inimico, & laqueo verbi sui capi*. Et cap. 22. *Ne si ex iis*, inquit, *qui manum suam promittunt, sive porrigunt pro debitis alienis*, Cæterum *præs* dicebatur proprie in causa pecuniaria: vas in causa capitali, si Ausonio credimus in Monosyllabis, quos etiam alii auctores solent distinguere, ut Quintus Curtius Rufus libro nono: *vestram virtutem rerum, quas gesturus sum vadem, prædemque habeo*. Et in Epitome Titi Livii lib. 48. *De veneficiis quæsitum*, inquit, *Publicia, & Licinia nobiles fœminæ, quæ viros suos necasse insimulabantur, causa cognita, cum prætori prædes, vadesque dedissent, cognatorum decreto necatæ sunt*. Sed eo loco videtur præs, & vas promiscue dari in causa capitali: Et rectius veteres libri, *cum prætori pro se vadem dedissent*. Distinguit & idem Ausonius alio loco. *Permulta possum*, inquit, *currere exempla, ut probem prædes, vadesque pœnitudinis reos, sed nolo quenquam nominatim dicere, sibi quisque vestrum dicat, & secum putet, spondere quantis damno fuerit, & malo*. Quod est elegantissime scriptum, & demonstrat etiam miseriam, aut periculum eorum, qui pro altero fidem suam obstringunt, & ut Chilo Lacedæmonius dixit, aut Thales Milesius, *comitem æris alieni, litisque esse miseriam*. Et elegantius Jesus Syrach in Panareto cap. 29. *Fidejussionem felices multos, qui erant, ad infelicitatem perduxisse & evertisse bonis, & domo, patriaque*. Porro, quam adfinis sit mandator fidejussori, etiam ex eo apparet, quod plerunque mandator est is, pro quo fidejussor intercedit, qui nimirum eum rogavit, ut pro se fidejuberet, & inter eum, & fidejussorem mandati obligatio constituitur, ut *l.14. hoc tit.* Cujus sententiam exponam, deinde ostendam toto hoc titulo, jus esse commune mandatoris, & fidejussoris, nec enim me ordinem legum *hujus tit.* sequi, aut servare necesse est.

Ad L. XIV. Mandati actio personalis est, *quæ si nomine fidejussoris, vel adversus debitorem, seu heredes ejus competit, præses provinciæ, quæ deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione, solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, adversus (pignorum) possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur.* (†)

LEX 14. ostendit, per mandati actionem à debitore principali, vel herede ejus, fidejussorem consequi quod pro eo creditori solvit: pignora autem creditori nexa, solutione facta creditori per fidejussorem, liberari, nisi (quod notandum) fidejussori creditor cesserit actionem hypothecariam, ut *l.2. 11. 21. hoc tit.* quam recte cedi, & mandari ostendit d.l.14. pecunia accepta, quam fidejussor solvit, tanquam pretio nominis, sive actionis venditæ fidejussori, ut in *l. cum is, D. eod. l. Modestinus, D. de solut. l. possessor, D. de censib.* Nam pecunia accepta, tanquam credito, quam creditori fidejussor solvit, omnis tollitur obligatio personalis, & hypothecaria, nec ulla, quam cedat actori superest actio. Ac pecunia accepta, tanquam pretio venditi nominis, neque personalis obligatio tollitur, neque hypothecaria, & cedi potest fidejussori, quam emptori nominis, cui agenti hypothecaria, quasi cessit creditor adversus possessores pignorum, *dict. l.* 14. ait, præsidem provinciæ impertiri extraordinariam jurisdictionem, id est, ipsummet præsidem cogniturum de jure hypothecæ, non judicem specialem daturum, qui de hypotheca cognoscat ex more, & ordine veteri judiciorum, & legum, qui desierat jam esse in usu; quare vulgo dicitur, *Hodie omnia judicia esse extraordinaria*, quod in nullis observetur vetus ordo legum, vetus solemnitas, sive ritus. Et hæc est sententia *l.14.* Nunc intelligamus, toto h. tit. jus proponi commune, quod est cum fidejussoribus, tum mandatoribus: notandum est, liberato reo principali capitis deminutione, ut si deportatus sit in insulam, quo genere in totum liberatur, si omnia bona ejus (ut fit plerumque) publicata sint: pro parte, si pars tantum: quia deportatus pro mortuo habetur, & fiscus pro successore ejus: Eo, inquam, ita liberato, fidejussorem, aut mandatorem non liberari, ut *l.1. 15. & 20. hoc tit.* Qua de causa in *l. defensiones, sup. de except.* dicitur defensiones, sive exceptiones extendi ad fidejussores, vel mandatores, quibus reus principalis munitur est, integro manente statu, id est, qui non sustinuit capitis deminutionem, quoniam reo principali capite deminuto, defensio, sive liberatio, quæ ei competit, non competit etiam fidejussori, sive mandatori: & rationem reddidit in eo loco. Ideoque hoc casu, quem proposui, in arbitrio est creditoris, ut vel fiscum conveniat, in quem bona deportati debitoris transierunt, vel fidejussorem, aut mandatorem, *l. 20. h. tit.* sed electo fisco, & exacta ab eo pecunia, tum proculdubio fidejussor liberabitur, *l. 15. h. tit.* Ea quoque electio, quæ datur creditori est communis, sive malit in fidejussorem, aut mandatorem creditor experiri omisso reo principali, nisi aliud convenerit, quod aliquandiu obtinuit, ut hanc creditor haberet electionem: sed novissime eam creditori Justinianus ademit in Novella 4. restituto vetustissimo jure, quo appellandus erat prius debitor principalis, quam sponsor, id est, fidejussor: Qua de causa à Basilicis absunt in hoc titulo omnes leges, quæ illam electionem creditori permittunt, *l.3. 5. 19. 20. 21. 23.* tanquam abrogatæ Novella Justiniani, quatenus electionem creditoribus permittunt, non tamen abest à Basilicis *l.17.* quæ omissis pignoribus, permittit electionem fidejussoris, nisi aliud convenerit: Nam hoc congruit Novellæ Justiniani, ex qua potest, imo debet prius conveniri fidejussor, quam agere de pignore. Qua ratione nec debuit à Basilicis abesse *l.2. hujus tituli*, ut abest, quæ hoc tantum dicit, id est, quæ idem illud dicit, quod congruit cum Novell. Justin. omisso pignore, creditorem agere posse cum fidejussore. At contra à Basilicis recte abest alia lex, quam nondum attuli, nempe *l.25.* quæ (quod hodie non permittit Novella) omisso fidejussore, permittit creditori electionem pignoris, seu hypothecæ, & eo non sufficiente, id est, pignoris distracti pretio ad creditorem adimplendum, residui persecutionem permittit adversus fidejussorem. Quod ita intelligendum est, si justo pretio creditor pignus distraxerit: Nam si non justo pretio residuum, quod ex pretio servare potuit creditor, à fidejussore exigere non potest, *l.18. h. t.* At secus est, si justo pretio pignus distraxit, quia executio pignoris, fidejussoris liberatio non est, *l.9. h. tit.* Sicut e contrario rei, vel fidejussoris conventio, statim non est liberatio pignoris, *l. un. sup. etiam ob chirograph. pec.* Item (†) electio rei principalis sola, nondum secuta exactione, non est statim liberatio fidejussoris, aut mandatoris, sicut nec electio unius ex fidejussoribus, vel mandatoribus, vel reis promittendi, libera-

---

(†) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 16.*

(†) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 16.*

ratio est rei, aut conrei, aut confidejussoris, aut alterius mandatoris ejusdem pecuniæ, id est, non electio sola, sed exactio pecuniæ. Et huc pertinet *l.23. & 28. h.tit.* Et male huic sententiæ opponitur *l.16.* cujus legis duæ sunt partes. In prima ponit quidem creditorem posse eligere unum ex fidejussoribus, & in solidum convenire, si putat cæteros non esse solvendo, sed non dicit cæteros liberari post litem contestatam cum uno. In 2. autem parte non ponit creditorem elegisse unum ex fidejussoribus, sed litem contestatam fuisse cum omnibus, ut est aperte in Basil. *εἰ κατὰ πάντων προκατήρξατο*, litem, inquam, fuisse contestatam cum omnibus fidejussoribus divisa actione in partes viriles, id est, singulis conventis pro parte virili: quo facto lex ait, jam creditori non licere deserto eo judicio, convenire unum ex fidejussoribus in solidum, etiamsi cæteri solvendo non sint, quia semel divisit actionem inter fidejussores, quod sibi debet imputare. Hoc ergo dicitur de novatione necessaria, id est, de judicio accepto: nam voluntaria novatione constat protinus liberari fidejussorem, vel mandatorem, *l.4. h.tit.* & pignora, *l.un. sup. etiam ob chir.* Et ita est explicanda *l.16.* Et explicatio demonstrat male ex ea colligi, conventionem unius fidejussoris esse liberationem cæterorum. Ac rursus repetamus, quod ait *d.l.16.* creditorem, qui litem contestatus est cum omnibus fidejussoribus divisa actione, amisisse jus eligendi unum ex fidejussoribus in solidum, etiamsi cæteri solvendo non sint, ut scilicet addamus è contrario, unum ex fidejussoribus, cum quo creditor primitus litem contestatus est in solidum, etiam post litis contestationem, si cæteri confidejussores solvendo fuerint, quandocunque ante sententiam desiderare posse ex Epistola D. Adriani notissima omnibus, etiam circuitoribus fori, ut in partem tantum virilem condemnetur, ut *l.10. h.tit.* quia hæc defensio peremptoria, quæ beneficium divisionis dicitur, commune fidejussori, & mandatori, *l.ult. sup. de constit. pec.* de quo etiam agitur *l.3. h. tit.* magnum beneficium, quo fit ut fidejussor, qui est obligatus in solidum, damnetur tantum in partem. Miserabilis est conditio fidejussoris, maxime debitore principali non existente solvendo; & miserabilis, quem sæpe perpetiuntur auctoris aspectus. Ideo leges fidejussoribus, & mandatoribus, qui proximi eis sunt, variis modis opitulantur, ut illa epistola Adriani dato beneficio divisionis. Itemque aliter *l. 27. & l.ult. h. tit.* quæ est constitutio Græca, & desideratur, multis beneficiis, sive remediis subvenire leges miseriæ fidejussorum, & quantum potest, allevare eorum onera; primum maxima parte hominum liberata hujusmodi obligatione, puta, fœminis omnib. ex Senatusc. Vellejano, deinde dato etiam maribus, qui pro alio fidejussissent, beneficio divisionis, quod habent ex Epistola D. Adriani, nisi ei renuntiaverint nominatim, dato etiam beneficio electionis ademptæ creditoribus, quod vulgo dicitur beneficium excussionis, ne scilicet fidejussor conveniatur inexcusso reo, concessum à Justiniano iis, qui ei nominatim non renuntiasent: Nam hoc jure utimur, ut huic, & illi beneficio renuntiari possit, qua de causa in Codice, & in D. non sunt inutiles, quæ sunt numeratæ leges, quibus electio creditori permittitur, quia plerunque huic beneficio fidejussores renuntiant. Eodemque modo, etiam fœminæ, quæ beneficio Senatusconsulti iis obligationibus exemptæ sunt, recte renuntiant beneficio Senatusconsulti Vellejani. At præter hæc beneficia, sciendum est, fidejuss. nonnunquam intervenire in causis civilibus, vel in criminalibus, qui pro eo cavent judicio sisti, id est, de repræsentando reo, ut loquitur Justinianus, nisi tam grave sit crimen, quo reus postulatur, ut carceri potius, quam fidejussoribus committi debeat, *l.1. & 3. D. de custod. reor.* Et hujus cautionis vis hæc est, ut reum criminis fidejussor exhibere compellatur, aut arbitrio judicis pœna pecuniaria, vel si dolo malo non exhibeat, extraordinaria plectatur, *l. 4. eod. tit.* Et hoc est, quod ait *l.13 h.tit.* eum Decurionem, id est, Senatorem municipalem, qui fide promiserat se latronem quendam inventurum,

A id est, requisiturum, & exhibiturum; exhibendi, & sistendi latronis necessitate esse obstrictum: aut si dolo malo eum non sistat, transmitti ad præfectum prætorio, vel præsidem provinciæ, ut scilicet puniatur extra ordinem, quod dolo malo non sistat latronem, pro quo cavit: hi enim sunt judices, ad quos causæ criminales decurionum rejiciuntur, præses provinciæ, vel præfectus prætorio. Cæterum si fidejussores caveant reum sisti in diem certam, puta intra sex, aut intra septem, vel octo menses, & si intra eam diem non stitisent reum, certam pœnam pecuniariam, singulare est beneficium, quod dedit idem Justinianus *l.26. h. tit.* ut fidejussores ea die reum non stiterint, quamvis verum sit pœnam esse commissam ex diei lapsu, attamen differatur exactio pœnæ in menses sex, intra quos si fidejussores reum sistant, vel de-

B fendant, videlicet eum reum judicio sisti, aut defendi promiserunt, pœnalis stipulatio, quæ commissa erat, evanescat. Beneficium est plenum humanitatis, ut post commissam pœnam, liceat fidejussori purgare moram intra sex menses, exhibito, vel defenso reo, quia regulariter pœnæ semel commissæ ex die certa nulla deprecatio, nullum effugium est, *l.trajectitiæ, D.de oblig. & act. l.Celsus, D.de recept. qui arbitr. recep.* sed benigne leges subveniunt miseriæ fidejussorum. Et hæc est sententia legis 26. ad cujus speciem non est existimandum etiam pertinere *legem etsi post tres, D.si quis caut.* quia non loquitur de fidejussore, sed de reo ipso, qui promisit judicio sisti, & non de stipulatione pœnali, sed de stipulatione, quanti ea res est: inter quæ multum nutat: nam cum fidejussore mitius agitur, quam cum reo principali. Et stipula-

C tio pœnalis est severior, & strictior, quam stipulatio, quanti ea res est: nam pœnalis statim ipso jure committitur ex die exhibitionis, quo reum sistere debuit, stipulatio quanti ea res est non committitur ex die, sed ex lite contestata ex illa stipulatione, *l.5. sup. de contrah. stipul. l. cum quærebatur, §.proinde, D. judicat. solvi.* Et idem ostendit *lex etsi post tres, §.proinde*, si post diem, quo reus se sistere promiserit intra tres dies, vel quinque, vel plures, id est, intra modicum tempus, non intra sex menses, ut in fidejussore constituit hæc lex 26. ante litem contestatam reus se judicio sistat, secum agendi potestatem faciens, & cum eo agitur ex stipulatione, quanti ea res est, poterit se tueri exceptione doli mali, scilicet, si ex mora illius modici temporis jus actoris deterius factum non sit, id est, si doceat ob eam rem nil interesse actoris,

D quæ est sententia *leg. etsi post.* Verum ex *hac l.26.* etiam notandum est, pœnalem stipulationem, de qua in ea agitur, evanescere mortuo reo, quem in diem certam fidejussor cavit se judicio exhibiturum. Mortuo, inquam, reo intra diem dictam, non etiam si moriatur post eam diem dictam, atque conventam intra sex menses, quos hæc constitutio dat fidejussori ad exhibendum reum, pro quo cavit, qui jam cœpit esse certum, reum non posse exhiberi intra illos menses, cum sit mortuus, & ideo pœnæ commissæ petitio est. Et hoc plane convenit cum jure communi, *l.4. D. qui satisd. cog.* Sequitur aliud in *l.27.* Sed omisimus etiam fidejussoribus subveniri, qui solidum solvere parati sunt, creditore compulso eis vendere nomina, ut *l.fidejussoribus 16. D.de fidejussor.* At in *l.27. hujus tit.* proponitur aliud, in

E quo etiam fidejussoribus succurritur, qui sine scriptis, & sine adjectione diei pro alio judicio sisti adpromiserunt, ut scilicet ex ea stipulatione non teneantur in perpetuum, id est, usque ad triginta annos: ex ea non possunt conveniri ad eum finem longissimi temporis, sed intra duos menses tantum, quod beneficium manat ex edictu quodam generali præfecti prætorio, ut ait *lex 27.* Nam & præfectum prætorio, qui est apex omnium magistratuum, non ambigitur jus facere posse, *l. 2. sup. de præfect. prat. Orient. l.apertissimi, sup. de judic.* & in libro Novellarum Justiniani, quatuor postremæ sunt edicta præfectorum prætorio, quæ uno verbo à Græcis dicuntur *ἐπαρχικά*. Qui ergo pro alio spopondit judicio sisti sine scriptis, & non adjecta die, intra quam sisteret, si

intra

intra duos menses conventus non sit, ex ea stipulatione ipso jure liberatur. (A) Qui autem ex scripto fidejussit, in perpetuum tenetur. Denique majus est vinculum fidejussionis scriptæ, quam non scriptæ, quia non præsumitur se in longum tempus obligasse, qui fidejussit sine scripto indiligentius. Et hæc est præsumptio juris, legis præsumptio justa, cujus nunquam solicitius est inquirenda ratio, maxime cum benigne inducitur levandi fidejussoris gratia. Et hæc quidem distinctio inter eum, qui pro alio judicio sisti promisit ex scripto, & eum, qui ex non scripto, est indubitata, & certa. Verum inde quærebatur, an is, qui fidejussit apud acta, vel apud Officium, sive tabularium, videatur fidejussisse sine scripto, ut tantum teneatur in duos menses, non ultra? Et hoc Justinianus magis probat in hac *l.* Itaque (quod notandum) quod ait *lex eum, pro quo, ff. de in jus voc.* eum, qui (B) pro alio fidejussit judicio sisti apud acta, vel apud officium, ad eum exhibendum compelli: sic hodie est intelligendum, ut compellatur tantum intra bimestre tempus, non ultra. Et hoc in privatis causis: Nam in publicis, sive fiscalibus, qui apud tabularium testibus adhibitis fidejubent judicio sisti, privilegio speciali pro eo habentur ac si fidejussissent ex scripto, ut perpetuo teneantur. Nec novum hoc videri debet: Nam (ut ait Justinianus) multa privilegia propter publicas necessitates juri publico præstantur, & proponuntur multa in titulis *de jure fisci, & de privilegio fisci*. Ad postremum etiam aliud est, in quo *lex ult. hoc tit.* (quæ est constitutio Græca, hactenus desiderata) significat fidejussoribus subveniri, videlicet, qui pro alio usurarum nomine fidem suam obstrinxerunt, quos quidem *lex* 10. *h. t.* qui fidejus- (C) serunt, in usuras scilicet, ait, nullam habere justam causam recusandi solvere usuras: sed hoc ita verum est, ut nullam habeant justam causam recusandi solutionem usurarum, qui in eas fidejusserunt intra biennium, si in longius tempus se non obligaverint, post biennium, liberari ab onere solvendarum usurarum, quod est magnum beneficium, si non se obligaverint ultra biennium: Nam si se obligaverint in longius tempus, puta triennium, aut quadriennium, conventionem contrahentium nos sequi oportet: Ita tamen, ut ait *lex ult.* ut ultra modum, quem leges usuris dederunt, non debeantur, puta supra duplum: ut si sors sit centum, usurarum nomine solutis ducentis, debitor omnimodo liberetur & à sorte, & ab usuris, quia ubi usuræ sortem æquaverunt, quod post solvitur usurarum nomine, in sor- (D) tem imputatur. Et hoc est, quod dicitur, *usuras non deberi supra duplum, l. si non sortem, §. supra duplum, D. de condict. indeb.* Similis est distinctio, quam posuit *l.* 27. *sup.* ut multum intersit, sive scripto quis pro alio judicio sisti promiserit in diem certam, an die non adjecta: Nam hoc casu post bimestre tempus non tenetur, illo tenetur in diem, in quam usque cavit, etiamsi excedat bimestre tempus: Nam & ita in quæstione *l. ult.* multum interest, fidejussor obligaverit se in usuras pro reo principali in diem certum (nam in eum diem solvere cogetur usuras, modo non excedant duplum) an vero non adjecerit diem, quoniam hoc casu post biennium recte recusat solutionem usurarum. Et verba *hujus legis ult.* in Basilicis hæc sunt: *ἐάν τις*, &c. sententia hæc est: *Eum, qui fidejussit in usuras, non in biennium tantum teneri, sed in tantum* (E) *temporis, in quantum convenit, & cavit, ut usurarum nomine teneretur. Igitur licere fidejubere usurarum nomine, etiam in longius tempus, modo duplum usuræ non superent:* Et nil præterea dignum est notatu in hoc titulo, nisi de specie *legis* 22. *h. t.* quæ vulgo perperam apponitur, estque talis: Mandavi Titio, ut tibi crederet decem; credidit decem: dein Titio stipulanti promisi, me daturum viginti per errorem, qui mandaveram, ut numeraret tantum decem, quæ etiam sola numeravit. *Lex* 22. *ait*, ultra id, quod tu accepisti, quodque ego mandavi, ex stipulatione illa, quæ excedit ejus pecuniæ quantitatem, mecum utiliter agi non posse, quia ea stipulatio fuit sine causa, in eo, quod excedit pecuniam creditam ex mandato meo, quia reus principalis non tenetur, nisi quatenus est ei numeratum, *l. si tibi, D. de pact.* Ergo nec mandator: ideoque si conveniatur, poterit se tueri exceptione doli mali: imo vero ultro poterit agere condictione liberationis, ut illa obligatio sibi accepto feratur, *l.* 15. *hoc tit.* quam Græci condictionem recte vocant incerti actionem, *περὶ τοῦ ἀδήλου ἀγωγὴν*, quia liberationes, & acceptilationes incerti condicuntur. Et ita est explicanda *l.* 22. quod etiam *μετάφρασις Βασιλικῶν* probat. Cujus latine sent. hæc est: *si compellatur ultra quam acceperit reus principalis, atque adeo ultra quam mandaverim ei numerari, mihi succurri, ne à me petatur τὸ περιττὸν*, id est, *quod excedit pecuniam numeratam*. Igitur ponendum est, numerationem convenire mandato, id est, tot nummos fuisse numeratos, quot numerari mandavero, quod non ponunt vulgo, sed post numerationem me incautius promisisse daturum Titio ultra quam mandassem, vel ipse Titius numerasset.



AD TITULUM XLI.

DE NOVATION. ET DELEGAT.

HIC titulus est de stipulationibus novandi causa interpositis ad tollendas priores obligationes. Fidejussio, & mandatum, de quibus est superior titul. non tollunt priorem obligationem, sed accessiones ejus sunt novatio, & delegatio, de quibus est *hic tit.* tollunt priorem obligationem. Fit quidem & fidejussio, & novatio, sive delegatio per stipulationem: sed ut verborum etiam discrimen non ignoretur, fidejussio proprie fit per adstipulationem, & adpromissionem, quæ verba significant fidejussores adjungi priori obligationi: *novatio* autem fit per exstipulationem, & expromissionem, quo genere prior obligatio perimitur, & articulus *ex*, significat veteris obligationis interitum, & novæ exortum. Fit ergo novatio, & delegario per stipulationem. Est igitur voluntaria, quia nemo stipulanti ptomittit invitus, *l.* 1. *&* 6. *h. tit.* Stipulatio ex utriusque consensu consistit, *l.* 1. *& §. pen. ff. de pact. l. si stipuler, §. ult. ff. de verb. oblig.* Alia est novatio, & delegatio, quæ non per stipulationem, sed per litis contestationem fit judicio accepto, de qua proprie hic titulus non est, sed de voluntaria tantum: hæc necessaria est, *l. ult. ff. de separat.* quia judicium redditur in initium, *l. inter stipulantem, §.* 1. *de verbor. oblig.* Ut si is, cui vendidi nomen L. Titii, mandatu meo litem contestetur cum L. Titio: vel si creditor litem contestetur cum debitore suo, eumque condemnet, quo genere vetus actio novatur, & transfertur in actionem judicati, *l.* 1. *h. tit.* in secunda parte, quæ repetita est in *l. nominis, sup. de hered. vend. l.* 11. *&* 29. *eod. tit.* Novatio voluntaria, de qua est hic titulus, est stipulationis, vel alterius obligationis veteris in novam stipulationem translatio, atque transfusio, quo genere vetus obligatio perimitur ipso jure, *l. si unus, §. pactus, ff. de pact. l.* 2. *&* 3. *h. tit.* Delegatio autem est mandatum in stipulationem novandæ, & transferendæ prioris obligationis, quod fit (exempli gratia) creditore jubente debitorem suum id, quod sibi debet alii creditori stipulanti, vel alii, cui creditor illud nomen donatum vult, promittere. Hoc jussum, sive mandatum, ut alii stipulanti promittat, quod mihi debet, delegatio appellatur. Unde inter delegatum, & delegantem nascitur actio mandati, *l.* 12. *ff. eod. tit.* perficitur autem delegatio secuta stipulatione, hoc est, delegato novandi causa promittente ei, cui delegatus est, sive debitor sit delegatus, sive non debitor: Nam & non debitor delegatus ex stipulatu, sequuta stipulatione conveniri, & exigi potest, licet mandator nondum ei satisfecerit, *l.* 5. *h. tit.* Et hoc est, quod ait *l.* 11. *ff. eod. tit. Delegationem per stipulationem fieri*, id est, perfici, atque compleri. Namque origo delegationis est mandatum: executio delegationis est delegatio, & promissio novan-

di causa interposita. Et hæc est delegatio debitoris: vel A ita fit delegatio debitoris, atque impletur, de qua est hic titulus. Alia est delegatio, sive mandatum, & cessio non debitoris, sed actionis, ut cum aliquem procuratorem facio in rem suam, vel in rem meam, ut agat cum alio meo nomine. Hæc est delegatio actionis, non delegatio debitoris. Et in hoc significatu dicitur in *l. quod debetur, ff. de pecul.* delegationem pro justa præstatione, id est, cessionem actionis esse pro solutione rite facta. At in hoc titulo delegatio non est mandatum, ut agas, sed mandatum, ut alii stipulanti promittas, & inter hanc, & illam delegationem, id est, inter hæc duo genera mandatorum multum interest: Nam ut sup. attigi, delegatio actionis fit invito, vel ignorante debitore: delegatio debitoris non item. Et hæc differentia proponitur in *l.* 1. Addatur alia, delegatione actionis non tollitur obligatio, B vel actio, quæ deleganti, id est, mandatori competit, ut si te faciam procuratorem in litem meam, demandata, vel delegata tibi actione mea, non ideo amitto meam actionem. At delegatione debitoris prorsus tollitur obligatio, & actio mea, *l. 2. h. tit.* Item delegatio debitoris novatione legitime perfecta, non potest revocari à delegante, etiamsi is, cui quis delegatus est, à delegato nondum exegerit pecuniam, vel etiamsi eam donaverit, aut acceptam tulerit. Delegatio autem, sive cessio actionis potest revocari re integra, *l. si pater, sup. mand.* Re integra, id est, si is, cui delegata est actio, nondum litem contestatus sit, vel si nil exegerit à debitore, vel si non denuntiaverit debitori, ut solveret. Quos tres casus eleganter expressit *l. 3. h. t.* quibus, quod res non sit in integro, mandatum actionis revocari non potest: Item, & hæc est alia diffe- C rentia, is, cui quis specialiter delegavit, vel cessit actionem certam in rem suam, hæc omnia sunt necessaria, non in rem delegati, invito mandatore, sive delegatore non potest novare, vel alio modo dissolvere obligationem, *l. 4. h. tit.* is autem, cui delegatus est debitor, & qui stipulatus est ab eo debitore, sane non prohibetur novare, vel alio modo solvere obligationem. Duo tantum notavi genera delegationis. Unum si mandavi, ut alteri promitteres. Alterum si mandavi, ut ageres cum alio. Est & aliud genus, si non mandavi, ut ageres, vel promitteres, sed si ae debitorem meum delegavi, ut solveres *L.* Titio pecuniam mihi debitam, qui multum distat ab eo, qui delegatus est, ut alii promittat stipulanti: nam hic si promittat, novatur obligatio cum id agitur: Ille vero, qui delegatur ut solvat alii, quod mihi debet, si promittat, vel consti- D tuat se soluturum, non novatur obligatio, quoniam non actum est, ut novaretur, id est, id noluit is, qui delegavit, *l. 25. de novat.* Et de hoc genere delegationis est *l. pen. h. tit.* quæ negat eum, qui delegatus est, ut solveret, conveniri posse, nisi promiserit ei, cui delegatus est, vel constituerit se soluturum, videlicet, quod notandum ex *l. pen.* si creditor, qui eum delegavit, sit creditor chirograph. qui nullum pignus contraxit ex causa crediti: Nam hypothecæ creditor jure hypothecæ generalis, vel, si specialiter ei illud nomen obligatum fuerit, etiam non delegatum debitorem debitoris convenire potest, *l. nomen, sup. quæ res pign. obligar. poss.* Ad hæc sciendum est, novationem voluntariam fieri quatuor modis: primo modo sine delegatione: cæteris modis remedio delegationis, sive præcedente delegatione. Primo modo fit novatio sine dele- E gatione mutata causa, vel statu prioris obligationis, non mutata persona debitoris, vel creditoris, ut si de te stipuler novandi animo, quod mihi debes ex testamento, vel ex crediti causa, vel si quid mihi debes ex stipulatu, idem de te stipuler, si modo posterior stipulatio aliquid novi habeat, alioqui stipulatio iterata supervacua est, aut sane inutilis ad faciendam novationem. Dico igitur novationem fieri, si quod mihi debes ex stipulatu, idem postea de te stipuler novandi animo, si modo posterior obligatio aliquid novi habeat, quod non habuerit prior; vel aliquid non habeat, quod habuerit prior, ut si in posteriori stipulatione novandi causa interposita, pignus, vel fidejussor, vel pœna, vel dies, vel conditio adiiciatur, aut detrahatur ex priori, aut si in posteriori stipulatione adiiciatur conreus debendi, quod in *l. ult. h. tit.* significari puto his verbis (*vel aliam personam adhibuerit*) puta si adiecerit conreum debendi. Et sequitur (*vel mutaverit*) quod est novationem fieri, mutato debitore: Male Haloander in illa *l. ult. mutaverit*; alii Codices non habent illa verba (*vel mutaverit*) & tamen retinenda sunt, cum Basilica ea retineant, & veteres libri. Idem fiet si in posteriori stipulatione quantitas debiti augeatur, vel minuatur, ut ait *d. l. ult.* Sed addit, idem evenire, si quis cautionem minorem acceperit, quod quid aliud est, quam quod dixit paulo ante, *si quantitatem minuendam esse crediderit*. Non possunt ea verba (*si cautionem minorem acceperit*) aliud significare. Ergo idem supervacuo repetit, & est ταυτολογία, quod vitium tamen non excidit Justiniano auctori legis ultimæ: Nam vetustiores libri non habent (*minorem*) sed (*juniorem*) rectissime, hoc sensu: stipulationem stipulatione novari, & perimi, si creditor cautionem juniorem acceperit, quod probat *l. chirographis, D. de administ. tut.* quæ docet, novationem fieri facto novo chirographo, quamvis nec persona mutata sit, nec causa obligationis, quin etiam ad faciendam hanc novationem compelli debitorem, amisso veteri chirographo, incendio, vel alio casu. Ita recte dicimus, novationem fieri per cautionem juniorem, & stipulationem stipulatione novari sola hac ratione, quod sit junior, & recentior stipulatio, sive cautio, recens instrumentum. Secundo autem modo, novatio fit mutata persona creditoris, ut si quod tibi debeo, alii, non creditori tuo stipulanti promittam: hoc modo non fit novatio sine delegatione, sed nec etiam sequentibus duobus, de quibus dicamus. Tertio igitur modo fit novatio mutata persona debitoris: ut si quod tibi debeo, stipuleris ab alio non debitore meo ultro se offerente, ultro suscipiente nomen meum, & me liberante. Quod etiam fit, si ego alium non debitorem meum tibi delegavero, qui promitteret tibi quod debeo. Quarto modo novatio fit mutata persona utriusque debitoris, & creditoris, quod fit etiam per delegationem, ut si debitorem meum tibi creditori meo delegavero, qui tibi promitteret, quod debeo: Nam & tu mutas debitorem, & ille debitor meus mutat creditorem. His modis novatio fit: sed nullo tamen modo fit novatio, secundum quod constituit Justinianus in *l. ult. h. tit.* etsi tacite inter contrahentes actum sit, ut fieret, quod tamen olim sufficiebat, nisi nominatim sit expressum, novationis causa rem geri. Alioqui si hoc dictum non sit nominatim, res procedit ἀνοβατεύτως, quod ego restitui in Instit. est barbara vox Græca inflexa ad Latinam, ut eo specialiter non expresso, res fiat ἀνοβατεύτως, id est, ut non fiat obligationis novatio.

AD TITULUM XLII.

DE SOLUTIONIBUS, ET LIBERATIONIBUS.

NOVATIONI, & delegationi, quæ per stipulationem priorem obligationem tollit, dictum est *tit. superiore*, inde rapta occasione, adjungit alias rationes, sive modos, quibus & citra stipulationem tollitur obligatio, mox rediturus ad stipulationes. Et summa quidem ratio tollendæ obligationis est solutio, id est, datio, vel numeratio, vel præstatio ejus, quod debetur, vel alterius rei volente creditore: Nam invito creditore aliud pro alio solvi non potest, *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* nisi lex quædam specialis cogat creditorem aliud pro alio accipere, veluti pro pecunia prædium æstimatum, si cogatur accipere in solutum, quod leges plerunque statuebant, cum in urbe abundabat æs alienum, cujus dissolutio esset difficilis, cumque difficilis erat ratio conficiendæ pecuniæ, ut post bellum civile lege Julia cautum est, quod solvendi æris alieni difficillimum esset illud tempus, ut debitores pecuniarum creditoribus satisfacerent per æstimationem possessio-

A sionum, quanti quisque ante bellum civile cumparasset, id est, prædiis datis in solutum æstimatis, quanti ea emissent ante bellum civile, quod non erat sine magno detrimento creditorum. Et ejus rei auctor est Svetonius in *Julio*, & Julius ipse *in princ. 3. de bel. civ.* Et hoc genus solvendi æris alieni, puta prædiis æstimatis datis in solutum pro pecunia, Marcus Tullius, qui eo tempore fuit, significat 12. ad Atticum epist. 28. dum ait: *Si Castritius pro mancipiis pecuniam accipere volet, eamque sibi solvi, ut nunc solvitur*, id est, per æstimationem prædiorum datorum in solutum etiam invito creditore ex lege Julia. Et inde apud eundem sæpe prædia in æstimationem accipere, id est, prædia æstimata accipere in solutum, pro pecunia credita æstimationem, quam fecit lex Julia, non quam creditor, aut debitor: & 13. Epistol. à B *Laberio*, inquit, *Albinus prædia in æstimationem accepit*. Et duodecimo ad Atticum: *ut numerato malim accipere, quam æstimatione*, id est, dato prædio in solutum. Et alio loco, *Credo, quod accipienda aliqua sit, & danda æstimatio*, id est, prædium aliquod æstimatum pro pecunia debita. Et 9. Epistol. eleganter: *Non eo consilio sis, ut cum me hospitio recipias, æstimationem aliquam te putes accipere. Etiam hæc levior est plaga ab amico, quam à debitore*. Et 5. *Nolles à me hoc tempore æstimationem accipere: nam numeratum si cuperes, non erat*. Numerationi pecuniæ debitæ, opponit dationem æstimationis, id est, prædii æstimati, & dati in solutum. Ergo creditori aliud pro alio non solvitur recte, nisi lex cogat: invito scilicet: nam volenti aliud pro alio solvitur recte.

Et cum quæritur, quomodo fiat recte solutio, hoc C notandum imprimis, recte fieri, si idipsum, quod debetur, solvatur, vel aliud pro eo volenti creditori, vel coacto velle legis publicæ auctoritate. Item recte fieri eam solutionem, quæ fit congruo loco à debitore, vel ab alio nomine debitoris creditori, vel alii, mandato, aut voluntate creditoris. Et generaliter, ut ait *l. 22. h. tit.* quæ fit ei, qui exigendi potestatem habet, veluti servo calendario præposito, *l. 19. hoc tit.* vel qui liberam peculii administrationem habet, si quid de peculio mutuatus sit, *l. 3. h. tit.* Ex solutione sequitur liberatio, etiam non reddito, vel non cancellato chirographo, *l. 4. 19. 22. h. tit.* cujus tamen chirographi post solutionem debitori condictio competit, quasi sit apud creditorem sine causa, *l. ult. h. tit l. 2. sup. de condict. ex leg.* Ex solutione, inquam, sequitur liberatio, ut ex stipulatione sequitur verborum obligatio, *l. 5. §. conventionalis, D. de verb. oblig.* Solutio D est causa, liberatio effectus. Et quod dicitur in *l. solutionis, D. de solut.* conjuncta *l. liberationis, D. de verb. signific.* quoniam ambæ sunt ex eodem libro, idem significari utroque verbo liberationis, & solutionis, non pertinet ad hunc titulum, sed quantum inscriptio earum legum demonstrat, ad titulum *de re judicata*, quo à condemnato exigitur, ut solvat, *l. 4. §. solvisse, D. de re judic.* ubi *solvendi* verbum eandem vim habet, quam liberandi. At in hoc titulo solutio à liberatione distinguitur, ut & libro 11. *tit. de solut. & liberat. debitor. civ.* Et solutio est causa, ut dixi, liberatio effectus. Solutio est facti, ut ait *l. consilio, §. ult. D. de curat. furios.* Liberatio est juris. Item solutio est species tollendæ obligationis, liberatio genus: Nam & aliis, quam solutione, modis plerisque E liberatio contingit ipso jure, vel ope exceptionis, veluti novatione, pacto, transactione, donatione, compensatione, capitis deminutione debitoris, acceptilatione, oblatione, & obsignatione, & depositione totius pecuniæ debitæ, confusione, ut si unus, idemque homo successione, sive aditione hereditatis fiat debitor, & creditor ejusdem pecuniæ, venditione pignoris idonei. Item re debita exstincta, sine culpa debitoris, vel etiam reddito chirographo voluntate creditoris, ut *l. 15. h. tit. l. 7. sup. de remiss. pig.* ubi id latius exposui, vel etiam donatione apochæ à creditore conscriptæ, id est, professione receptæ pecuniæ, si modo apocha non arguatur esse falsa, ut *l. 13. 14. 21. & 23. h. tit.* Nam differentiam facimus inter apocham, & acceptilationem eadem licentia, qua

A inter pignus, & hypothecam, licet inter se nil differant præter syllabarum sonum, quo lingua Græca discernitur à Latina. Sicut alias dixi eadem licentia medicos facere differentiam inter ἄνθρακα, & *carbunculum*: Theologos inter πεντηκοστὴν, & *quinquagesimam*: Nam revera ea nomina nil distant, præter sonum, & linguæ varietatem, quod una sit Latina, alia Græca, potestas omnium una. Cæterum dicimus apocham esse eam, cui potest opponi exceptio non solutæ pecuniæ: Nam etiamsi scripsero, mihi solutam pecuniam, quia potui id scripsisse spe futuræ solutionis, quæ secuta non sit, debitori objicienti mihi apocham, contra objicio recte exceptionem non receptæ pecuniæ, quæ tamen exceptio acceptilationi non opponitur, quoniam acceptilatio etiam non solventem liberat, & quasi donatio est, *l. si accepto latum,* B *§. ult. D. de acceptilat.* Et hos omnes modos, quibus liberatio contingit, in unum veluti aggerem coarctavi, quia nimis magna esset mora in singulis, si istum aggerem vellem dissolvere. Et restant tantum duæ leges in hoc titulo, quarum præcipue sunt explicandæ species. Primum *l. 18.* cujus species hæc est: Procurator meus de sua pecunia liberavit me ab omnibus creditoribus meis receptis chirographis, quæ eis fecerat meo nomine, quibus chirographis subscripsit idem procurator, *nihil creditoribus meis, qui ante erant, me debere*: an ex ea subscriptione recte colligam, etiam procuratori me nil debere, qui me sua pecunia liberavit? minime. Nam potest esse verum, ut nil debeam aliis creditoribus, non quod sim liberatus mea pecunia, sed procuratoris, quam ipse, vel ejus heres à me possit exigere actione mandati. Ergo C procurator, qui chirographis subscribit *nil creditoribus deberi*, non de se intelligit, cum & chirographa ad se non pertineant, sed de creditoribus tantum, quibus facta erant. Ergo superest ei petitio pecuniæ, quam de suo solvit, ut dominum liberaret. Hæc *lex* 18. ad dominum, non ad procuratorem, vel heredem ejus scripta est, & singulari personæ, tamen dicit (*vestræ pecuniæ*) pro (*tuæ pecuniæ*) Et ex hac specie doctores generaliter colligunt, in generali sermone non contineri personam loquentis, vel scribentis, quod est generaliter falsum, specialiter verum, ut in hac specie, quia ea fuit mens scribentis, ut intelligeret nil deberi creditoribus, quibus facta erant chirographa, quibus hoc subscripsit. Cæterum deberi sibi, cui nullum factum erat chirographum. Et omnes illæ definitiones generales doctorum, quæ sumuntur ex D specie una, vel altera, in disputando nobis sunt pernegandæ, quod sint tantum specialiter veræ, generaliter falsæ: sicut illud *generalem sermonem non apprehendere personam loquentis*, non est omnino verum, nisi quatenus conjectura voluntatis admittit, vel exigit. Notanda etiam est species *l. pen. h. tit.* Creditor volens pro centum, quæ ei debebantur, accepit fundum æstimatum centum in solutum, fundum accepit in æstimationem pro centum, quæ debebantur: postea idem vendidit eum fundum 200. sua industria invento stulto emptore: Quæritur, an debitor ab eo possit exigere, quod supravendidit? Minime. Eventus, inquit, melior, & industria creditoris non debet prodesse debitori, quia etiamsi creditor vendidisset fundum sibi datum in solutum minori pretio, puta decem, hoc nil noceret debitori. Et eodem E argumento recte utitur *lex 3. D. ad leg. Falcid.* ut si heres res hereditarias bene vendiderit per stultitiam emptoris, & insaniam, ea res non prosit legatariis, non augeat legatum: Nam etiamsi male vendiderit res hereditarias per stultitiam suam, aut imprudentiam, ea res non nocet legatariis. Menda duo erant in hoc titulo. Unum jamdiu sustuli ex *l. 2.* reponens pro (*rationibus*) (*stationibus*) id est, *fisci stationibus*. Et explicata etiam *illa l. 2.* in *l. 1. inf. ne fiscus rem, quam vendidit, evincat*, quod mendum nondum quisquam animadvertit, secuti sunt multi, qui probarent, & in ipso contextu, quod probo, vocem (*stationibus*) reposuerunt. Est aliud in *l. 22.* quod indicant libri omnes antiqui. *Inductum*, id est *cancellatum necne sit chirographum*. Primum hic velim addi subdi-

stinctionem post *chirographum*. Quod sequitur *vestrum*, in eo est mendum, & legendum *vestra*, utque conjungendum verbum postremis verbis, *nil interest*, ut sit, *vestra nil interest*.



AD TITULUM XLIII.
DE ACCEPTILATIONIBUS.

IN hoc tit. redit ad stipulationes: Nam acceptilatione, de qua est titulus, ea tantum obligatio tollitur, quæ nascitur ex stipulatione. Aliæ obligationes, quæ re, vel consensu, vel literis contrahuntur, non possunt tolli acceptilatione, nisi prius novatione facta transferantur in stipulationem Aquilianam, cujus scilicet formulam condidit Gallus Aquilius, & exstat in *l.& uno*, *D. de acceptil.* quia acceptilatio fit verbis solemnibus, ut ait *l.1. hoc tit.* solemnitate verborum obligamur, *l. si fratres*, *sup. comm. utr. jud. l.si in rem*, *sup. si cert. pet.* sic etiam solemnitate verborum liberamur per acceptilationem actu solemni, ut ait *l.ult.sup.de revoc.iis, quæ in fraud.cred.* Acceptilatio igitur fit verbis solemnibus, *Acceptum fers? acceptum fero*. Et verbis tolli non potest, nisi quod verbis contractum est, *l.8. §.acceptum, D.eod.tit.* Cui conjungenda est ratio ex *l. nil tam naturale*, *de regul. jur.* quia nihil est tam naturale, quam eodem quidque modo dissolvi, quo colligatum est. Et ita fit, ut acceptilatione tollatur tantum verborum obligatio, aut alia quælibet translata in verborum obligationem, quod fit remedio stipulationis Aquilianæ, ut in *l.13. tit. sup. l.4. 15. 22. 40. sup. de transact.* Et *l.2. hoc tit.* si donationis gratia novatione facta, per stipulationem Aquilianam scilicet: præmittitur stipulatio Aquiliana, si alia sit obligatio, quam quæ ex stipulatione nascitur, & sequitur convenienter acceptilatio. Idem etiam ostendit *l.3.hoc tit.* Et definitio acceptilationis, quæ ponitur *l.1. D. eod.* ut sit ultro, citroque liberatio utriusque contrahentis, vel ut ipsis verbis utar, ut sit *liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio*. Ea definitio est ejus acceptilationis, quæ fit præmissa stipulatione Aquiliana, quæ omnem obligationem tollit, quoquomodo contractam, *l.1. hoc tit.* quæ aliquantum est obscura. Sententia hæc est: pupillum acceptilatione liberasse debitorem suum, qui postea per errorem pecuniam pupillo solvit: & quærit, an eam condicere possit, quasi indebite solutam. Et ait posse, si acceptilatio fuerit facta tutore auctore, quia rite facta acceptilatio præcludit omnem viam agendi. Sed si facta sit sine tutoris auctoritate, non posse condici pecuniam, quia inanis fuit acceptilatio.



AD TITULUM XLIV.
DE EVICTIONIBUS.

HIC titulus est de stipulatione, qua plerunque venditor emptori cavet pro evictione, id est, in casum, quo genere vindicationis, præterquam si vindicationis servitutum, aut finium, ut suo loco demonstravi, emptor rem, quam accepit ex causa emptionis, vel æstimationem ejus amittat, & eam ei rem habere non liceat, nimirum his fere verbis stipulante emptore, ut formulam stipulationis componam: *eum hominem, quem de te emi, & accepi, mihi per te, heredemque tuum, & per omnes habere recte licere: Et si is homo, quo de agitur, parsve ejus à me petita erit, vel si eum hominem, partemve ejus ego ab alio petiero, tum de ea re agenda adesse, cum tibi, heredive tuo denuntiavero, & eam rem recte defendere: & si is homo, parsve ejus mihi per judicem evicta erit, vel si eum hominem ego à possessore per judicem evincere non potuerim, tum duplam mihi recte præstari: hæc spondesne?* & respondet venditor, *spondeo*. Hæc est stipulatio, de qua agitur in hoc titulo. Plerunque evictionis nomine emptor stipulatur duplam, non quanti res est in veritate, sed quanti emit, ut docet recte Accurs. *l.2. D.eod.& l.cum fundus, & l.si fundo tradito, eod.* duplam, inquam, & interdum, veluti si ita pacti essent, simplam tantum, vel triplam, vel quadruplam, ut *l.si dict.& l.si plus*, *D. eod.* nec enim huic rei modum finemve, vel ullum ulla lex imposuit. Frequentior quidem est duplæ stipulatio, sed licet etiam stipulari plus, aut minus. Et hæc omnia, quæ in formulam contuli, in stipulatione de evictione contineri constat ex locis quamplurimis, *l.stipulatio ista, D.de verb.oblig. l.si rem, §.ult.l.emptori, §.ult. l.si dict.§.in stipul. D.de evict.* Ac proinde hanc stipulationem committi, id est, obligationem evictionis contrahi, non tantum si alio agente in rem adversus emptorem judex condemnet emptorem, atque compellat rem restituere actori, vel æstimationem, sed etiamsi agente emptore in rem adversus possessorem, judex possessorem absolvat, *l.evicta*, *§.1. eod. l. qui absentem*, *D. de procurat.* Evictionis enim nomine significatur in judicio in rem, non in alio, efficax, & plena victoria ejus, qui egit adversus emptorem, vel cum quo egit emptor. Plena, inquam, & efficax victoria, id est, quæ ad emolumentum, seu effectum perducatur, re ablata, vel abducta, vel possessione retenta: Nam plus est evincere, quam vincere, nec emptor habet regressum ad venditorem, quod vicerit adversarius, sed quod evicerit, ut *l.habere, D.eod.tit.* Si adversarius, qui vicit emptorem, statim sine successore decesserit, nec in bona ejus venerint creditores, aut fiscus, vel si eam rem statim donaverit emptori, quem vicit, antequam eam abduceret, vel auferrat, vicit, non evicit. Et ideo emptori, quod victus sit, nulla competit adversus venditorem actio de evictione. Porro si omissa sit stipulatio de evictione, quam ante proposui, secuta evictione nihilominus superest emptori adversus venditorem evictionis nomine actio ex empto, quæ ex sui natura talis est, ut persequatur id, quod interest, & modo dicitur competere in simplam, & in id, quod interest, rem evictam non esse, id est, ad pretium recipiendum, & ad recipiendam omnem utilitatem, id est, omne, quod interest, *l.60.& 70. D. de evict. l.Titius*, *§.ult. D.de act.emp.* Modo dicitur evictionis nomine deficiente stipulatione duplæ competere actionem ex empto in id, quod interest, ut in *l.1. sup. de rer. permutat. l.9.17.21.25.29. hoc tit.* Quod tamen ita debet intelligi, ut in eo, quod interest, insit pretium rei, quod emptor pernumeravit venditori. Competit ergo in id, quod interest, in quo inest pretium rei, modo & eadem actio dicitur competere in id, quod interest, rem evictam non esse, non in pretium, quod adnumeravit emptor, ut *l.23. hoc tit.* Quod etiam ita dabet intelligi, ut competat non in pretium duntaxat, sed in id omne, quod interest, quod plerunque pretium rei egreditur, *l.1. D. de act. emp.* Et ita rectissime glossa interpretatur *d.l.23.* modo evictionis nomine (quod valde pugnat cum superioribus) dicitur ex empto agi ad duplam deficiente stipulatione duplæ, ut *l.2. D. de evict. si dupla non promitteretur*, id est, si deficiat stipulatio duplæ, *& eo nomine agetur*, id est, si agetur de evictione ex empto, nec enim alia superest actio deficiente stipulatione, *dupli condemnandus est reus*. Ergo evictioois nomine actio ex empto competit in duplum. Et ita Paulus 2. *Sentent. tit.17. si res simpliciter traditæ*, id est, non interposita stipulatione pro evictione, *evincantur*, *tanto emptori venditor condemnandus est*, *quanto si stipulatione pro evictione cavisset*: quo etiam pertinet *l.quod si nolit*, *§. quia assidua*, *D. de Ædilit. edict.* Quia etsi ea lex non loquatur de stipulatione, quæ de evictione interponitur, sed de stipulatione, quæ interponitur de sanitate, & noxa hominis venditi, & de iis, quæ continentur ædilitio edicto, qua ex causa etiam duplam promitti constat ex *l.11. §. ult. & l.quia dicitur*, *D. de evict.* & ex Theophilo *tit. de divis. stipulat.* tamen ratio *d. §. quia assidua*, etiam ad stipulationem de evictione accommodari potest, ut quia assidua, & frequens est de evictione stipulatio duplæ, ideo

ex

ex empto agi possit in duplam deficiente stipulatione duplæ, ut ea, quæ moris sunt, & consuetudinis veniant in bonæ fidei judicium, in quo etiam proditum est tantundem valere officium judicis, quantum stipulationem, *l. quia tantumdem, de neg. gest.* Sed ut rem expliecm, hi omnes loci, quibus dicitur, si venditor duplam non caverit stipulanti emptori, ex empto duplotenus agi posse, sic accipiendi sunt, si cum dictum, vel actum esset, ut dupla promitteretur emptori, dupla ei promissa non fuerit, vel si per errorem omissa fuerit stipulatio duplæ, ut ostendit *l. empt. §. ult. & l. si dict. D. de evict.* Et hoc est, quod ait *d. l. 2. eod.* si dupla non promitteretur, puta per errorem omissa stipulatione duplæ, vel eo tantum pacto, ut de dupla venditor teneretur, *& eo nomine agetur*, inquit, scilicet actione ex empto, quod res evicta sit, vel quod dupla promissa non sit: dupli condemnandum esse reum, hoc est, venditorem, ut scilicet re evicta duplum præstet, vel nondum re evicta, ut duplam promittat. Sed si de dupla non sit actum, nec per errorem, sed consulto consilio sit omissa stipulatio duplæ, certum est emptori de evictione ex empto actionem esse in simplam, id est, in pretium, quod numeravit, & in id, quod interest, ut *d. l. 60. eod. tit.* in simplam, inquit, & in id, quod interest, quod quandoque est minoris, quam dupla. Et si quando pluris est, quam dupla, non excedit tamen duplam in judicio empti venditi, quia bonæ fidei judicium est, & bonæ fidei congruit, immensam exactionem resecari, & supra duplum venditorem non exigi, maxime si dolo careat, puta si ignorans vendiderit rem alienam, quam postea dominus evicerit emptori, quæ est sententia *l. cum forte, & seq. D. de act. empt.* Non est omittendum stipulationem de evictione, quam dixi sæpe interponi in duplam, aliquando interponi tantum in simplam, ut *l. hoc jure, D. eod. tit. Stipulationes*, inquit, *simplæ, aut duplæ.* In duplam si veneat homo, vel prædium, vel quæ alia res pretiosa, *l. emptori, §. 1. eod. tit.* In simplam, si ita pacti sint, ut Varro ait 2. *de re rustica, cap. de pastor. vendito homine duplam promitti: aut si ita pact. sint, simplam,* & rursus, *in simplam tantum, si veneat res vilior, & contemptibilis.* Unde venditiones aliæ dictæ sunt duplariæ, aliæ simplariæ, *l. si tamen, §. ult. D. de Ædil. edic.* Aliquando vero stipulatio de evictione concipitur in id, quod interest, hoc modo: quanti ea res est dari, vel indemnem damno præstari emptorem, ut *l. 22. hoc tit.* Sicut stipulatio de sanitate, & noxa, quam sup. ostendi, concipi in duplam, interdum concipitur in id, quod interest, *l. 16. §. si servus. de evict.* Ex iis ergo apparet de evictione emptori præcipue duas esse actiones: unam ex empto, non interposita stipulatione, nisi nominatim actum sit, ut venditor evictionem non præstaret, *l. 21. hoc tit. l. pacta conventa, D. de contrah. empt.* Quo tamen casu (& hoc summe notandum est) licet actum sit nominatim, ne præstet venditor evictionem, tamen sciens rem esse alienam, tenetur in id, quod interest: ignorans vero, & bonæ fidei venditor in hoc saltem, ut pretium reddat, quod accepit, *l. ex empto, §. ult. D. de act. empt.* Alteram actionem de evictione esse ex stipulatione duplæ, quæ frequentior, & usitatior est. Hæc vero est auctoritas, & robur venditionis, ut re jure, judicioque evicta emptori, emptor per hanc, vel illam actionem habeat regressum ad auctorem suum, *son garant*, id est, venditorem, & emptori venditor auctoritatis nomine teneatur, alioqui sine ista auctoritate nulla emptio venditio esset. Marc. Tullius 13. Epist. *Si ea prædia dividentur*, inquit, *quæ ipse Cæsar vendidit, quæ tandem in ipsis venditionibus poterit esse auctoritas?* Qua tamen in re recte monet *l. 6. D. de evict.* si quæratur, an pro evictione caveri oporteat, vel in quantum, vel quomodo, consuetudinem ejus regionis, vel civitatis, vel populi, in quo negotium geritur, esse spectandam: Ergo legem ejus populi, sive regionis, in qua emptio venditio contrahitur, ut in populo Judaico, ex lege Moysis venditis prædiis urbanis pro evictione venditor emptori obligatur, non etiam venditis prædiis rusticis, quoniam & ipse venditor quandocunque prædia rustica redimere, & evincere potest, in pretii rationem imputatis fructibus ab emptore medio tempore perceptis: & anno quoque Jobel, vel ut Græci dicunt, *ἀφέσεως*, ea quoque prædia venditor suo jure recipit, & evictionis, sive auctoritatis nomine non teneri eum, hæc LXX. interpretum verba demonstrant Levit. 25. *ἡ γῆ οὐ πραθήσεται εἰς βεβαίωσιν* a quod est proprie verbum juris: Nam *βεβαιώσεως* nomine significatur auctoritas, & evictionis causa: ex consuetudine igitur, sive lege regionis propria, vel etiam ex conventione contrahentium venditor non omnium rerum, quas vendidit, auctoritatem præstat. Ideoque non omnium est auctor, non omnis venditor auctor est: Nam & olim mancipio datarum venditor non erat auctor, sed mancipio non datarum tantum, ut Varro ait supradicto loco, si mancipio non datur, duplam promitti. Et ratio est, quia soli domini ex jure Quiritium mancipio dare poterant, tradere etiam non domini, verum, qui quid mancipabat solemniter, præstabat satisdationem, seu satis secundum mancipium, ut ostendit M. Tullius initio 5. Epistol. ad Atticum, nisi scilicet lege venditionis dictum esset, ne satisdaret, ut Varro scribit 5. de lingua Latina, *Caveri cœptum in lege mancipiorum vadem ne posceret, nec dabitur.* At qui traditione, non mancipatione sola rem venditam transferunt in emptorem, non satisdant de evictione, nisi id actum sit nominatim, sed repromittunt tantum non dato fidejussore, *l. 4. l. si dictum, D. eod. tit. l. 1. §. pen. D. de prætor. stipulat.* Præstant denique de evictione nudam cautionem in simplam, vel in duplam pretii, non veri, sed ejus, quod acceperunt: nec enim (& hic terminus hæreat semper apud vos) de evictione ulla actio competit, nisi pretio, aut pretii parte soluta, & re per traditionem translata in emptorem, & postea jure, judicioque evicta.

Ad L. I. Emptor hereditatis *rem à possessoribus sumptu, ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non præstatur in singulis rebus cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.*

EX lege prima intelligimus multum interesse hereditas veneat, an certum corpus, certa res, vel species, aut plures res certæ. Nam si plura corpora, sive plures res, vel una veneat, emptor tenetur ex empto, ut eas res suo sumptu, & periculo persequatur, & tradat earum possessionem vacuam, & in singulis rebus præstet evictionem, quoniam quot sunt res, tot sunt evictiones, aut evictionum causæ. Si hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem tradere hereditariam, nisi quam habet in sua potestate, nec tenetur in singulis rebus hereditariis præstare evictionem, sive auctoritatem. Et ratio differentiæ hæc est, quia hereditas nomen juris est, & qui hereditatem vendit, non res corporales, quæ in hereditate continentur, vendit, sed jus successionis, quod est incorporale, & hoc jus esse, id est, hereditatem esse, & se heredem esse, dolumque malum præstare venditor hereditatis tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea, quæ ad se pervenerunt, vel quæ ipse dolo malo fecit, ne ad se pervenirent. Et ita est intelligenda *l. qui filiifamil. §. 1. D. de hered. vend.* ut venditor hereditatis cogatur tradere res hereditarias, quæ scilicet ad eum pervenerunt, vel dolo malo fecit, quo minus pervenirent, qua de re etiam interponi solet stipulatio, quæ dicitur emptæ, & venditæ hereditatis, de qua est tota *lex 2. ff. de hered. vendit. & l. pecuniæ, de verb. signific. & l. 50. de verbor. oblig.* & aliæ complures. Alias vero res hereditarias, quæ ad eum non pervenerunt, nec dolo malo fecit, ut minus pervenirent, venditor emptori hereditatis tradere non tenetur, sed liberatur cedendo emptori earum rerum persequutionem, *l. 2. §. pervenisse, ff. de hered. vend.* Emptor autem eas persequitur suo sumptu, & periculo, ut in hac *l. 1.* Si quid vero evincatur de rebus hereditariis, eo nomine venditor hereditatis, neque cavere de evictione, nec evictionem præstare cogitur, nisi, ut ait hæc lex, *l. 1.* aliud nominatim convenerit. Et ratio

hæc

hæc est, quia sive res, quæ evicta est, non fuit hereditaria, non veniit igitur: sive fuit hereditaria, per injuriam judicis evicta est, & injuria judicis non obligat venditorem, injuria facta emptori non pertingit venditorem, & æquius est, ut maneat apud emptorem, cui facta est, quam transferatur ad venditorem: Sicut etiam dicitur injuriam à judice factam fidejussori, non pertingere debitorem principalem, *l.exceptione, ff.de fidejuss.* Et hoc omne etiam confirmat *l.1. sup. de rer. permutat. & l.18. & 25. hoc tit. & l.5. & l. si per imprudentiam, ff. eod. tit.* Qua de causa, ut sit actio de evictione, semper exigebam heri, ut res emptori jure, judicioque evinceretur, id est, non tantum judicio, sed etiam jure: quoniam si non judicio, vel si judicio, & non jure, emptori non est regressus ad venditorem. Et hoc, quod ita statuimus io hereditate vendita, locum habet, etiamsi quodlibet aliud jus veneat, non corpus: ut si veneat peculium servi, quod est etiam nomen juris, non corporis, vel nomen, id est, obligatio, seu cautio fœneratitia: Nam venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen, & dolum malum utique semper, non etiam ut exigi aliquid possit, & ferri ex peculio, vel nomine, nisi aliud nominatim convenerit. Qua exceptione in hereditate vendita etiam utitur *hæc l.1.* & in nomine, ac peculio, *l.5. l.si plus, §.ult. ff. eod. l.si nomen, ff.de hered. vend.* Quærit autem Accurs. in hac lege, ne quid prætermittamus, utrum si amissa possessione rei venditæ, & traditæ emptor eam persequatur, suis sumptibus eam persequatur: an vero sumptum factum in litem recipere possit à venditore: estque elegans quæstio. Et valde placet, quod dehoit, licet inconditte, victo emptore, & re evicta, si non sit actio de evictione, nec esse propter sumptus litis causa factos, ut in specie *h. l.1.* si sit actio de evictione, & inesse in ea rationem sumptuum factorum in litem, ut *l.17. & 18. l.fidejussor, ff. de dol. except.* Quod utique verum est, sive de evictione agatur ex empto, sive ex stipulatione concepta in id, quod interest, ut heri ostendi, eam non semper concipi in duplam, vel simplam, sed in id, quod interest, ut *l.22. hoc tit. & l.venditores, D. de verb.obligat.* non etiam si de evictione agatur ex stipulatione duplæ, vel simplæ, quia hæc stipulatio certum finem habet, & taxationem certam, ultra quam progredi non licet, etiamsi superest ratio impensarum factarum in litem. Et hæc fuit recta mens eorum, quos Accurs. notat in hac *l.1.* dixisse, cum est evictionis nomine regressus ad venditorem propter sumptus litis causa factos, non semper agi ex stipulatione, duplæ scilicet, vel simplæ, quæ suos fines habet: sed semper ob eam rem agi actione ex empto, quia hæc est natura actionis ex empto, ut in eam veniat omne id, quod interest etiam supra duplum, maxime si cum eo agatur, qui sciens rem alienam, vel alii obligatam, mala fide vendiderit, ut *l.60. D. de eviction. l.idque, D. de action. empt.* Et hoc si ut posui initio, victus emptor, & res evicta sit. Nam si emptor vicerit, vel si res evicta non sit, nisi aliud convenerit, ut *d. l. venditores*, hoc casu, nec propter sumptus emptori, qui vicit, ullus est regressus ad venditorem, *l.18. hoc tit.* quia æquum est, ut suis quisque sumptibus rem suam tueatur, atque defendat. Et errat Bartolus hoc loco tota via, qui vult semper venditorem agnoscere sumptum, quem emptor fecit in lite, quam obtinuit: Nam quod ait, venditorem in hoc teneri, ut emptori rem habere liceat, quod est verissimum, hunc habet sensum, ut ne res emptori evincatur, non etiam ut sumptum agnoscat, quem emptor fecit utiliter in re empta defendenda, & obtinenda. Quod item ait idem Doctor *emptori mota lite de rei venditæ proprietate, debere rem defendere, prendre la garantie*, quod est certissimum, non hoc est, ut debeat rem defendere suis sumptibus, si vicerit emptor: sed si victus fuerit. Et plane is auctor, dum his rationibus abutitur in hanc suam propriam sententiam: agit se pro sophista vano.

Ad L.II. Quoniam avus tuus, *cum prædia tibi donaret, de evictione eorum cavit: potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere, ob evictionem prædiorum pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.*

Sciendum est, actori dari actionem de evictione, vel ei, qui est similis emptori, ut dicemus *in l.4.* etiamsi de evictione nil dictum, pactum, vel promissum sit, *l.6. h. t.* quia hoc naturaliter inest huic negotio, ut auctoritatis nomine venditor, vel qui similis est venditori, obligetur, alioquin inane negotium esset: non tamen dari actionem de evictione donatario, etiamsi inter se pacti sint donator, & donatarius in ipsa traditione rei donatæ, quo genere perficitur donatio, ut donator præstaret evictionem, & auctoritatis nomine teneretur: Nam hoc pactum non obligat donatorem, id est, ex pacto donationi meræ, cui nullum negotium inest, apposito, non nascitur actio, quia donatio, quæ traditione perficitur, non est contractus, & nullam parit actionem, ut pactum ei additum possit formare ipsam actionem. Et idem dicam etiam hodie ex constitutione Justiniani, nudo consensu perfecta donatinne sine traditione ad exemplum emptionis, ut nec ex pacto io donatorem sit actio evictionis nomine. Et ita Jacobus sensit recte antiquus interpres, & rectius quam Accurs. hoc loco: Nam Justiniaous, qui nove induxit, ut nodo consensu perficiatur donatio, non hoc etiam nove contra jus vetus constituit, ut ex pacto donator de evictione teneatur. Jus novum extendere non licet. In Glossa Accursii ad hanc legem, si quis eam excutiat, hærebit, nisi addat negationem illo loco: *Alias, inquit, si incepis à pactione, idem si à traditione non agitur ad instar dotis, &c.* Summa hæc est, quoquo modo perfecta sit donatio, donatorem ex pacto non præstare evictionem: at ex stipulatione præstare, puta si stipulanti donatario donator evictionis nomine promiserit duplam. Et hæc est sententia *h. l. 2.* ex qua interpretabimur etiam quod ait *l.sciendum, D. eod. tit.* nil interesse, utrum ex causa emptionis stipulatio duplæ interposita sit, an ex alia causa, veluti ex causa donationis, ut in *h.l.* vel ex causa dotis, ut in *l.23. ff. eod. l.1. sup. de jur. dot. l.non solum, D. eod.* & interdum ex causa legati, ut infra dicemus. Et quod ait *Paul. 5. Sent. tit. de don.* invitum donatorem de evictione rei donatæ promittere non cogi, nec eo nomine, si promiserit onerari, quod lucrativæ rei possessor, qualis est donatarius, ab evictionis actione ipsa juris ratione depellatur: hoc intelligamus de donatore, qui promisit evictionem paciscenti donatario, non stipulanti: Nam si stipulanti, proculdubio tenetur ex stipulatu evictionis nomine. Illud etiam notandum, donatorem, qui sciens donavit rem alienam, licet de evictione non teneatur, de dolo tamen teneri in id, quod interest, si donatarius, dum existimat rem fuisse donatoris, & ab eo in se dominium transiisse, in eam rem meliorandam magnos sumptus fecit, hos recipiet actione de dolo à donatore, qui eum fefellit, *l. Aristo, §. ult. de donat. l. ad res, de Ædilit. edic. l. Julianus in fine, de verb. oblig. l.3. §.ult. ff. si famil. furt. fec. dic.* Notandum etiam est, quod si donationi mixtum sit negotium, ut si dono tibi fundum, ut vicissim mihi aliquid des, vel ut aliquid facias ex pacto, atque etiam sine pacto, est actio præscriptis verbis de evictione, quia mutatio potius est, aut veluti permutatio, quam donatio, *l.ult. sup. de rer. perm.* Ergo idem est, si quid dono tibi, ut ἀντίδωρον, accipiam, quia veluti genus permutationis hoc est, ut ait *l.sed etsi lege, §.consului, ff. de petit. heredit.* Et ita donatorem, qui accepit ἀντίδωρον, teneri de evictione nominatim scriptum est in *Legibus Longobardorum, l.2. de evict. sive leg.1. de donat. & empt.* Quarum legum usus viget etiam hodie Mediolani, & in omni illo tractu Italiæ, qui in hanc ætatem retinet Longobardiæ nomen, & ab Accursio citantur sæpissime, & supradictis locis: illæ leges ἀντίδωρον vocant (*Laonequild*) quod est, ac si germanice hodie diceres, *lovegri*, id est, pecuniam repensatricem. Et corrupte scriptum est in glossa *l. 1. D. si à par. quis manu. fuerit*, eam legem Longobar-

gobardorum appellari, *machildam*, cum sit scriben- A
dum, *laonequildam*. Porro quia legatum ast donationis
species, & legatarius lucrativæ rai possessor, sicut do-
natarius, inde Accursius tractat in hac *l.* an heres lega-
tario teneatur da evictiona. Et ejus rei certa definitio
hæc est, ut si certus homo legatus sit, veluti Stichus, val
certa res, heres non teneatur de avictione, quia talem
rem dare debet, qualis est, nisi testator sciens, prudens-
que alienam rem essa, eam ab hereda legaverit, quia ax
conjectura voluntatis præsumitur testator heredem one-
rare voluissa periculo avictionis, *l. Sticho, D. de usufr. leg.*
vel nisi ultro stipulanti legatario heres caveat de evi-
ctione, axemplo donatoris: licet aliud sit, si heres, vel
donator caveat da sanitate, vel de fuga servi legati, quia
ex hac stipulatione non obligatur, cum invaletudo, aut
fuga non faciat, ut res legata desinat essa legatarii, sicut B
cum evincitur, *l. si legati servi, ff. de legat.* 1. Marc. Tul.
3. Offic. *Venditor*, inquit, *quæ scire debuit de sanitate, & de fuga, præstat edicto Ædilium: heredum*, inquit, *alia causa est*. Si autem incerta res, aut incertus homo legatus
sit, puta homo generalitar, & electio sit heredis, avicto
eo, quem elegit heres, & præstitit, quia male elegit, tene-
tur da evictione, actione ex testamento, vel ex stipula-
tu. Et hæc omnia ostenduntur in *l. heres, D. de evict. l. si domus, §. 1.* qui est accipiendus de homine generaliter le-
gato, *l. si à substituto, §. 1. D. de leg.* 1. *l. qui concubinam, §. si heres, de legat.* 3. Eandemque distinctionem servari in
stipulationibus, adjecit *l. quæ de legato, D. de legat.* 1. ut
qui promisit Stichum, talem dare debest, qualis est,
qui hominem generaliter, ut eum dare debeat, quem
habera liceat stipulatori. Postremo tractat Accursius, C
quod interpretes non explicant, quid sit dicendum in
eo, qui rem habet quasi ex lucrativa causa, an is, qui ai
dedit eam rem, ai teneatur de evictione? Et causam *quasi lucrativam*, non vere lucrativam vocat, noxæ deditio-
nem, quia plarunque pro levi noxa corpus servi deditur
ei, cui noxam fecit. An igitur si non dominus servum
dedat noxæ, cujus fingit sasa dominum, tenetur de evi-
ctione? Et hoc casu non posse taneri placet, quia nec is
servus, quem non dominus dedit in noxam, à domino
evinci potest, nisi offerst æstimationem noxæ, quam facit
servus, alioquin vindicanti obstat exceptio doli mali, quæ
est sententia *l. si noxale, §. ult. & l. seq.* quam adducit
Accurs. *D. de noxal. action.*

Ad L. III. Qui tam amit, *& post possidet: quamdiu evicta non est, auctorem suum, propterea quod aliena, vel obligata res dicatur, convenire non potest.* D

LEgis tertiæ santentia est hæc: quamdiu res vendita,
& tradita emptori avicta non est, tamdiu non esse
emptori adversus venditorem actionem de avictiona ex
stipulatione duplæ, vel simplæ, vel ex empto, tametsi lis
emptori mota sit de proprietatis, aut pignoris jure, de
alia ra agi potest, puta, ut venditor rem defandat, ut rei
agendæ adsit, *l. si plus, §. pen. D. eod. tit.* val si ita convene-
rit, ut statim post motam litem emptori pretium resti-
tuat, *l. 12. hoc tit.* At de evictione ante evictionem agi non
potast. Et ait hæc *lex 3.* qui rem emit, & post possidet,
puta re tradita, quoniam re non dum tradita amptori,
nulla subest causa quærendi, aut disputandi de evictio- E
na: nec enim evinci emptori potest, quod nondum ei
traditum est, & re non tradita emptori, tantum compe-
tit actio ex empto adversus venditorem, ut rem tradat,
ut rei vanditæ vacuam possessionem tradat in *l. 5. h. tit.*
Ergo si alii obligata sit, ut eam luat, & liberam emptori
præstet, quia vacua possessio non est, quæ jure pignoris
avocari potest per actionem hypothecariam, *l. 3. D. de action. empt.* Deinda ait hæc *lex 3. quamdiu evicta non est*, id est, *quamdiu emptori rem habere licet*: & sequitur:
auctorem suum, propterea quod res aliena, &c. Sane con-
venire auctorem suum non potest ob hoc solum, quod
res dicatur aliena oppignarata, actione ulla de evictio-
ne, cum nondum sit res evicta, ut exposui initio, sed ad
hoc etiam porrigenda lex est, ut non possit emptor post
traditionem convenire auctorem suum, maxima si dolo
careat, actione ex empto in quantum interest sua, rem
suam esse factam, quæ dicitur asse aliena, vel atiam si alii
dicatur obligata, ut eam venditor reluera cogatur, quod
etiam demonstrat *lex 5.* dum ponit da re luenda agi ante
traditionem, quia scilicet da ra luanda agi non potast
post traditionem ante evictionem, neo de alia re qua-
quam anta avictionem. Et errat vehementar Accur-
sius, quem plurimi sequuntur, dum etiam post traditio-
nem, nondum sequuta avictione, in iguorantem vandi-
torem de re luenda agi posse arbitratur, cujus atroris
arcem tantum unam habet *l. creditor, §. prædium, D. de act. emp.* quod dicat prædium æstimatum datum fuisse in
dotem, & traditum igitur, ut ipsi interpretantur: & ta-
men si creditori obligatum daprehandatur, agi posse in
aum, qui prædium dedit, vel heredam ejus actione ax
ampto, ut prædium luat, & à creditore liberet. Sed non
animadvartunt illa verba (*prædium æstimatum in dotem datum*) non significare naturalem traditionam, sed per
scripturam instrumenti dotalis, quo profitetur patat se
prædium dare in dotem, quod nondum tamen tradit.
Et ita ea quoque verba accipi constat in *l. 14. D. de jure dot. & l. si fundum, D. de fund. dot.* Dixi paulo ante, *si venditor dolo careat*, hoc ast, *si ignoret rem esse alienam, vel obligatam*: Nam si quis sciens rem alienam vendiderit,
& tradiderit, atiam aute evictionem ex causa doli con-
veniri potest, si quid interrit, actione ex ampto in id,
quod interest, ut *l. servus, quem, §. ult. D. de act. emp. l. ult. sup. de litigios.* Et consequenter si sciens rem pigneratam
vendiderit, & tradiderit, etiam anta avictionem conve-
niri potest propter suam improbitatem, ut eam reluat,
& repigneret actione ex empto: nam nae in scientem
post traditionem anta evictionem dabitur actio ex stipula-
tu, argumento *l. 4. ff. de act. emp.* quia strictior est actio.

Ad L. IV. Si prædium tibi pro soluto *datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: causa pignoris mutata non est: Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit: Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.*

SCiendum est, non tantum emptori dari actionem de
evictione, sed etiam ei, qui pro pecunia credita, vel
pro pretio certo, aut incerto rei venalis rem æstimatam
in solutum accepit, quia æstimatio similis est emptioni
venditioni. Et non tantum qui emit numerato est em-
ptor: sed etiam, qui emit æstimatum, id est, data re æsti-
mata pro pretio, & re avicta. Igitur utilis actio ax ampto
ei dabitur, qui rem accepit in quantitatam debiti, vel in
id, quod interest. Et hæc est sententia *l. 4. & l. eleganter 24. D. de pignerat. act. & l. 1. sup. de rer. permut. in prima parte*. Verum obstat *l. si quis aliam, D. de solut.* quæ si
alia res pro alia soluta sit, & *l. libera, sup. de sentent. & interloc.* quæ generalitet, si pro debito res soluta sit volen-
ti creditori, re evicta, dicunt agi pristina actione, & de-
bitum rapeti, quasi ea solutione non fuerit sublata pri-
stina obligatio: nec dant ob eam tem utilem actionam
ex empto, ut superiores leges. Possat dici non esse hæc
scripta contraria, quæ diversas actiones dant, si data
una, nominatim non denegetur altera: & in casu propo-
sito igitur, re evicta agi posse utili ex empto quasi con-
tracta emptione, vel actiona pristina, quasi res pro re,
vel pecunia soluta non facta accipientis, non sustulerit
pristinam obligationam. Sed ne hoc remedio utamur
sine subtarfugio, obstat *d. l. 1. sup. de rer. permut. in 2. parte*,
quæ huic casui opposito alio casu, quo res non vanalis
pro ea data est (quod negotium permutatio appellatur)
dum ita facta permutationa rerum, statuit in electione
esse ajus, cui res avicta ast, ut vel agat evictionis nomine
in id, quod interest, ut *l. 29. h. tit.* vel repetat rem, quam
vice mutua dedit, plana indicat, priore casu proposito
in prima parta lagis eandem electionam non dati ei, cui
res data pro pecunia evicta est, sed superesse ei tantum
actio-

actionem in id, quod interest, per quam possit eam quoque A pecuniam consequi, sed non superesse pristinam actionem. Quare melius est, quod unum est ex remedius Accursii, ut inter negotia, de quibus agitur constituamus esse differentiam. Si pro pecunia res æstimata soluta sit, emptionem esse, non permutationem, *l. plerunque, §. pen. D. de ju. dot.* aut sane hoc genus negotii minimum demutare ab emptione venditione, plurimum à permutatione: & ideo ex natura emptionis venditionis liberationem à pristina obligatione contingere ei, qui rem alienam solvit pro pecunia, qui pro venditore habetur, & rem alienam, ut diximus, quia venditor non tenetur facere rem emptoris. Hæc est natura venditionis emptionis: sed si pro re res soluta sit, pro specie species, pro corpore corpus, non pro quantitate corpus, ut priori specie, sed pro re res, ut *d. l. si quis aliam, & d.l. libera,* per- B mutationem esse, quæ etiamsi emptioni similis sit, ut dicitur: tamen in multis hæc negotia distare inter se, ex professo docet *lex 1. D. de rer. permut.* Et inter cætera, quæstionem propositam expedit, quia rem alienam tradens contrahit emptionem venditionem: at rem alienam tradens nullam contrahit permutationem, quia ita contrahitur, *do ut des*, & non dat, nisi qui facit accipientis, *l. ult. D. de cond. caus. dat.* Ergo ex causa permutationis tradita re aliena pristina obligatio rei debitæ (quia nulla permutatio contracta est) remanet integra, & ex ea agi potest evicta re aliena, quæ pro re debita soluta erat. Et ita hæc res explicanda est.

Ad L.V. Ex his prædiis, *quæ mercata ei, si aliqua à venditore obligata, & necdum tibi tradita sunt, ex empto* C *actione consequeris, ut ea à creditore liberentur. Idem etiam fiet si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposuerit.*

RE evicta emptori, non aliter datur regressus ad venditorem, quam si lite mota emptori, judicio in rem emptor auctori suo, id est, venditori denuntiaverit, ut de ea re agenda adesset, nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, ut *l. Herennius, D. de evict.* vel nisi per venditorem fiat, ut ei denuntiari non possit, vel nisi emptor cognoscere, vel expiscari non potuerit, ubi auctor suus esset, ut ei denuntiaret, & certiorem faceret controversiæ sibi commotæ de proprietate rei venditæ, *l. 29. hoc tit. l. si ideo, in fine, l. si dictum, §. pen. D. eod.* Exceptis his casibus non tenetur venditor emptori, nisi lite mota emptor ei D denuntiavit, ut de ea agenda adesset, ut negotium defenderet, ut liti subsisteret, vel adsisteret, ut in hac re nostri auctores loquuntur, *l. in executione, §. in solidum, l. cum ex causa, D. de verb. obligat. l. 21. & 23. h. tit. l. si rem, §. 1. D. eod. tit.* sicut tutores in judicio pupillis suis, & patroni in suis susceptis, amici in ærumnis amicis suis, obstetrices, quæ & ob eam rem *adsestrices* dicuntur, parturientibus adsistere, ut *l. pen. sup. si adversus rem judic. l. un. sup. ut quæ desunt advoc. judex supp. l. ab accusatione, D. ad Senatusc. Turpil.* & sæpe Plinius in epistol. & Apulejus 8. *decepto seni subsistite*, & 10. *meis extremis ærumnis subsiste*. Ita controversia mota de re emptori, quam emit, denuntiatus venditor liti subsistere, sive adsistere debet, uti denuntiatus est, quod Græci παρίστασθαι. Et hoc denuntiare venditori, ut liti subsistat, est laudare auctorem, ut in hac *l. &* E *l. 14.* & sæpissime in jure, & in iis actionibus empti venditi. Et *laudare* non est laude afficere, sed *nominare, appellare, invocare: sommer le garant. En la costume de Normandie, boucher le garant.* Nam & tota Francia auctorem vocat (*garant*) lingua prisca Germanorum, ut in legibus Imper. Othonis, additis legibus Francicis, & Longobardicis, *l. 5. de rebus intertiat.* Porro denuntiari hoc debet venditori, vel heredi ejus, ut in *l. 9. h. tit. & 14. & 20. 21. & 23.* nec satis est denuntiari procuratori ejus, nisi venditor ipse præsens sit, ut *l. si dictum, §. si præsente, D. de evict.* quoniam ipsi venditori denuntiari videtur, cum ipso præsente procuratori ejus denuntiatur: sicut si procurator præsentis stipulanti promittat, ipse dominus, qui est

A præsens promittere intelligitur, *l. si procuratori, D. de verb. obligat.* sicut si quis stipuletur præsenti, ipsi, qui est præsens stipulari videtur, & valet stipulatio, *l. 3. sup. de contr. & commit. stipul. l. 3. de inut. stipul.* Illud est valde singulare, ut pupillo forte heredi venditoris recte denuntietur, ut rei agendæ adsit etiam sine tutoris auctoritate, cum tutor non apparet, quod benigne, id est, jure singulari receptum esse ait *d. lex si dict. §. ult.* in hac causa evictionis: Nam alias si pupillus forte debitor interpelletur à creditore sine tutoris sui auctoritate, id est, non præsente tutore suo, non constituitur in mora, *l. sed si ex stipul. D. de reb. obligat.* At evictionis nomine receptum est, recte denuntiari pupillo sine tutore ejus, & eam denuntiationem re evicta denuntianti parere in pupillum actionem de evictione. Illaudatus venditor .i. non denuntia- B tus, non tenetur de evictione, *l. 8. & 17. h. t. l. 1. sup. de peric. & comm. rei vend.* l. *libera, sup. de sentent. & interloc. l. qui absentem, D. de procur.* Laudatus autem auctor, sive venditor non potest defugere auctoritatem, id est, non potest non suscipere defensionem causæ: vel si non suscipiat, non potest non teneri, hoc est, non defugere auctoritatem, ut nostri loquuntur in *l. minor, in fine, D. de evict. l. in executione, §. in solidum, & l. cum ex causa, de verb. oblig.* In quibus locis defugere, est defugere auctoritatem, ut recte divinavit doctissimus Victorius 5. *Variarum*, cap. 22. quod Terentius, Plautus, Cicero dicunt, *defugere auctoritatem*, hunc modum loquendi sumpsisse ex Jurisconf. nam hoc verum esse supradictæ leges demonstrant: laudari autem oportet auctorem primum .i. venditorem ipsum, non fidejussorem evictionis, quem venditor dedit, qui secundus C auctor appellatur, ut *l. 4. D. de evict.* Et in glossis veterum Grammaticorum *βεβαιωτὴς, secundus auctor, & προπράτης, secundus auctor.* Et dico fidejussorem evictionis, quia etsi venditor de evictione non cogatur satisdare dato fidejussore, sed tantum repromittere nuda cautione, ut memini me dicere *in prælectione 1. ad hunc tit.* tamen ex conventione sæpe datur fidejussor de evictione, & uno casu etiam invitus venditor omni modo cogitur satisdare de evictione, quo jure utimur, videlicet si agat ex vendito de pretio eo tempore, quo emptori movetur lis pignoris, vel proprietatis, ni velit repelli exceptione doli mali, ut *l. 24. h. t. l. pen. §. ult. D. de peric. & comm. rei vend.* qua exceptione etiam repellitur venditor, qui antequam tradat rem venditam, quæ alii est obligata, non luit, non liberat, si agat de pretio anta luitionem rei venditæ, nec D traditæ, ut *l. 5. h. t.* nisi ut puto paratus sit satisdare de evictione, argum. *l. 24.* Et fidejussorem avictionis .i. secundum auctorem non esse laudandum, sive denuntiandum, docet hæc *l. 7.* & etiam illaudatum fidejussorem teneri, si modo primus auctor laudatus fuerat. Postremo notandum est, venditorem laudatum, denuntiatum, appellatum, conventum ad eam rem defendendam non posse uti præscriptione sui fori secundum regulam, *ut actor sequatur forum rei*: sed (quo jure etiam utimur) debere sequi forum emptoris, *l. venditor, D. de judic. l. un. sup. ubi in rem act. exer. deb. Nov. 69.* quia lis principalis est cum emptore: venditor autem liti tantum adsistit: atque ita denuntians non sequitur forum denuntiati, sed contra denuntiatus forum denuntiantis, sive laudantis. Itemque notandum, denuntiari posse auctorem ab emptore E quocumque tempore ante sententiam, *l. si rem, §. ult. de evict.* Et hoc est, quod dicitur, *Sommation de garant estre perpetuelle*, quod possit denuntiari quandocumque ante condemnationem emptoris, & evictionem rei. Nec quicquam huic sententiæ obstat quæ solet opponi l. *qui concubinam, §. si heres, de leg. 3.* quæ ponit denuntiatum fuisse auctorem ante litem cotestatam, quoniam non ideo sequitur eum non recte denuntiari post litem contestatam, si res sit integra, necdum perducta ad ultimam cognitionem, si res non sit prope condemnationem. Fit quidem denuntiatio opportunius ante litem contestatam, sed non fit tamen importune post litem contestatam si res sit integra. Et ita in l. *Lucius, §. quæsitum, D. de administr. tut.* licet dicatur usuras præstari in diem litis con-

contestatæ: id tamen producitur etiam in diem sententiæ, nihilominus si tutor in lite perseveravit, ut in *l. 1. §. ult. D. de usur.* A

Ad L. VIII. Emptor fundi, *nisi auctori, aut heredi ejus denuntiaverit: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet. Sed & si judicio emptor non adfuit, aut præsens per injuriam judicis victus est, absente auctore, vel fidejussore, regressum adversus eum non habet.*

Ex octava ponit tres casus, quibus venditor emptori non tenetur de evictione. De primo casu satis diximus in *l. 5.* si laudatus, & denuntiatus venditor pro evictione non fuerit, quo casu ait *hæc lex octava*, neque ex stipulatione, id est, neque ex stipulatione simplæ, vel quanti interest, neque ex dupla, id est, ex stipulatione duplæ, neque ex empto venditorem, qui laudatus non est, aut fidejussorem ejus teneri, quia, ut & id definiamus, de quo hic disceptant nimium interpretes, omnimodo venditorem denuntiari oportet, etiam scientem, emptori quæstionem referri de proprietate rei emptæ. Et ratio hæc est, quia venditori denuntiatur non tantum ut certior fiat, ut in *l. 17. h. tit.* alioquin scientem certiorem facere non oporteret, sed etiam denuntiatur, ut conveniatur, & cogatur ad rem defendendam, *l. si plus, §. pen. D. eod.* & denuntiatio quodammodo est actio in auctorem, & sic appellatur à M. Tullio pro Muræna, *actio in auctorem præsentem*, cui in jure ita dicat emptor: *Quando te in jure conspicio, postulo an auctor fias*, id est, *an velis suscipere defensionem rei*, & consequenter *denuntiator* quodammodo est actor, denutiatus reus. Qua de causa dubitabatur in *l. venditor, D. de judic.* An denuntiator sequeretur forum denuntiati secundum regulam juris, *actor sequitur forum rei*: Sed placet non sequi denuntiatorem forum denuntiati, quia denuntiatus non est reus principalis, sed rei principalis, id est, denuntiatoris defensor: cujus etiam forum sequi debet. De secundo casu etiam diximus satis in *l. 1. h. tit.* Si per injuriam judicis emptor victus, & condemnatus sit. Sed quod addendum est ex *h. l.* exigit hæc lex, ne venditor teneatur de evictione emptori condemnato per injuriam judicantis, ut si condemnatus sit absente auctore, & fidejussore, quia hoc casu merito imputatur emptori, quod non appellaverit à non jure dicta sententia. At si tempore condemnationis præsens fuerit auctor, id est, venditor, ipse auctor sibi imputare debet, quod acquieverit sententiæ, id est, quod cessante emptore non appellaverit, & ideo tenetur de evictione. Item, si præsente fidejussore auctoris, fidejussore evictionis absente auctore emptor condemnatus sit, fidejussor, qui cessante emptore, & venditore non appellavit ut potuit, *l. à sententia, D. de appell.* de se queri, & sibi imputare debet, & boni consulere, si emptor ad eum revertatur evictionis nomine, quam sciens, prudensque passus est fieri, omisso remedio appellationis. Et in hanc rem hic locus hujus leg. est valde singularis, & notandus. Restat 3. casus, quo venditor emptori non tenetur de evictione, si culpa, & vitio emptoris res evicta sit, ut *l. 11. sup. de rer. permut.* ut puta si emptor absens per contumaciam ex eremodicio condemnatus sit, ut *l. 1. sup. de peric. & comm. rei vend.* quia magis propter suam absentiam, & contumaciam victus videtur, quam quod malam causam habuerit, *l. si ideo, D. de evict.* Idemque est, si præsens emptor appellaverit, & bonam causam culpa sua, causam appellationis culpa sua perdiderit, *l. Herennius, §. ult. D. de evict.* puta (ut ait ea lex) ex præscriptione temporis, nempe lapsis fatalibus diebus appellationum, ut in *l. furti, §. 1. D. de iis, qui not. inf. l. 6. §. pen. D. de decur.* Idem etiam erit, si cum haberet emptor rei emptæ adversus dominum retentionem, possessionis scilicet etiam, non etiam petitionem, veluti ex injusta sententia, ex qua est retentio, non petitio, ut *l. 3. §. ult. D. de pignor.* vel ex jurejurando, ut in *l. & non tantum, §. veniunt, D. de petit. hered.* Si igitur cum haberet retentionem possessionis, non petitionem rei, eam possessionem amiserit, culpa sua, vel sponte sua, nec potuerit recuperare, quia non habuit petitionem rei, sed retentionem tantum, quæ est sententia *l. si rem, quam, §. 1. D. de evict.* Denique evictio quæcumque contingit culpa emptoris, aut vitio, aut sponte, non imputatur venditori.

Ad L. IX. Si controversia tibi possessionis, *quam bona fide te emisse allegas, ab aliquo movetur, auctori, heredive ejus denuntia. Et siquidem obtinueris, habebis, quod emisti. Sin autem evictum fueris, à venditore, successoreve ejus consequeris, quanti tua interest. In quo continetur etiam eorum persecutio, quæ in rem emptam à te, ut melior fieret, erogata sunt.*

Ex *l. 9.* notandum est, in actione ex empto, quæ evictionis nomine datur in id, quod interest, contineri etiam meliorationes, sive *ἐμπονήματα*, id est, id quo eam rem, qua de agitur, emptor meliorem, pretiosiorem, fructuosiorem fecit deductis fructibus, quia nullus casus intervenire potest, qui impediat compensationem fructuum cum impensis meliorationum, *l. fundus, qui dotis, D. famil. ercisc.* Hæc vero est sententia simplex *l. 9.* sed cui sit applicanda hæc distinctio, quæ sequitur: Nam Accurs. & alii interpretes uno adsensu ita tradunt procedere sententiam hujus legis, & eam sic esse accipiendam, si emptor amissa possessione rei sine culpa sua eam rem vindicet à domino, ad quem forte pervenit, & vincatur, ut tunc non tantum pretium, vel sumptus litis, sed etiam meliorationes à venditore consequatur actione ex empto, non tamen supra duplum, ut *l. cum forte, D. de act. empt.* qua de causa puto Papinianum *libro Respons. tit. de venditionibus*, dixisse, *de evictione actionem dari emptori in duplum meliorati fundi*, id est, *ad finem dupli, non supra duplum.* At (quæ est altera pars distinctionis) si dominus ab emptore rem vindicet, & evincat, propter meliorationes non habet emptor regressum ad auctorem suum, quia emptor sibi imputare debet, quod eas *meliorationes* sibi non servarit ut potuit, agente domino, per exceptionem doli mali, habita fructuum compensatione, ut in *l. 16. h. tit.* Sed habet tantum adversus auctorem suum actionem ex empto ad pretium recipiendum, & sumptus litis causa factos, non ad recipiendas meliorationes, quas sibi potuit servare ab eo, qui rem evicit, & si non servavit, imputet sibi, non reputet auctori: quæ est sententia *l. idque, §. 1. D. de act. emp.* Verum potest etiam hæc *l. 9.* accipi de domino rem vindicante ab emptore, & evincente, si modo ponamus venditorem scientem mala fide rem alienam vendidisse, quia hoc uno casu certum est, non opposita domino exceptione doli meliorationum servandarum causa integram esse emptori etiam propter meliorationes actionem ex empto adversus venditorem, & supra duplum propter improbitatem venditoris, ut *d. l. idque*, in illo loco, *in omnibus, &c.*

Ad L. X. Si fines agri venditor *demonstravit, & legem dixit, intra eos neminem ingressurum: si quid inde evincatur, periculo fit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstravis, agrum vendidis: lis finalis ad venditorem non pertinet.*

Ex lege 10. hujus tituli maxime notanda est hæc differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem, id est, inter actionem de finibus, & actionem de proprietate: inter litem finalem, & litem proprietatis: quia si fines agri venditi venditor demonstraverit, & dixerit (quo & dixisse semper intelligitur, qui eas demonstravit hoc ipso, quod demonstravit) intra eos neminem ingressurum, si quid ex eis evincatur emptori judicio in rem, id est, de proprietate, emptori pro evictione est regressus ad venditorem, in *l. qui fundum, D. eod. tit.* At si agatur de finibus regundis tantum, vel erciscundis, licet eo judicio vincatur emptor, nullus est ei regressus ad venditorem. Et ita est explicanda *lex 10.* cujus dif-

differentiæ ratio pendet ex alia differentia inter easdem actiones, quod lis finalis consistat intra quinque pedes tantum, quod est modicum spatium, & ex quo, si quid abradatur, aut delibetur judicio finium regundorum, non est causa digna, seu idonea revocandi auctoris, aut conveniendi, quasi evicta parte agri: nec enim videtur evicta pars agri, evicto forte pede uno, vel altero. At actio in rem amplioris terræ, sive spatii controversiam continet. Et hoc ostenditur in *l.si finalis C.Th.finium regun.* & *à Julio Frontino lib.de limitib.agrorum*, cum ponit differentiam inter controversiam de fine, & controversiam de loco. Qua de causa etiam de fine datur arbiter specialis: de loco, id est, de proprietate loci ipse præses cognoscit: quia res est majoris momenti, *d.l.si finalis*. Est etiam alia differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem: quod actio in rem tollatur præscriptione longi temporis, id est, 10. aut 20.annorum, non actio finium regundorum, sed tantum præscriptione annorum 30. ut *l.ult. sup. fin.reg.* licet sit mixta actio, id est, in rem, & in personam, sicut & actio familiæ ercicundæ, & actio communi dividundo, quæ etiam mixtæ sunt, non tolluntur præscriptione longi temporis, sed triginta annorum, *l.3. sup. in quib.caus.cess. long.temp.præscr. l.1.§.ad hæc, sup. de ann.except.* Et tamen si quod evincatur actione communi dividundo, vel familiæ erciscundæ, certum est competere emptori actionem de evictione, quia amplioris rei controversiam continet, quam actio finium regundorum, *l.si mancip. §.1. D.de evict.* At quod ad præscriptionis causam attinet, inter illas tres actiones mixtas, nil interest, quia omnes tolluntur non præscriptione longi temporis, ut actiones in rem, sed ut omnes actiones personales præscriptione triccnnii, quia mixtæ actiones, qua personales sunt, spectantur potius, quam qua reales sunt: hac ratione, ne fiat injuria actori, coarctata propter realem actionem personali: & ita ut producatur potius actio realis in tricennium propter personalem.

Ad L.XI. Exceptione doli *recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fidejussorem accepisti, si ejus nomine controversiam refers, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit: qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit*.

SPecies legis 11.hæc est: Fidejussor evictionis, qui apud emptorem intercessit pro venditore, facit controversiam emptori de proprietate rei emptæ, dicens, se priorem eam rem emisse per interpositam personam, puta per uxorem, & se priorem quoque traditam accepisse per uxorem interpositam: & se igitur in ea re esse potiorem posteriore emptore. Sed repellitur fidejussor, quia ipse posteriori venditioni concessit hoc ipso, quod fidejussit pro evictione, & ideo frustra movet controversiam emptori, cui debet præstare evictionem adversus alium: si adversus alios, & adversus se ipsum igitur. Et simile est, quod proponitur in *l.Pomponius, §.ult. in quib. caus. pign.tac. contr.* si pro debitore rem meam pignori obligante, non explorato meo consensu, fidejussur, nomine debiti, hoc ipso videor consentire tacite pignerationi rei meæ, nec possum obsistere creditori agenti hypothecaria. Hinc vero interpretes nostri recte, ut opinor, ex specie hujus legis, ejusque definitione statuunt generalem regulam, *eum, qui auctor laudari, aut conveniri de evictione potest, controversiam emptori facere non posse*, quod & aperte proponitur in *l.14. h. tit.* Denique ita statuunt, ut eorum verbis utamur, *eum, quem tenet actio de evictione, agentem adversus emptorem, exceptione repelli*, quod omnium maxime patet ex *l.13. h.tit.* Cujus sententia hæc est: pignora capta ex causa judicati, & vendita per apparitorem prætoris, vel præsidis (ut fit) evincuntur emptori: Quæritur adversus quem emptor habeat actionem de evictione, an adversus ipsum apparitorem, qui ea pignora vendidit sub hasta? Minime, *l.si pignora, D.de evict. l.qui heres erat, D.famil. ercisc.* quinimo si promiserit apparitor evictionem præstari, vel quid aliud, dum in causam judicati pignora condemnati distrahit sub hasta, ipse eo nomine non tenetur, ut est in Orat.pro Quintio: *Non plus ejus referre*, inquit, *aut interesse præconis, quam si auctione vendens domini jussu quidquam promisisset*: Nam sane quidquid promittit præco, sive apparitor, promittit jussu domini, cujus pignora distrahuntur. Ideoque præco, sive apparitor nec si promiserit, de evictione tenetur: sed de evictione est actio ex empto adversus condemnatum, qui pretio pignorum liberatus est, & actio de evictione ex empto, quod not.non in id, quod interest, sed de pretio tantum, quo liberatus est, & usuris, fructibusque compensatis, ut fit semper. Et ratio hæc est, quia licet ipse, qui condemnatus est, vendidisse videatur cum præco vendidit, tamen coactus vendidit, & ideo non tenetur in id omne, quod interest, quod ostenditur in *l.si plus, §.1. de evict.* nec obstat *lex eleganter, D.de pigner.act.* Quoniam loquitur de creditore, cui pignus addictum est auctoritate principis pro pecunia debita, non invento emptore, cui si pignus addictum evincatur, datur actio in condemnatum in id, quod interest, quia videtur pignus accepisse in solutum, ut est in *d.l.eleganter*, & constat evictionem dari ei, qui rem æstimatam accepit in solutum, *l.4.h.tit.* Quia ergo (ut ostendit *l.13.*) ita jus est, ut debitor condemnatus, alio evincente pignus distractum ex causa judicati teneatur de evictione, ideo consequens est, ut ipse non possit rem evincere, & facere controversiam emptori. Denique ita concludamus, eum, qui alio evincente tenetur de evictione, nec ipsum evincere, aut controversiam facere posse. Nec ab hac regula (ut Accur.) volo excipi casum *l.ult.h.t.* qui talis est. Quidam fidejussit pro emptore, & decessit relicto herede: hic heres fidejussoris, heres secundi auctoris potest emptori facere controversiam de proprietate rei, non quidem jure hereditario ex persona defuncti fidejussoris, sed jure proprio ex sua persona: Et tamen, si rem evincat, tenebitur de evictione, ut ait lex ult. Ergo qui tenetur de evictione, recte facit controversiam emptori, recteque rem emptori evincit. Sed notandum est, ne credamus vitiari eo casu supradictam regulam ex *l.Seja, de evict.* heredem fidejussoris, qui controversiam facit emptori, jure proprio posse repelli exceptione doli mali, quod teneatur de evictione jure hereditario, & ita licebit uti superiori regula adversus eum: sed si omissa fuerit ab emptore exceptio doli mali, qua potuit repelli heres fidejussoris, emptori supererit actio de evictione. Dicebam heri, *eum, qui auctor laudari, & conveniri de evictione potest, si emptori faciat controversiam, posse repelli exceptione doli mali*, & huic regulæ locum esse etiam in specie *l.ult. h.t.* ex eo quæri potest, an etiam eidem regulæ sit locus in specie *l.25.h.tit.* si quis servum, quem vendidit, adserat in libertatem: Namque eo libero pronuntiato, de evictione conveniri potest. *An igitur si eum adserat in libertatem, repelli potest exceptione doli mali?* Quod puto esse verius, & ut in *leg.ult.* ita in *l.25.* hoc esse supplendum, aut subintelligendum. Nec nos ab hac sententia dimovere debet favor libertatis, quem objiciunt interpretes, cum repulso isto adsertore, per exceptionem doli mali, facile adhibito quolibet alio adsertore, servus in libertatem proclamare possit: Libertatis enim adsertio patet omnibus jure publico, quia libertas publicam tutelam meretur, *l.2. D.ne de stat.defunct.* Nunc duæ restant leges in hoc titulo, quæ præcipue explicandæ sunt, 21. & 27.

Ad L.XXI. Empti actio longi temporis *præscriptione non submovetur, licet post multa spatia rem evictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet, interpellare venditorem, sive successorem ejus debes, ut tibi assistant, causamque instruant. Quem, si liberum esse, vel servum non esse, fuerit pronuntiatum, nec te conventione remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum: Præses provinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi providebit*.

LEx 21. ait: *empti actionem, quæ de evictione competit, non tolli præscriptione longi temporis*, quod est certissimum,

simum, quia est personalis actio, & nulla fere actio personalis perimitur præscriptione longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, sed durat usque in tricennium. At dicimus etiam empti actionem, quæ de evictione competit non perimi præscriptione 30. annor. si forte post tricennium contingat evictio, qua de causa dicitur esse perpetua actio, *l. minor*, *§. pen. l. si victum*, *D. eod. tit.* Et ratio hæc est, quia eo nomine actio ex empto non nascitur, antequam evictio contigerit, *l. 3. h. tit.* sicut de pigneratitia actione dicitur, quæ debitori pignoris recuperandi causa datur, non perimi eam præscriptione longi, aut longissimi temporis, si nondum pecunia soluta sit, quia non nascitur ante solutionem debitæ pecuniæ, ante luitionem pignoris, & jus luendi pignoris nullo tempore circumscribitur, ut recte docuit Roger. *libro singul. de præscript.* Dices: at jus evincendi, id est, jus agendi rei vindicatione circumscribitur longo tempore, id est, decem, aut viginti annis, ut *l. 19. h. tit. l. qui alienam, D. eod.* Dicam, & respondebo. Verum quidem hoc esse regulariter, rei vindicationem perimi silentio longi temporis, jus evincendi perimi decennio, aut vicennio, sed quibusdam casibus etiam ultra longum tempus, ultra decem, aut 20. annos extendi vindicationem, & de iis casibus sentire hanc legem, imo loqui nominatim, ut puta, si servus, quem emi, vindicet se in libertatem, quod potest per adsertorem, & hodie sine adsertore ex constitutionibus Justiniani etiam post 20. 30. vel 40. aut 60. annos: nec enim ulla ullius temporis præscriptio libertatem abolere potest, *leg. 3. sup. de long. temp. præscript. quæ pro lib.* Vindicatio quoque pignoris in debitorem, non in extraneum possessorem, vel in heredem debitoris, vel in posteriorem creditorem extenditur usque ad 40. annos, *l. cum notissimi, sup. de præscript. 30. annor.* Ergo in specie *h. l.* si servus, quem emi, vindicet se in libertatem post quadraginta, aut sexaginta annos, quam emi, mihi evictionis nomine adversus venditorem competit actio ex empto in id, quod interest: nec intelligitur fuisse sublata longissimo illo spatio temporis, quæ non erat nata, & eo nomine nata eo demum die est, quo servus liber pronuntiatus est. Et hæc est sententia hujus legis, & ratio. Verum addit, servo liberali judicio erepto in libertatem, emptori competere actionem ex empto, quanti ejus interest, si res integra sit: quibus verbis significari opinor, si ea actio ex empto, postquam nata est, id est, post commissam, & contractam obligationem evictionis, & ereptum servum in libertatem, non sit extincta silentio triginta annorum, vel alio modo, puta transactione, vel re judicata, vel pacto. Et similem interpretationem similia verba recipiunt, si negotium integrum sit in *l. 2. sup. quor. bon.* & *l. 2. sup. de pact. convent.*

Ad L.XXVII. Si fundum sciens alienum, *vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem: Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur.*

SEquitur *lex* 27. ex qua notandum est, ei, qui sciens emit rem alienam, vel alii obligatam, vel liberum hominem, non dari actionem de evictione, si de ea nil nominatim convenerit. Ideoque bona fides exigitur, *l. 9.* & ignorantia in emptore, *l. 18. hoc tit.* & ait hæc lex 27. si sciens emit rem alienam, vel alii obligatam, nec quicquam de evictione convenit, contra juris rationem poscit, quod eo nomine dedit, puta, si domino rem vindicanti solvit litis æstimationem, vel si creditori pigneratitio pignus vindicanti solvit debiti quantitatem: Nec enim lex loquitur de pretio, quod numeravit venditori, de quo etiam recipiendo frustra ageret, qui soluta litis æstimatione, aut quantitate debiti rem retinuit: alioquin re abducta, re evicta, dicerem eum, etiamsi sciens emerit, recte agere ad pretium recipiendum, licet nil de evictione convenerit, sed ad pretium recipiendum tantum, ne rem amittat, quæ evicta est, & pretium: quoniam etiamsi convenerit nominatim, ne evictio præstetur, si nominatim remissum fuerit venditori periculum evictionis, semper emptori saltem integra est re evicta repetitio pretii numerati, *l. ex empto*, *§. ult. D. de action. emp.* Et hæc omnia ita procedunt, ut posui, si nil de evictione convenerit inter venditorem, & emptorem malæ fidei, id est, qui sciens emit rem alienam: Nam si convenerit de evictione, stipulatione, vel pacto, nil refert, etiam malæ fidei emptori evictionis nomine competit actio ex stipulatu, vel ex empto. Et ita est proditum in *l. si fratres, sup. comm. utriusq. judic.* Idemque est, si emptor sciens servum, quem emit, esse fugitivum, stipuletur de fuga, puta fugitivum non esse: Nam ex stipulatione actio ei competit, quoniam hoc convenit, ut ait *lex apud Celsum, §. idem Labeo, D. de dol. except.* Sed addit ea lex, quamvis actionem ex empto non haberet, quam tamen jam jam dicebam eum habere non minus, quam ex stipulatu actionem. Sed illo loco, *quamvis ex empto actionem non haberet* de fuga, scilicet non interposita stipulatione, vel pacto, quia sciens emit, quam tamen bonæ fidei emptor haberet, etiam omissa stipulatione, vel pacto, vel dicto, *l. 6. hoc tit.* Rursus valde obstat huic sententiæ *lex ult. §. emptor, sup. comm. de legat.* quæ ex stipulatione duplæ pro evictione ait agere non posse eum, qui sciens malæ fide ab herede emit rem alii legatam, vel per fideicommissum relictam pure, vel sub conditione, nec agere ex empto propter meliorationes, sed agere tantum ex empto ad pretium recipiendum, etiamsi nil convenerit de evictione. Et quod ea lex ait, *vel*, satis significat *ex empto eum agere posse de pretio recuperando, etiamsi nil de evictione convenerit.* Jam admisi supra generaliter in omni emptore cujuscunque rei alienæ, vel quæ sit pro re aliena (ut ait *d. §. emptor*) qualis est res alii relicta testamento, vel codicillis, quam sciens relictam emerit. Quod autem ait ea lex in *d. §. emptor*, non esse emptori actionem in duplam, vel in id omne, quod interest, propter meliorationes, si sciens emerit ab herede rem alii relictam, hoc mirum in modum pugnat cum eo, quod ante proposuimus, etiam malæ fidei emptorem agere posse de evictione ex stipulatu, vel ex empto pro evictione, si de ea convenerit. Et tamen ille *§. emptor* ait, non posse agi ex stipulatione duplæ, si sciens emerit rem alii relictam. Sed Accursius recte notavit hoc loco, etiamsi rationem omisit, id esse singulare in eo casu *§. emptor*, ut qui sciens emit ab herede rem alii legatam, non agat de evictione, vel ex stipulatione duplæ, quam interposuit, vel ex empto in id, quod interest, sed ut tantum desideret recte ab herede sibi reddi simplam pretii, quod pernumeravit. Et cur id sit singulare in illo casu, ratio hæc est, ne quis sciens temere accedat ad emptionem, quæ fit contra judicium, & ultimam voluntatem defuncti, quæ est religiosissime conservanda: Nam (quod valde rem confirmat) & in eo casu hoc etiam singulare est, ea ratione, ut is, qui bona fide emit ab herede rem alii legatam, non possit eam usucapere contra voluntatem defuncti, nec adquirere longo tempore, *d. l. ult. §. sin autem avaritiæ.* Restat tantum ut adnotemus, malam fidem, sive scientiam rei alienæ, quæ objicitur emptori, & potest objici variis causis, & quæstionibus, quibus malæ fidei emptor separatur à bonæ fidei emptore, eam esse probandam indiciis certis, & jure receptis, ut ait *lex pen. h. t.* quæ notat cautionem de evictione interpositam ab emptore, non esse idoneum indicium, sive argumentum scientiæ rei alienæ. Quod tamen posset quis tentare, dicens, *Cur tibi cavisti de evictione, nisi quia sciebas rem esse alienam, quam tibi vendebat?* sed hoc indicium non est probabile, imo improbatur *l. pen.* Nec enim est certum indicium, quoniam & bonæ fidei emptores sibi cavent de evictione in omnem eventum. Differentia est inter malam fidem, & dolum malum. Mala fides probatur ex indiciis scientiæ, & notitiæ cujusque, ut ait *lex. pen.* Dolus probatur ex insidiis, sic est legendum in *l. dolum, sup. de dol. Dolum ex insidiis perspicuis probari.* Nam & ita legunt Basilica: *δόλ*

ἐπιβυλῶν περιγραφέντων sic etiam legit, qui fecit jam A olim Gallicam interpretationem totius Codicis : *on il y a que la triche se doit prouuer pars aperts aguets*, id est, ex perspicuis infidiis, & *d.lex dolum* ita est conjungenda cum *l.metum*, *sup.de iis, quæ vi,met. cauſ.* quoniam ambæ eandem habent inscriptionem, & subſcriptionem, ut conjunctio earum duarum legum hoc exprimat, metom probari ex atrocitate facti : dolum autem ex perspicuis insidiis : & ita *in l.ſi voluntate*, *ſup. de reſcind. vendit.* Dolum emptoris argui ex calliditate ejus, & insidiis, *& Lea, quæ*, *§.ult. D.de contrah. empt.* In eo eſſe dolum, qui insidiose diſſimulat. Et doli nomine etiam, quid aliud, quam insidiæ, ſignificatur, ut illo loco : *Dolus, an virtus quis in hoſte requirat*, id eſt, *insidiæ*. Et Pſalmo 33. *Labia tua ne loquantur dolum*, D. Cyprianus vertit, *Labia tua ne loquantur insidioſe*. Et 49. *Lingua tua concinnavit dolos*, Idem B vertit, *Lingua tua complectebatur insidias*.



AD TITULUM XLV.

CREDITORUM EVICTIONEM PIGNORIS NON DEBERE.

SUPERERAT de evictionibus hæc quæſtio, cui propter hic titulus dicatus eſt, an creditor, qui pignus vendidit, teneatur de evictione : & in ea ita diſtingui ſolet : aut creditor pignus vendidit jure communi, aut jure creditoris, & pignoris lege. Priore caſu, ſi pignus venit jure communi, id eſt, ſi cavit de evictione, ut ſolent venditores, procul dubio tenetur de evictione, quam ſi præstiterit emptori pignoris, debitor tanquam non liberatus (quod patefecit evictio) creditori tenetur actione creditæ pecuniæ, vel contraria actione pigneratitia, quod apparcat, cum rem alienam pignori obligaſſe, quæ poſtea à domino evicta ſit. Evictio prodit obligationem rei alienæ : & debitor, qui rem alienam obligat ſciens, vel ignorans, & pignori ponit, tenetur creditori contraria actione pigneratitia, *l.tutor*, *§.1. l.cum debitore*, *D.de pigner. act.* Verum quid creditor conſequetur, qui evictionem præstitit emptori pignoris, quam caverat? quid, inquam, conſequetur à debitore per contrariam pigneratitiam actionem? Et ita diſtinguendum eſt : Aut creditor pro evictione cavit, & præstitit duplam, aut ſimplam. Si cavit, & præstitit duplam, per contrariam actionem pigneratitiam à debitore creditor conſequitur D duplam, quam præstitit, ſi modo aliter tanti, quanti vendidit, pignus vendere non potuit, quam promiſſa dupla, nullo invento emptore, qui non vellet ſibi de dupla caveri : Nam ſi etiam dupla non promiſſa alio tanto pignus vendere potuit creditor, per contrariam actionem pigneratitiam non conſequetur duplam, quam imprudenter cavit, & deinde præstitit, ſed conſequetur tantum quantitatem debiti, quia culpæ ſuæ, & imprudentiæ adſcribere debet, quod duplam promiſit, cum alteri potuiſſet tanto vendere, etiam non cauta dupla. Cæterum & hoc caſu præter debiti quantitatem per eandem actionem, ſi debitum uſurarium fuerit, conſequetur creditor à debitore uſuras medii temporis, licet creditor videatur fruitus pretio pignoris medio tempore, id eſt, à die venditionis rei pigneratæ in diem evictionis, quia effectu, & reipſa ſane non poteſt intelligi creditor uſus, vel fruitus pretio interim ante evictionem, qui altero tanto amplius præstitit emptori evictionis nomine, id eſt, duplam, quam caverat, quod eſt pretium, & alterum tantum. Et hoc cum creditor cavit, & præstitit duplam. Quod ſi creditor cavit tantum ſimplam emptori pignoris, & præstitit, per contrariam pigneratitiam actionem, creditor à debitore conſequetur debiti quantitatem tantum, non uſuras medii temporis, quod noſtri auctores vocant *interuſurium*, optima ratione : quia hoc caſu veriſſimum eſt, creditorem medio tempore pretio uſum, & fruitum fuiſſe, qui hic ſimplam tantum præstitit evictionis nomine. Et hæc omnia proponuntur, quantumvis licet conciſe, & obſcure A *l.ſi pignore*, *§.ult.* & *l.ſeq. D.de pigner. act.* Et hactenus de creditore, qui pignus vendidit jure communi, ad quem reſpiciunt hæc verba *legis* 1. *h. tit. niſi nominatim hoc repromiſſum à privato fuerit creditore*, vendente ſcilicet jure communi. Ad eum etiam pertinent hæc verba *leg.2. ſi cum vendidit, de evictione rei promiſit*, id eſt, *ſi vendidit jure communi*. Nunc tractemus de creditore, qui pignus vendidit jure creditoris, & pignoris lege. Si creditor jure ſuo pignus vendiderit, & lege pignoris, id eſt, non promiſſa evictione ſtipulanti emptori, non tenetur de evictione, non debet evictionem, ut nec ad pretium reſtituendum tenetur emptori, præterquam uno caſu, ſi dolo malo ſciens rem eſſe alienam, vel ſibi non obligatam, veluti jure pignoris vendiderit, qui caſus proponitur in *l.2. h.tit. & in l.ex empto*, *§.ſententiam*, *D.de act.emp.* quo B caſu & creditori non eſt regreſſus ad contrariam actionem pigneratitiam in debitorem, qui jam liberatus eſt, *l.tutor*, *§.pen. D.de pigner.act.* ne ex dolo ſuo actionem conſequatur, *l.itaque*, *D.de furt.* Excepto hoc caſu, creditor, qui jure ſuo, id eſt, non promiſſa evictione pignus vendidit, procul dubio non tenetur de evictione emptori pignoris, ſed debitor ipſe eo nomine re evicta tenetur emptori utili actione ex empto, quaſi ipſe vendidiſſe eam rem videatur, qui ejus venditionem permiſit creditori, ne alioquin cum damno emptoris debitor ſibi liberationem adquirat, ut in *l.reſcriptum*, *§.1. D.de diſtract. pign.* Et emptori debitor tenetur evictionis nomine utili ex empto, ſicut diximus, non in id omne, quod intereſt, ut definit Accurſ. & probant omnes, puta, non ut reddat emptori meliorationes, ſed ut tantum ei reddat pretium, & C uſuras pretii, fructibus compenſatis, quos ex ea re emptor percepit, idque exemplo, & argumento *legis ſi plus*, *§.1. ff.de evict.* Re autem non evicta, quam vendidit creditor jure pignoris, debitor tenetur domino ejus rei pretii nomine, quo liberatus eſt utili actione negotiorum, ſi dominus ratam venditionem faciat : nam ratihabitio facit quod retrotrahatur, ut videatur dominus geſſiſſe negotium debitoris, & liberaſſe debitorem pretio rei ſuæ, quod etiam ſignificat *d.l.reſcript.* *§.1.* Quantum ergo attinet ad emptorem pignoris, & ad dominum pignoris, debitor manet obligatus : ſed quantum ad creditorem ſuum debitor liberatus eſt ex pretio pignoris, & ejus fidejuſſor, ſive mandator, *d.l.reſcript. & l.ſi mandato Titii*, *§. credit. D.mandat.* quia creditor ex pretio pignoris, debitum conſecutus eſt, & emptori non tenetur (ut diximus) actione ex empto pro evictione, ſed in hoc tantum tenetur emptori actione ex empto, in quo nil diſpendii facit, ut cedat emptori contrariam pigneratitiam actionem adverſus debitorem, *l.in creditorem*, *ff. de evict.* ſiquidem emptor malit eam actionem ſibi cedi, ſi malit ea actione, id eſt, contraria pigneratitia ſibi ceſſa ab creditore, eodemque venditore pignoris experiri, & uti, quam utili ex empto, quod ex ceſſione habeamus directam actionem, non utilem, *l.ex legato*, *ſup.de legat.* Et melior, ſive facilior eſt directa actio contraria pigneratitia, quam alia actio utilis : Et ideo emptori deſideranti creditorem ſibi cedere contrariam pigneratitiam actionem in debitorem, creditor morem gerere debet, quia ſine ullo ſuo diſpendio hoc eſt facturus, qui jam non indiget illa actione, quia jam ſuum eſt conſecutus firmo jure, & nihilominus tamen intelligitur habere eam actionem, id eſt, quamvis E perceperit debitum, nihilominus intelligitur habere eam actionem, id eſt, contrariam pigneratitiam, ut eam cedat poſtulanti emptori, non ut ea ipſe utatur, quia percepto debito, nil ejus intereſt aliud, quam ut habeat eam actionem, ut non ei auferatur ea actio, quo ſcilicet poſſit eam cedere poſtulanti emptori pignoris, ut *l.cum is*, *in fi. ff. de fidejuſſ.* quæ ſubtilitas eſt valde notanda, ut habeam actionem, quia poteſt alter poſtulare, ut ei eam cedam, non contra, ut poſſit alter poſtulare, ut ſibi cedam actionem, quam habeo, ut recte monet gloſſa *d.l.cum is.* Ad hæc notandum eſt, adeo veram eſſe regulam, quam ſtatuimus titulo ſuperiori, ut venditor, qui de evictione tenetur, non poſſit emptori facere controverſiam, ut neq; venditor a qui

qui de evictione non tenentur idem possit: ut creditor, qui pignus lege pignoris vendidit, licet non teneatur emptori de evictione, tamen ex alia causa ooo potest emptori facere controversiam, & remevincere, ne mutet factum suum, ne infringat quod ipse fecit. Et ideo si creditor, qui pignus vendidit lege pignoris, postea in jus, & nomen successerit alterius creditoris, cui eadem res erat pignerata, non potest emptori facere controversiam ex persona defuncti creditoris, cui successit. Et hoc verissimum est, non tantum si is, qui pignus vendidit, fuit in eo pignore antiquior, & potior, quo casu res est extra omnem dubitationem, sed etiam si is, qui pignus vendidit, in eo fuerit inferior, & infirmior, potior autem defunctus privilegio temporis, quia etiamsi creditor, qui pigous vendidit, in eo non fuerit potior, sive prior, tamen semper emptori præstare debet, se potiorem esse cæteris omnibus, & hoc solum cum suo dispendio, & cessione (ut diximus) contrariæ pigneratitiæ, si eam postulaverit emptor, quæ fit sine ullo dispendio suo. Et hæc est sententia legis 1. *huj. tit.* & *l. est si is, ff. de distr. pignor.* Et nil refert (ut ostendit etiam hæc lex 1.) quis fuerit creditor, qui pigous vendidit, fiscus, an privatus: Nam in pignoribus, & hypothecis nulla est differentia inter privatum creditorem, & fiscum, quia oeque fiscus, neque privatus creditor in hypothecis ullum habet privilegium, nisi ex tempore antiquiore, quo fuerit contracta hypotheca, *l. si pignus, D. qui potior. in pignor. hab. l. 2. sup. de privilegio fisc.*



AD TITULUM XLVI.

DE PATRIA POTESTATE.

SUPERIORIBUS libris, & tit. hoc semper egit conditor hujus Codicis jam inde à parte fere media libri tertii, ut varias actiones proponeret in rem, & in personam, quæ de proprietate, vel de possess. vel de jure pignoris, vel de statu hominis in judicio civiliter instituuntur: & varias exceptiones, quæ actionibus subjici solent, & quasi quædam actiones sunt. Ac deinde generalem actionem ex stipulatu, quæ etiam omnibus actionibus subjicitur, & subservit: nullum enim fere negotium geritur, in quo contrahentes non subjiciant stipulationem, quare eam appello πανδέκτην, quod omnia negotia in se recipiat. Et his quidem peractis, atque præstitis, quia supra libro septimo tractans de statu personarum, de eo tantum præjudicio, cave tantum actione præjudiciali egit, qua quæritur an aliquis liber, an libertus sit: illud vero præjudicium prætermisit, id est, illam præjudicialem actionem qua quæritur *an aliquis filiusfamilias sit*, id est, in potestate patris, vel avi: ideo nunc, ut de ea tractet, dat hunc titulum de patria potestate, & statim *l. 1.* agit de præjudicio, quo pater filium in sua potestate esse adserit, ut *l. 1. §. per hanc, D. de rei vind.* ait liberos, qui in nostra potestate sunt, peti *præjudiciis*, id est, præjudicialibus actionibus, quæ (ut est *in §. præjudiciales, Instit. de action.*) in rem actiones esse videntur, non sunt in rem actiones, sed in rem esse videntur, id est, veluti proprietatis causam continent, ut cum *ago filium meum esse*, vel *servum meum esse*, vel *libertum meum esse*: quia ago meum esse, quodammodo me dominum esse ajo, id est, quasi proprietarium, sicut interdictum de liberis exhibendis, quo etiam petuntur liberi, qui sunt in nostra potestate, dicitur veluti proprietatis causam continere, *l. 2. §. quædam, D. de interd.* Igitur patria potestas est quasi proprietas, quam patres jure civili habent in liberos suos juste procreatos. Non dico *proprietas*, sed *quasi proprietas*: non *dominium*, quod idem est, sed *quasi dominium*: Nam in dominio esse non possunt parentum, qui liberi homines sunt, sed intelliguntur esse in quasi dominio, quod patriam potestatem appellamus: & dico *jure civili*: nam hoc jus est proprium civium Romanorum: nam cum dicimus jus civile, intelligimus Romanorum: & hoc jus patriæ potestatis est proprium civium Romanorum, *l. 3.*

A *D. de his, qui sunt sui, vel al. jur.* & Boetius in Topic. Cicer. *Civitatis Romanæ jure liberos retineri in patrum arbitrio.* Et dicitur hoc jus esse proprium civium Romanorum, non quod aliæ gentes non habeant etiam potestatem in liberos suos, sed ut est *Instit. eod. tit.* quod non habeant *talem, qualem cives Romani*: Non enim omnes gentes habent in liberos suos potestatem vitæ, necisque, ut cives Romani in servos suos omnes peræque habent potestatem vitæ, necisque, ut ait *lex 1. D. de his, qui sunt sui.* Ideoque potestas in servos dicitur esse jurisgentium: at potestas in filios est juris civilis, non jurisgentium. Et quod ait illo loco (*talem*) respicit quasi facta comparatione ad excellentiam, & præstantiam patriæ potestatis civium Roman. cujus jura, & effectus magni sunt, & multiplices, de quibus dicam postquam absolvero, quod instiB tui de præjudicio, de quo agitur *in l. 1.*

Ad L. I. Si filium tuum *in potestate tua esse dicis: præses provinciæ æstimabit, an audire te debeat: cum diu passus sis, ut patrisfamil. res ejus agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt.*

LEX prima est de præjudicio, quo pater filium suum esse petit: *suum*, id est, in sua potestate: in quo lex ait *patrem non audiri, si diu passus sit filium res suas, quas habuit à matre, agere per tutores à matre datos, & ut necesse est, confirmatos à prætore.* Pono habuisse res à matre, alioquin à matre dati tutores non confirmarentur: nec enim confirmantur nominati à matre verius, quam dati, quia datio per se non valet, nisi filium instituerit, quæ tutores C nominaverat, *l. pater, D. de testam. tut.* pater vero, qui hoc passus est, quod dixi, quodque lex 1. proponit, præsumitur eum filium emancipasse, & patremfamilias effecisse, ut in *l. post mortem, D. de adopt. & in Novella Leonis 25.* & ideo non recte agit præjudicio, quo intendit *filium suum esse*, id est, in sua potestate, cum præsumatur sui juris fuisse eum, quem diu passus est agere sub tutoribus, & administrare bona profecta à matre, quia non nisi paterfamilias, id est, qui sui juris est, res proprias, & tutores habere potest, filiifamilias non habent tutores, aut res proprias. Tutela est potestas in capite libero, id est, in homine sui juris, in patre, aut matrefamil. non in filio, aut filiafamilias: quinimo tutela finitur adrogatione pupilli, *l. si pupillus ex patref. fiat filiusfa. l. si adrogati, ff. de tutel.*

D Ad L. pen. Nec filium negare *cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denuntiata pœna, item præjudicium edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant.*

EST etiam lex pen. hujus tit. de præjudicio, id est, de actione præjudiciali, de partu, seu filio agnoscendo: qua de re ait facta esse Senatusconsulta, nempe Senatusconsultum Plancianum, & aliud Senatusc. temporibus Adriani Imp. ut ait *l. 1. §. 1. de liber. agn.* Et addit ead. *l. pen.* Senatusc. pœnam fuisse impositam denuntiato. Nam vulgo *in l. pen.* corrupte legitur (*denuntiata pœna*) cum sit scribendum (*ac denuntiati pœna*) ut patet ex *l. 1. §. pœna, D. eod. tit.* hoc quid sit brevi expoE nam. Si mulier post divortium, vel etiam constante matrimonio, denuntiet viro paulum ab ea forte alienato, se ex eo esse prægnantem, & vir, qui denuntiatus est, non miserit custodes ad custodiendum partum, sive ventrem, vel non contra contestatus sit eam ex se non esse prægnantem, quia hæc omisit denuntiatus, ut sic vocat etiam *l. vendisor, D. de judic.* editum partum omnimodo cogitur agnoscere, vel si nolit, extra ordinem, in corpus scilicet coercetur, & tandem cogitur agnoscere, *d. §. pœna.* Et hæc est pœna denuntiati, non pœna denuntiata. Item ait *l. pen.* edicto prætoris esse propositum præjudicium, quo pater filium cogitur agnoscere, qui probatur esse filius ejus: & præterea datum esse remedium, quo ii, qui dicuntur esse filii, extra ordinem, per

con-

consulem, aut præsidem; quo recens nato, vel potius filio majori trimo, ut ait *l. pen.* alimenta, & cætera subsidia vitæ decernuntur, aliquo petente nomine ejus, ut ait *l.* cum ipse non possit petere. Et de eo decreto alimentorum est tota *l. 5. ff. de liber. agn.* hoc igitur remedio extraordinario per magistratum filio, qui dicitur *majori trimo*, alimenta decernuntur, & cætera onera. Et ait *l.majori trimo*, id est, *recens lacte depulso*, quia non ante triennium solent infantes mamma depelli, *ut 2. Mach. capit. 7.* sic mater loquitur ad filium, *υἱὲ ἐλέησόν με*, &c. *Miserere*, inquit, *mei fili, quæ te genui, & te gestavi 9. mens. in utero, & lacte meo nutrivi tribus annis.* Igitur post triennium statim alimenta ei, qui filius dicitur decernuntur ex bonis patris. Et ex iis omnibus, quæ proposuit *lex pen.* facta esse Senatusconsulta de partu agnoscendo, pœnam indictam denuntiato, à prætore propositam actionem præjudicialem de partu agnoscendo; decreta interponi de alendo filio majori trimo sumptibus patris: ex his omnibus *lex pen.* colligit, & hic est finis legis, qui non animadvertitur, *Neminem posse negare, filium suum esse eum, qui filius suus est.* Quid hoc est? id est, *non posse abdicare filium suum*: Nam *abdicare* est negare filium, dicere non esse filium. Itaque quod ait *l.6. h. tit.* abdicationem filiorum, qua Græci utebantur, jure Romano non comprobari, hoc supradictis arg. probat *lex pen.* Abdicationem quidem, ut historiæ clamant, & significat *l.6.* usurpabant quandoque cives Romani: sed more Græco, ut ait *l.6.* non jure Rom. more peregrino, non proprio, non jure Rom. quo non fuit comprobata abdicatio, sed tantum exheredatio filii, quæ tamen eodem nomine sæpissime in Basil. appellatur *abdicatio*. Abdicatio vocatur *ἀποκήρυξις*, ut ait *l.6. hoc tit.* Idem nomen tribuitur exheredationi frequenter in Basil. Est igitur commune nomen abdicationis, & exheredationis, sed in re ipsa hæc duo multum inter se distant: Nam abdicatio vivo patre effectum habuit, exheredatio post mortem patris demum: abdicatio fit inter vivos, exheredatio testamento tantum, non codicillis, *§. codicillis, Instit. de Codic.* Codicillis non datur hereditas, id est, non instituitur heres, & non adimitur hereditas, id est, non scribitur exheredatio. Abdicatio (quo verbo utitur) *l. 6.* alienat filium, id est, extraneum facit: exheredatio extraneum non facit, sed aufert tantum jus hereditatis filio: cætera jura filii ei relinquit, ut jura sepulchrorum, jura participandi, lucra nuptialia profecta à matre, & alia pleraque, *l.9. §. si filium, D. de liber. & post.* Utraque tamen, & exheredatio, & abdicatio est plerunque nota quædam filii, ut indicat *l. multi, D. de liber. & post.* utraque est *fulmen patrum*: sic de abdicatione loquitur Quintilian. Declam.259. & referam verba emendata, quæ vulgo sunt depravata: *Fulmen istud patrum*, inquit, *datum est adversus ferociam adolescentiæ, adversus filios. Filiam abdicare non decet; potius filios, qui plus peccare possunt: filia vero vix nutricum minas tulerit, vel eorum, à quibus educatur tristitiam:* sic ille auctor demonstrat non decere abdicationem filiarum, filiorum satis decere. Sed (ut diximus ex *l. 6. & l. pen.*) abdicatio non est probata jure civili, exheredatio probata est, & est hæc una pars patriæ potestatis, ut liceat patri testamento filium exheredare, *l.in suis, D. de lib. & post. l. quidam, D. de verb. obligat.* meritis de causis, ut ait *lex cum ratio, D.de bon. damnat.* aliquin testamentum, in quo filius immerito exheredatus est, puta, non ingratus, rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, nec mirum, inquit *lex in suis*, si patri liceat filium exheredare, quem etiam olim ei licebat occidere, quod etiam est proditum in *l. ult. h. tit.* licuit autem olim occidere lege Regia. Et hoc est, quod Cedrenus scribit, *lege Romuli liberos patribus ὑπηκόους ἐν οἰκετῶν μοίρᾳ, subjectos esse servorum vice*, quod in eos sit patribus jus vitæ, necisque, & lege Julia etiam licet occidere filiam patri, quam habet in potestate, deprehensam in adulterio, non solam, sed cum adultero, sicut nec adulterum solum sine filia, *l. patri, D. ad leg. Jul. de adult.* quod ideo lex Julia permittit patri, ut occidat utrumque; non tam ut occidat, quam ut ne occidat quemquam, quia non potest alterum sine altero, & est verisimile eum non esse occisurum filiam, & propter filiam igitur parciturum adultero, aut si nolit ei parcere, nec filiæ parcat igitur. Ac simili ratione Aristoteles *in fine 8. Eth.* abdicationem filiorum facile posse permitti, quod vix, aut raro patres sint abdicaturi filios suos. Et de hoc jure occidendi filii, eleganter ita scriptum est in fragmentis Papiniani, libro singul. de adulter. *Cum patri*, inquit, *lex Regia dederit in filium vitæ, necisque potestatem, quo bonum fuit lege Julia comprehendi, ut potestas fieret etiam filiam occidendi?* Nunquid ex contrario nobis argumentum præstat hæc adjectio; non ut videatur lex non habenti dedisse, sed ut videatur majori æquitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiæ pepercerit. Et jus hoc, sive summa hæc pars patriæ potestatis, quæ consistit in jure vitæ, necisque, diu mansit in usu. Et observandum in *lege Pompeja de parricid.* contineri matrem, quæ filium necasset, sed patris, qui filium necasset, nullam mentionem fieri, quia scilicet id patri licebat. Dicebam patriam potestatem esse juris civilis Populi Romani, qualem scilicet patribus leges Romanæ permittunt: potestatem herilem esse juris gentium, quod omnes peræque gentes habeant in servos jus vitæ, necisque, non item in liberos suos: Romani etiam in liberos ex justis nuptiis procreatos, & aliæ quædam gentes: ut Gallos idem jus habuisse Cæsar scribit, sed non æque omnes gentes. Et quod traditur ex Aristotele in Politicis, Persas idem habuisse, id Aristoteles nullo Politicorum loco scripsit: In Ethicis ad Nicomachum est aliquid tale, sed nec omnino tale, lib.8. Et quod etiam traditur, Indos habuisse, vel habere, & Hebræos, & legem Dei omnipotentis nominatim patri, & matri porrexisse gladium, aut jus dedisse summum vitæ, necisque, hoc quoque nusquam invenies, sed eis legem Dei permisisse tantum accusationem, & delationem ad judicem filii male morigeri, aut dissoluti, & ab eis correpti frustra sæpius, ut ea perlata mox populus irrueret in filium talem, & eum oneraret lapidibus, *Deuteronomii* 21. fortassis ipsis parentibus inchoantibus lapidationem, sicut ejusdem libri *cap.13. & 17.* cautum est, ut accusatores, delatores, testesque in reum, quem peregerint, primi jaciant lapides, ut etiam fecisse legimus testes productos in D. Stephanum, *Actor. 7.* Porro vitæ, necisque potestatem lege Regia datam civibus Romanis in liberos suo juri subjectos diu tenuisse Romanos, probavi ex Papiniani libro singulari *de adult.* puta tenuisse eo tempore, quo Augustus tulit legem Juliam de pudicitia. Idemque probavi argumento *legis Pompejæ de parricid.* quæ teneri matrem, quæ filium occidit, patris non meminit, *l. 1. D. de leg. Pomp. de parricid.* Sed non nego, postea eam potestatem valde fuisse accissam, fractam, debilitatam: Nam ut postea in servos supra modum, & sine causa legibus cognita sævire non licuit, *l. 1. D. de his, qui sunt sui, vel alien. jur.* ita nec in suos filios. Et notandum, quod ait Cajus in *d. l. 1.* quod translatum etiam est in Institut. *hoc tempore in servos supra modum, & sine causa legibus cognita dominis sævire non licere*, hoc tempore, id est, Adriani, & Antonini Pii Impp. quo Cajus de jure scripsit, & respondit: & nominatim de Adriano testatus est Spartianus his verbis: *servos à dominis vetuit occidi, jussitque damnari per judices si digni essent.* Et refertur *l. 2. ejusdem tit.* eundem Adrianum Umbriciam quandam mulierem (vel ut alii habent, Umbram, quod demonstrat, nomen id non esse proprium mulieris, sed nationis in Italia, ex qua dicuntur Umbri, & Umbrici, *apud Stephanum in verbo Ὀυμβρικοί*) Eam, inquam, mulierem D. Adrianum in quinquennium relegasse, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. Sic igitur D. Adrianus, potestatem herilem rescidit magna ex parte. Idem eundem Adrianum effecisse de patria potestate ostendit *l. Divus, ff. de leg. Pomp. de parricid.* in qua ostenditur D. Adrianum patrem in insulam deportasse, qui se pro prædone egerat, & grassatore erga filium,

lium, quamvis infamem adulterii in novercam, quia A eum secum duxerat in venationem, & sub specie venandi in sylva necaverat, & hanc solam prædam egerat, quia, inquit, necaverat, prædonis modo, *en voleur*, non patris jure, quod infinitis distat intervallis ab illo more pravo, & nefario. Et ut subjicit eleganter ea lex, *Patria potestas in pietate, non in atrocitate consistit*, id est, *non est acerbe exercenda*, ut ait *l.1. in fin. ff.* de *liber. exhib. l.1. infr. de emend. propinq.* non est exercenda illegitime, non maliciose, non atrociter. Pietas jure, & ordine regitur, nec quidquam agit, nisi causa cognita, & de consilii sententia. Atrocitas neque legem habet, nec modum ullum; pietas nil est aliud, quam moderatio, & lenitas. Atrocitas nil aliud est, quam malitia, & Rufinus eleganter in symbolum. *Occidere*, inquit, *hominem non semper est criminosum, sed malitia, non legibus occidere, criminosum*. Et B observandum in *d. l. Divus*. Jurisconsultus cum potuisset uti hac ratione, quia debuit pater pœnam inferre filio publice infami in novercam propter exemplum, quod omnis pœna non tam ad delictum, quam ad exemplum pertineat: tamen hanc rationem omisit, quasi remotiorem (Et vero etiam nobis est omittenda, aut non arcersenda) & usus est ratione proximiore, & summa, quod patria potestas consistat in pietate, non in atrocitate. Et puto ad eandem speciem filii infamis in novercam respexisse Ulpianum in *l.2. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* dum ait, patrem inauditum filium occidere non posse, quoniam ea lex est *ex lib.1. de adulter.* Et hoc igitur vult, ut filium infamem adulterii in novercam inauditum, id est, cujus defensiones judex non audierit, pater non possit occidere. Sed si res sit de adulterio admisso in novercam, C vel si qua alia res, quæ graviorem animadversionem desideret, nec castigationibus patris locum det filius, tum pater eum debeat accusare, & perducere ad jus ordinarium, id est, ad præfectum urbi, vel præsidem provinciæ, ut audiatur, & causa cognita puniatur, prout ipsemet pater puniendum eum esse judici dictaverit: qui locus est singularis in *l.3. hoc tit.* ut judex in filium male moratum statuat quod pater ipse dictavit, nec acerbius quicquam, vel mitius, qui ordo congruit fere cum suprad. capite *Deut.21.* Et facit *lex 1. §.1. ff. de obseq. parent. præst. lex propter, infr. de iis, qui accus. poss.* Ut ergo more Græco usurpato etiam à Romanis, erat quædam *abdicationis actio*, nec licebat patri filium non auditum abdicare, non narrata judici, & probata causa, non data filio respondendi potestate, ut sæpe Fabius docet *in de-* D *clam.* Ita nec patri filium indicta causa, & sine judice occidere, & atrocius in eum animadvertere licet: judicium, & actio præcedit abdicationem, & supplicium filii: qua in re etiam exheredatio differt ab abdicatione, præter ea, quæ notavi ultima recitatione, quoniam exheredationem sequitur, non præcedit actio de inofficiosa exheredatione, id est, querela inofficiosi testamenti. Et ex iis quidem intelligimus quid sit, quod ait *lex ult. h. tit.* Patribus jus vitæ in liberos, necisque potastatem olim fuisse permissam, *& l.in suis, ff. de liber. & postum.* quod eos occidere licebat, quia scilicet hodie idem patribus non licet, nec talis hodie patribus permissa est potestas: & tamen ait *l.ult.* quamvis olim liceret patribus filios occidere, tamen olim nunquam licuit patribus filiis eripere libertatem, id est, filios servos suos, vel alienos facere, quo argumento E rectissime lex ostendit, majores plurimum favisse libertati, aut plus libertati pepercisse, quam vitæ, quia jus occidendi filii permittebant patri, non jus eripiendæ libertatis: jus eripiendæ vitæ, non eripiendæ libertatis: & hoc est verissimum. Nec obstat, quod vendere patri filios licebat, ut constat omnibus, & licet etiam hodie in casu *l.2. sup. de patrib. qui fil. distrax.* propter famis necessitatem, ut puero recens nato (de quo solo loquitur *l.2.*) non desit educator: Nam venditio hujusmodi videtur fecisse servum: cui igitur licet vendere, ei licere facere servum. Sed dico genere venditionis patrem filium ex potestate sua dimittere, non etiam ei adimere libertatem, sive ingenuitatem, ut scribit Marc. Tull. circa finem orationis *pro Cæcinna*: quapropter venditio filii, quam fecit pater, tanquam nulla, aut quæ nullum præjudicium adferat ingenuitati, à quolibet rescindi potest; à venditore, vel à filio ipso, vel ab extraneo quolibet, quoniam publica est tutela libertatis, & publica causa, *l.si quis rogatus, ff. de fideic. libert. l.2. ff. ne de stat. defunct.* Denique ea venditio à quolibet rescindi potest restituto pretio emptori, *d.l.2. & Nov. Valent. de parent. qui fil. distrax.* Constat etiam, quod patri licebat filium vendere per æs, & libram, quæ est venditio imaginaria, non vera, ut eo genere filius fieret sui juris, & paterfam. Et eodem modo, id est, per imaginem, & umbram licebat patri vendere filium, ut per adoptionem transiret in aliam potestatem. Sed ut apparet, hæ etiam venditiones nil præjudicabant libertati. Et falsa igitur collectio est: potest vendere, ergo redigere in servitutem. Nec omittam, quod de illo occidendi, & vendendi jure scribit Simplicius in Enchirid. Epicteti, quia utitur auctoritate legum nostrarum in hanc fere sententiam: *leges veteres Roman. ob rationem majestatis, & excellentiæ paternæ, & laborum, quos pro liberis sustinent patres, & quo magis filios patriæ potestati subjicerent, & ut existimo, confidentiam habentes in naturali affectione, & pietate paterna, vendere si vellent filios patribus permiserunt, & occidere impune.* Sed sunt etiam aliæ partes patriæ potestatis, præter abdicationem, exheredationem, jus vitæ, necisque; Jus *promercii*: nam quidquid adquirunt filii, patri adquirunt, in cujus potestate sunt, exceptis certis rebus, veluti castrensibus, aut quasi castrensibus. Et quamvis propter vinculum patriæ potestatis unus videatur esse homo pater, & filius, & filius vivo patre, quasi quodammodo dominus bonorum paternorum, tamen eminet semper, atque præcellit dominatio, & majestas patris, ut nec alienare filius quidquam possit, nec pignori obligare, *l.2. & 3. hoc tit. l.4. sup. si alien. res pign. dat. sit, l.2. inf. de castr. pec. mil. lib.12.* Eodem jure potest pater filiis impuberibus tutores dare, potest eisdem facere testamentum, sive substitutionem pupillarem in hunc casum, *si post mortem patris moriantur impuberes*, non possunt filiifamil. aut filiæfamil. contrahere justas nuptias sine consensu patris: non possunt delatam hereditatem adire sine jussu patris. Hæc sunt fere omnia jura patriæ potestatis, de quibus est *hic titulus*, & potissimum de præjudiciis, sive actionibus præjudicialibus, quibus adserimus patriam potestatem, vel agnoscimus. Et una est tantum lex fugitiva in hoc titulo, *lex 4.* quia non est de patre, sed de matre, quæ non habet potestatem in filios, non habet jus familiæ, *l. ubi, sup. de suis, & legit. liber. l. nulla fœmina, D. de su. & legit. hered.* sed de ea lege tractabitur *in tit. de emendat. propinq.* Illud non omittam, cum *l.8. hoc tit.* quæ vult, ut filius procreatus ex justis nuptiis, non tantum sit in potestate patris ingenui, sed etiam libertini, esse conjungendam *l.7. sup. de su. & legit. lib.* quoniam, ut supradictum est, utriusque est eadem inscriptio, & consequentia sermonis aperta, quod & illa *l.7.* dicat, non minus libertinos posse habere suos heredes, quam ingenuos.

AD TITULUM XLVII.

DE ADOPTIONIBUS.

HIC titulus est etiam de patria potestate, quia non tantum beneficio naturæ, & procreationis ex justis nuptiis, sed etiam beneficio adoptionis patria potestas adquiritur. Adoptio est imago naturæ, *l. filio, quem pater, D. de liber. & postum.* Adoptio est civilis quædam, & simulata ratio quærendorum liberorum, qui in nostra potestate sint, perinde atque liberi procreati ex justis nuptiis: vel adoptio est actus legitimus, quo quis patremfamilias, vel filiumfamil. non contradicentem auctore patre naturali sibi

li sibi adserit in locum filii, vel nepotis naturalis, & legitimi. Dico filiumfam. non contradicentem, ex *l. pen. §. cum enim tanta, & l. ult. h. tit. & l. in adoptionibus, D. eod.* Dico, *sibi adserit*, ut Statius Papinius de Cæsare.

Qui fessus bellis adsertæ munere prolis,
Primus iter nostris ostendis in æthera divis:

Id est, *adoptivæ prolis*. Dico, *quo quis patremfam.* quæ proprie dicitur adrogatio: *quo filiumfam.* quæ commune nomen fecit suum, & *adoptio* dicitur. Adrogatio fit auctore seipso, adoptio auctore patre. Adrogatio hodie per principem: adoptio per magistratum. Et dico (*actus legitimus*) ut Theophilus initio ejusdem tituli, *νόμιμος πρᾶξις*, *actus legitimus*. Quo sermone dico hodie significari *civilem rationem*, & ita Theophilum accepisse, patet ex eo, quod scripsit in *§. adoptivi, Instit. de exher. libe.* quoniam hodie sublata sunt solemnia adoptionis. Et ob eam rem, meo quidem judicio, in *l. actus, ff. de regul. jur.* inter actus legitimos, id est, solemnes, non numeratur adoptio. Jure antiquo hoc sermone (*actus legitimus*) vel secundum sententiam juris antiqui, intelligeretur actus solemnis: Nam & adoptio secundum jus antiquum fit solemni juris ordine, *l. 4. h. tit. l. 5. sup. de suis, & legit. lib.* Et ob eam rem, quæ fit per magistratum adoptio, puta patre alii dante filium in adoptionem, per eum tantum, sive apud eum tantum magistratum fit, apud quem est plena legis actio, id est, apud quem omnes solemnes actus expediri possunt, *l. 1. h. tit. l. 4. ff. eod. l. 3. ff. de offic. proc.* Et solemnitas hujus quidem adoptionis, quæ fit imperio magistratus, consistebat in filii trina emancipatione, id est, trina venditione per æs, & libram, & bina manumissione. In filiæ vero, cæterorumque liberorum emancipatione una sine manumissione, ut ait *l. ult. h. tit.* Nam (ut rem aperiam diligentius) pater, in cujus potestate erat filius, eum vendebat per æs, & libram ei, quem volebat filii sui esse adoptivum patrem: Is vero emptum protinus tanquam servum manumittebat, & manumissus tamen pejore conditione erat, quam is, qui vere servus est, qui manumissione ab omni domino liber fit. Hic, qui in imaginariam causam servitutis deducebatur venditus per æs, & libram, manumissione non fiebat liber à patre naturali, sed protinus redibat in ejus potestatem, qua venditione abscesserat. Deinde pater filium in suam potestatem reversum, iterum eidem eodem modo vendebat, & manumissus iterum ab emptore, etiam iterum redibat in potestatem patris naturalis, qui mox eidem tertia vice vendebat filium, ac tum emptor eum retinebat, ut eleganter loquitur lex. 2. *h. tit.* ad vicem filii naturalis, & legitimi, nec amplius manumittebat. Cæteros autem liberos, quos volebat pater naturalis dare in adoptionem alii, vendebat per æs, & libram semel dumtaxat, & emptor eos retinebat tanquam liberos suo juri subjectos, nec manumittebat: & ita explicanda est *lex ult. h. tit.* Solemnitas autem *adrogationis* consistebat in rogando Populo Romano: Nec enim alibi, quam Romæ adrogatio fieri poterat, ut scribit Ulpianus *lib. reg.* & in rogando populo certis, & conceptis verbis (*velitis, jubeatis Quirites, &c.*) ut apud Gellium, *& hoc curiatis comitiis fiebat*, quæ habebantur populo distributo in curias, non in tribus, aut centurias, & adhibitis pontificibus, & lege curiata populo adprobante adrogationem. Quare *lex. 2. in fine, h. tit.* ait, *Jure antiquo adrogationem fieri per populum*. Et Ulpianus supradicto loco, *fœminas non posse adrogare*. Cur ita? Proxima ratio hæc est, quia adrogatio fit comitiis curiatis. Jure antiquo & fœminæ comitiis, & publicis consultationibus interesse non poterant. Qua ratione etiam pupilli adrogari non poterant, nec per tutorem quidem, qua de re scribenti Aulo Gellio una negatio deest perspicue illo loco: *neque pupillus, neque mulier, quæ in parentis potestate est, adrogari possunt*, quia & mulierem, & marem, qui in parentis potestate est, certissimum est non posse adrogari, quoniam soli patresfamil. adrogantur, non qui sunt in parentum potestate, sed adoptantur auctoribus parentibus. Igitur legendum, *quæ in parentis potestate non est*. Verum hodie omnes hæ solemnitates obsoleverunt: Nam & in adoptione, quæ fit per magistratum acta publica sufficiunt, nec illæ imaginariæ venditiones, & manumissiones requiruntur, *l. ult. h. tit.* & in adrogatione sufficit rescriptum principis, *l. 2. 6. 8. h. tit.* nec requiritur, ut ea de re legem ferat Populus curiatis comitiis. Unde sequitur, & hodie fœminas adrogari posse sufficiente rescripto principis, nec necessariis populi comitiis, *l. nam & fœminæ, ff. eod. tit.* Et similiter pupillum adrogari posse, quod (& hoc notandum est maxime) & cum adrogatio fiebat solemniter curiatis comitiis, D. Pius permisit, nimirum ut fieret pupilli adrogatio in comitio absente pupillo, qui & comitio interesse non poterat, per tutorem nomine pupilli tantum, non pupillæ, ut *l. hæc autem, eod.* Hodie facillime fit ex rescripto principis adrogatio & pupilli, & pupillæ, sed causa cognita, & probata. Tres sunt casus, quibus adrogatio causæ narrationem, & probationem requirit. Unus, si patronus libertum suum in locum filii velit adrogare, ne scilicet libertini temere invadant in jura ingenuorum per adrogationem, ut *l. 3. h. tit.* Alter casus est, si fœmina velit adrogare aliquem in locum filii, quod ei permittitur indulgentia principis una ex causa tantum, si liberos naturales non habet, ut adrogatio ei sit remedium fortunæ suæ, *l. 5. h. tit.* Et tertius casus hic est, si quis impuberem velit adrogare; ac præterea per illam constitutionem D. Pii, quæ permisit adrogationem pupilli, in adrogatione pupilli adrogator satisdare debet, *se bona adrogati, si impubes decesserit, restituturum iis, ad quos ea bona jure legitimo rediissent, si adrogatus non fuisset*. Item *adrogator, si pupillum emancipet sine justa causa, quem adoptavit, vel si eo non emancipato moriatur, adrogator facto testamento ei debet relinquere bonorum suorum quartam partem*, id est, legitimam portionem, *& bona restituere, quæ in eum adrogatus transtulit*, & *quæ postea ei adquisivit*, *l. 2. h. tit.* Et ad hæc restat, ut hoc tantum adnotemus, duobus casibus adoptione non adquiri patriam potestatem, id est, adoptionem facere filium, non filiumfam. Primus casus est, si mulier beneficio principis aliquem adrogaverit, ut *l. 5. h. tit.* quoniam hic filius quidem est mulieris, sed in familia, & potestate mulieris non est, suus heres mulieris non est ex testamento, vel ab intestato, quia mulier jus familiæ, aut suum heredem habere non potest. Viri est præesse familiæ, & suis jure potestatis, non mulieris. Alter casus hic est, si pater naturalis filium extraneo in adoptionem dederit, introductus à Justiniano in *l. pen. h. tit.* nec enim per adoptionem transit in familiam extranei adoptatoris, sed remanet in familia patris naturalis: patri naturali est suus heres, & ei adquirit jure potestatis, in qua est: & uno tantum casu adoptio ei proficit, si extraneus pater adoptivus intestatus decesserit: Nam hoc casu in bonis ejus filius adoptivus datus à patre naturali habet jus sui heredis, ut ait *lex pen.* licet suus non sit, cum non sit in potestate extranei adoptatoris. Alias vero nil juris habet in bonis extranei adoptatoris, nil ei adquirit, & est tantum nomine filius, sive imagine, non re. Sed latius nobis explicanda est tota lex penult.

Ad L. X. Cum in adoptivis filiis, *qui filiifamilias constituti à patribus naturalibus aliis in adoptionem dantur, antiquæ sapientiæ incidit quædam dubitatio, si oporteret talem filium, qui præteritus à naturali patre fuerat, habere contra ejus testamentum de inofficioso actionem (quam Papinianus quidem negat. Paulus autem sine effectu derelinquit: Martianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis, quidem voluntate ejus circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat) & iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum jus adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat: neque enim contra patris naturalis voluntatem, quia mortis ejus tempore in aliena fuerat fami-*

lia

lia constitutus, neque contra adoptivum patrem, qui per emancipationem ejus familia exemptus est: ideo talem dubitationem resecantes, & tale vitium corrigentes, sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam, jura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus, &c. A

QUærebatur inter juris auctores, an filius à patre naturali datus in adoptionem extraneo, & præteritus testamento patris naturalis, habeat querelam inofficiosi testamenti, quia querela datur exheredato, & præteritio ejus filii, qui neque est in potestate, neq; exiit potestate per emancipationem; sed per dationem in adoptionem, quia translatus est in alienam familiam, pro exheredatione habetur: emancipati præteritio pro exheredatione non habetur: quia licet exierit familia patris, non tamen abiit in alienam familiam, nec tam est extraneus patri naturali, quam is, quem pater naturalis alii dedit in adoptionem. Hanc vero quæstionem, ut Julian. narrat in h. l. Paulus proposuit quidem, sed indecisam reliquit, ut sæpe auctores scribunt videndum esse, si subsistere, & fatentur ἀμηχανίαν ingenue. At Papinianus in quæstione proposita negabat præterito, qui pro exheredato habetur, dari querelam inofficiosi testamenti. Merito, ut videtur: quia voluntate patris factus est extraneus, & extraneæ familiæ filius, ut nec patri naturali jam sit liberorum numero, quandiu est in adoptiva familia, *§. emancip. Instit. de exhered. liber.* quod obtinet etiam in Senatusconsulto Tertull. *l. 2. §. sed si quis, ff. ad Tertull.* & in Senatusconsulto Syllaniano, *l. 1. §. in eo, ff. ad Senatusc. Syll.* Neque tamen is, quem pater naturalis dedit in adoptionem, in totum patri naturali extraneus est, quia duo saltem habet salva, quæ non haberet, si in totum esset extraneus. Primum, ut ei instituto à patre naturali, & filio forte naturali, quem habuit in potestate, aut emancipavit, præterito, præteritus committat edictum de bonorum possessione contra tabul. id est, ut aperiat ei viam veniendi simul cum præterito ad bona patris naturalis jure bonorum possessionis contra tabulas, *l. non putavit, §. in adop. D. de bonor. possess. cont. tab.* Alterum est, quod salvum habet, ut deficientibus suis, & legitimis heredibus, ab intestato veniat ad bona patris naturalis ut cognatus, quia non desiit esse cognatus per bon. possess. unde cognati, ut io §. *admonendi, Instit. de hered. quæ ab intest. & l. 1. §. cognationem, ff. und. cogn. & in hac l. pen. §. neque.* Et hoc respectu, quod hic filius possit venire ut cognatus, non negaret Papinianus ei præterito testamento patris naturalis dari querelam inofficiosi testamenti, scilicet, si ab intestato locus sit bonorum possessioni *Unde cognati*, ad quam ipse admittitur deficientibus puta suis, & legitimis heredibus: nam & liberis cognatis, non suis, non legitimis datur querela inofficiosi testamenti, *l. postumus, ff. de inoff. test.* Sicut è contrario eadem querela datur patri naturali, si sit præteritus testamento filii in adoptionem dati, & morte adoptatoris sui juris effecti, *l. advers. eod.* At si moriente patre naturali testamento facto, & eo filio præterito, filius in adoptiva familia fuerit, nec sit locus bonorum possessioni *unde cognati*, quod extent sui, vel legitimi, neque habet bonorum possessionem contra tabul. patris naturalis, neque querelam inofficiosi testamenti, quia pro extraneo habetur, neque ab intestato vocatur inter liberos, vel inter legitimos. Et hæc de sententia Papiniani, quam inexcussam nostri relinquunt. Martianus autem in hac quæstione utebatur distinctione hac, quæ æquissima videtur: Aut filius à patre naturali datus in adoptionem, in damno, & fraude versatur, ut si pater adoptivus inops sit, & egenus, vel si dives eum emancipet statim post mortem patris naturalis. Et hoc casu dicebat Martianus filio succurrendum esse, ut bona patris naturalis non amittat, qui nil sperat ex bonis patris adoptivi, vel propter inopiam ejus, vel propter emancipationem, quæ illum à bonis ejus exclusit omnino. Aut nullo in damno versatur, ut si habeat patrem adoptivum locupletem, nec ab eo emancipetur post mortem patris naturalis. Hoc vero casu nil juris eum habere (ut voluit Papinianus) in bonis patris naturalis, præter illa duo, quæ dixi ante. Tandem vero Justinianus, ut hanc quæstionem definiret in hac *l. pen.* hac usus est distinctione. Aut pater naturalis filium extraneo dedit in adoptionem: Et hoc casu pater naturalis retinet patriam potestatem, filius retinet familiam unde ortus est, & jus sui heredis in ea familia, nec præsumitur consensisse, ut transiret in familiam extranei. Extraneo autem, cui datus est in adoptionem, fit filius imaginarius, fit imaginaria, & nova affectio, aut fit quasi filius in hoc tantum modo, ut ei succedat ab intestato: cæterum nil ei adquirit, neque adversus testamentum ejus præteritus habet querelam inofficiosi testamenti, vel bonorum possessionem contra tabulas, imo nec quarta ei debetur ex Senatusconf. Sabiniano, ut ait, *§. quæ autem, in hac l. pen. & §. sed ex omnia, Instit. de heredit. quæ ab intest. def.* quod rectissime exposuit Theophilus noster. Senatusconsulto Sabiniano cautum erat, ut is, cui pater naturalis ex tribus maribus filiis dedisset unum in adoptionem, omni modo cogeretur ei, quem à se separasset, patet quartam partem bonorum suorum relinquere. Sicut etiam fuit aliquid præcipuum ex eodem Senatusconf. in eo, qui unum ex tribus maribus filiis obtulisset senatui, *l. ult. inf. de decurion. lib. 10.* Sed si pater naturalis ex tribus maribus filium unum extraneo dederit in adoptionem, huic filio, quia non sequitur familiam extranei adoptatoris, non debetur etiam illa quarta Sabiniana in bonis illius. Aut, & hæc est altera pars distinctionis Justiniani, pater naturalis filium dedit in adoptionem alii parenti filii ipsius, puta avo filii, vel proavo paterno, aut materno, nimirum ut & natura, & lege ei conjungeretur, vel coalescerent jura naturæ, & jura civilia. Hoc vero casu valet sententia Papiniani indistincte, ut scilicet filius transeat in familiam, & potestatem adoptivam, in familia naturali pro extraneo habeatur, omissa distinctione Martiani, quia affectio avi, vel proavi naturalis, & genuina pietas facit, ut non vereamur, ne parens eum emancipet statim post mortem patris naturalis in fraudem, ut eum defraudet utraque successione, quia non est verisimile, ideo non utimur distinctione Martiani. Sed tamen si hoc faceret parens, si in hanc fraudem deduceret nepotem, quem in locum filii adoptavit auctore patre, in cujus erat potestate, tum sequemur sententiam Martiani. Et ita est explicandus *§. si vero* hujus legis. Et postremo observandum, huic distinctioni tantum locum esse in filiis à patre datis in adoptionem: Nam in adrogatis, id est, qui vivo patre sunt emancipati à patre naturali, & vivo eodem patre se adrogandos dederunt, io iis sequemur sententiam Papiniani, ut sint penitus alieni à familia patris naturalis, & sequantur penitus familiam adrogatoris.

AD TITULUM XLVIII.

DE EMANCIPATIONIBUS LIBERORUM.

HIC titulus est de patria potestate, non adquirenda quidem, sed resolvenda: resolvitur variis modis, sed certis tantum, præscriptisque modis adquiritur. Resolvitur casu, ut ait *lex 3. h. tit.* id est, morte patris, vel deportatione, *l. 1. §. sed & si morte, D. quan. de pec. act. annal. sit.* Et jure antiquo, si filius Flamen Dialis inauguretur, vel filia virgo Vestalis capiatur, auctore Ulpiano *lib. regul. tit. 10.* & jure novo, si filius augeatur dignitatibus quibusdam eximentibus, in *Novell. 81. & l. 1. inf. de consulib. lib. 12.* Non resolvitur Monachismo, ut volunt doctores nostri, sine lege: quia igitur lex deficit, integra est patri vindicatio filii, qui se inconsulto patre devovit mo-

monasterio: nam & Monachismus non est capitis deminutio: ut intelligere licet *ex Novella de monach.* Resolvitur etiam patria potestas datione in adoptionem, ut heri diximus, videlicet, si filius à patre detur in adoptionem avo, vel proavo, vel abavo filii ipsius. Resolvitur quoque emancipatione, de qua est proprie h. tit. Et his duobus posterioribus modis filius capite minuitur, superioribus autem modis capite non minuitur, sed sui juris fit, & suæ potestatis sine capitis deminutione, *l. 3. §. ult. D. ad Senatusc. Maced.* Datione in adoptionem, & emancipationem, maxime si jure legitimo detur in adoptionem, vel emancipetur filius, capite minuitur, quia per venditionem imaginariam deducitur in servilem causam, *l. 3. §. 1. D. de cap. minut.* Nil refert dixeris emancipationem, an mancipationem, utrumque nomen idem potest, nec unum ab alio separaveris usquam recte. Emancipationis igitur, seu mancipationis nomen (si nudum nomen spectes, si proprietatem nominis nudam, significantiamque simplicem) eo nomine significatur venditio imaginaria, quæ in jure .i. apud magistratum solemniter fit per æs, & libram certis verbis, libripende, & quinque testibus præsentibus, non adnumerato pretio, alioquin non esset venditio imaginaria, *l. 16. ff. de reg. jur.* Sed appenso uno nummo sestertio quatuor assium: quod etiam, ob discrimen alterius nummi, in mancipatione exprimi solebat, *l. ult. inf. de donat.* ubi est legendum uno tenore, & nulla subdistinctione interjecta, *Sestertii nummi unius assium quatuor*. Aliud est emere pretio, aliud emere nummo sestertio quatuor assium, *l. si quis ante, D. de adquir. possess.* Denique aliud est pretium, aliud nummus. Nummus non est pretium, sed imago pretii. At si non proprietatem nominis spectas, sed rei effectum, & exitum, *emancipationis*, vel *mancipationis* nomine significatur, vel quæ per eam fit alienatio rerum mancipi, vel testamentum, quod per æs, & libram est appellatum, vel datio in adoptionem, vel ut in hoc titulo resolutio patriæ potestatis, per quam filius fit sui juris, & separatur à familia patris, ut ait *l. 9. sup. tit. prox.* Solvitur familia, & sacris, ut *l. 3. C. Theod. de decur.* sacris scilicet paternæ familiæ, quibus utitur pater, quibus ipse erat alligatus, ut dominus Alciatus existimat, & alii quidam: ut ego existimo, quia sancta res est patria potestas: eadem ratione sancta res adoptio, ut Calphurnius Flaccus ait in Declamat. *Adoptio*, inquit, *sancta res est, quæ beneficia naturæ, & juris imitatur, sancta persona patris*, *l. pen. ff. de obseq. par. præst.* sacra nomina patrum, ut ait eleganter *lex 1. C. Theod. de bon. matern.* His sacris solvitur, qui emancipatur à patre. Et emancipatio quidem, per quam alienatur res emancipi, vel testamentum fit per æs, & libram, prisco more una est. Itemque ea, qua præter filium cæteri liberi dantur in adoptionem, una mancipatio est, quam nec sequitur manumissio ulla, ut heri ostendi. Qua vero solvuntur patria potestate, una est mancipatio, & una manumissio, ut ait Ulpianus supra dicto loco. *Cæteri*, inquit, *præter filium liberi una mancipatione, manumissioneque sui juris fiunt.* Quod etiam probat *l. 8. §. ult. ff. de inj. rupt.* At qua filius in adoptionem datur, trina est mancipatio, & bina manumissio secundum jus legitimum, *l. ult. tit. super.* Qua vero filius solvitur patria potestate, trina est mancipatio, & trina manumissio, ut idem Ulpianus scribit eodem loco, & ejus verba hæc sunt: *Filius ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit*, & sequitur: *Idem lex 12. tabul. jubet*, his verbis: *si pater filium ter venumduit, à patre liber esto*. Lego *venumduit*, ut in l. quadam Numæ Pompilii, *si quis liberum hominem morti duit*, lego item ex Originali: *Idem lex 12. jubet.* Notavi enim *(idem)* esse demonstrativum pro *en*, vel *ecce*, ut apud eundem Ulpianus 7. *de officio procons. verba consultationis*, inquit, *& rescripti ita se habent. Em inter Clodium, &c.* Et 13. Epist. Ciceronis: *Em hic ille est*, id est, maxime, & Teren. Adelph. *Em tibi rescivit omnem rem*, ut scilicet in antiquis, & castigatissimis liberis scriptum legi notavit Doctissimus Victorius. At præter illam trinam mancipationem, & manumissionem filio patria potestate liberando, etiam intervenisse circumductiones quasdam, & ῥαπίσματα significat *l. ult. h. tit. & Novel. 81.* Circumductione, quoniam in manumittendo, ut solebat fieri in servorum manumissionibus corpus filii agebatur, & circumagebatur in orbem, ut facta ista vertigine (*sic vocat Persius*) liber abiret: ῥαπίσματα autem, quoniam emittebatur manu, id est, palma manus inflicto colapho, vel, ut ait Claudianus, pulsata fronte: *Tristis conditio pulsata fronte recessit, in civem rubuere genæ*. Unde apparet nil esse aliud ῥαπίσματα, quam alapas, quorum Symbolo fiebat manumissio. Nec fere in Evangelio ῥαπίσματα vertentem, *bacillos*. Laudo veterem interpretem, *alapas*: non etiam fero, quod dicunt apud D. Marcum ῥαπίσμασιν veterem interpretem interpretari *alapis*, cum potius dicere debuerit apud Marcum, Græcum interpretem *alapis* interpretari ῥαπίσμασιν, quoniam D. Marcus Evangelium scripsit Latine, unde apparet, quas dixit *alapas*, Græcum interpretem vertere ῥαπίσματα. Et scripsisse Latine testantur Damasus in vita Marci, & gravis auctor Gregorius Nazianzenus, Ματθαῖος μὲν ἔγραψεν, &c. Matthæum Hebraice, Marcum Latine, Lucam Græce. Sed ad rem: per has solemnitates, quas exposui (quæ & legis actiones dicuntur, & actus legitimi, & solemnes, *l. 3. h. tit. l. actus, de Regul. jur. Nov. 81.*) filius exibat potestate patris, non nudo consensu igitur, ut ait *l. 3.* sed actu solemni. Et quæ ita, solemniter fiebat emancipatio ex 12. tabulis, est legitima emancipatio: hoc est, solemne genus emancipationis liberorum. Alia est emancipatio, quæ fit ex constitutione Anastasii detractis illis solemnitatibus si quis nolit legitima emancipatione, & solemni emancipare filium, quæ, inquam, fit detractis illis solemnitatibus ex rescripto principis ad preces patris emisso, *à la requeste*, & postea insinuato magistratui competenti, *l. pen. h. tit.* ut adrogatio fit ex rescripto principis ad preces adrogatoris, scilicet postea insinuato magistratui competenti, *l. 2. sup. tit. prox.* Hoc genus emancipationis Anastasianæ retinet nomen nudum emancipationis, reipsa sublata, id est, venditione imaginaria, quam id nomen proprie denotat, & nomine emancipationis relato ad finem, exitum, emolumentum rei, ad eventum, seu effectum. Alia est emancipatio, quæ fit ex constitutione Justiniani, si quis ea malit uti, etiam sine rescripto principis, apud magistratum competentem actis intervenientibus, cui lege, aut longa consuetudine datum sit, ut apud eum fieri possit emancipatio liberorum, nec enim omnis magistratus hoc jus habet, *l. ult. h. tit.* neque improbatur lex municipalis, aut longa consuetudo, quæ dat magistratui unius civitatis, vel municipii, ut alterius municipii cives apud eum liberos suos emancipare possint, quæ est sententia *legis 1. h. tit.* Non est omittendum, quod ait lex ult. patrem, qui filium emancipavit secundum constitutionem Justiniani, habere integra jura hereditatum, & tutelarum, id est, filio præmortuo legitimum heredem esse, quem emancipavit, filio impuberi emancipato legitimum tutorem esse, etiamsi in emancipatione, quæ abrumpere videtur omne jus legitimum patri, & filio, in omnes agnationes hoc sibi non reservaverit pater: & ea quidem emancipatio Justiniana differt à legitima, per quam pater amittebat jura legitima hereditatum, & tutelarum, nisi ea sibi reservasset contracta fiducia cum imaginario emptore de filio sibi remancipando, ut à se manumittatur, non ab illo: quo casu pater jure manumissionis, quia non tantum emancipavit, id est, vendidit, sed etiam remancipatum, & revenditum sibi manumisit, prout convenerat, contracta fiducia inter patrem naturalem, & fiduciarium, id est, emptorem imaginarium jure manumissionis, tanquam patronus eo casu habebat jura legitimarum hereditatum, & tutelarum, *§. ult. Institut. de legit. agnat. success. l. si à milite, §. ult. ff. de milit. testam. l. 1. §. ult. ff. si à par. manum. fuer.* Additur in hac lege ultima, posse patrem in emancipando donare filio peculium, vel alia quæcunque voluerit, quod plerunque ad-

solebat

solebat fieri, ut ait *lex ut liberis*, *in fine*, *sup. de collat.* Spartianus in Adriano: *filium dato patrimonio emancipaverat*. Non solebant emancipare, quin donarent aliquid emancipato, quo vitam tueretur suam. Et in *l. 2. h. tit.* dum ait, *non esse necessariam scripturam in emancipationibus liberorum*, *nec in donationibus*, proculdubio intelligitur de donationibus, quæ fiunt filio in ipso articulo emancipationis. Additur etiam, sive repetitur in *l. ult.* quod ante fuerat constitutum, ut pater pro præmio emancipationis habeat in omnibus adventitiis, quæ filius quæsivit ante emancipationem, usumfructum pro dimidia parte, ut *l. 6. §. cum autem*, *sup. de bon. quæ liber. acquir.* vel si qua bona adventitia filio obvenerint post emancipationem, ut in eis habeat pater usumfructum pro virili parte, *ut l. 3. sup. de bon. mat.* idque pro præmio emancipationis, id est, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod habet filius à patre, id est, beneficium quærendorum bonorum, *l. 1. in princ. ff. si à par. qu. manumiss. fuer.* quippe cum filiusfamil. fuit, quicquid adquirebat, ejus emolumentum quærebat patri: beneficio emancipationis quærit sibi, non patri, quod beneficium est plerunque patri onerosum, ut ait *lex filio*, *ff. ut legat. nom. caveat.* Non est omittenda una differentia inter ea tria genera emancipationis, quæ exposui, quod etiam absentes ex constitutione Anastasii possint emancipari impetrato rescripto, *l. pen. h. tit.* non ex 12. tab. non ex constitutione Jusliniani, nisi præsentes. Illud vero commune est omnium emancipationum, ut neque invitus emancipet, *l. 4. h. tit.* neque emancipetur, quod & Paulus scripsit 2. *Sentent. Filius*, inquit, *familias invitus emancipari non cogitur*: imo ex constitutione Anastasii filius nominatim consentire debet emancipationi, nisi infans sit, cujus nullus est consensus, *d. l. pen.* Illud item est commune omnium, ut fiat emancipatio, etiam causa non reddita, non exposita, cur pater velit emancipare, filius emancipari, *l. 3. h. tit.* præterquam uno casu, quem miror non notasse Accursium, si is, qui adrogavit impuberem, eum velit emancipare: nec enim potest causa non cognita, *§. cum autem*, *Inst. de adopt.*



AD TITULUM XLIX.

DE INGRATIS LIBERIS.

QUANTUM sit beneficium emancipationis, hic titulus ostendit, quo patri datur *actio ingrati* adversus filium, quem emancipavit, per quam rescissa emancipatione, *ut ait constitutio hujus tituli*, filius redit in potestatem patris si sit ingratus, quod non est si non reddat, vel si neget, aut dissimulet, se beneficium accepisse, ut dicerent Philosophi, sed si contumeliis affecerit patrem, si (quod nefas dictu est) verberaverit, si manus ei impias intulerit, quam ob causam & similis actio data est domino adversus servum, quem manumisit, *sup. de libert. & eorum liber.* Per quam manumissio rescinditur, per hanc emancipatio rescinditur. Alias emancipatio rescinditur post mortem patris à prætore data bonorum possessione contra tabulas, si filius emancipatus præteritus fuerit testamento patris in rem filii, quo magis admittatur ad bona patris, rescissa emancipatione, rescissa capitis deminutione, *l. sed cum patrono*, *ff. de bonor. possession. l. 3. §. si emancipatus*, *ff. de bonor. possession. cont. tabul. l. si aliquis*, *C. Theod. de bonis proscript.* Alias rescinditur emancipatio vivo patre, & hæc non potest esse in rem filii, id est, non potest non esse fraudi filio, quia redit in patris potestatem, & amittit beneficium sibi quærendorum bonorum. Et ait constitutio hujus tit. leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritæ multare voluerunt. *Leges* cum dicimus, per eminentiam leges 12. tabularum dicimus. Itaque arbitror hoc loco significari legem Regiam, cujus hæc sunt verba apud Festum: *si parentes puer verberit*, *ast olli*, id est, *illi plorassint*, *puer Divis parentum sacer esto: si nurus sacra Divis parentum esto*. Nam puerum, id est, filium, ut veteres loquebantur, & nurum sacrum, aut sacram fieri Divis parentum, quid aliud est, quam in sacra, quibus soluti erant, & in potestatem parentum reverti, ut ab eis impune occidi possint tanquam sacri, & detestabiles, videlicet si parentibus manus impias intulerint, si parentes verberaverint, illi vero plorassint, id est, proclamarint, & implorarint civile auxilium, ut Festus interpretatur. Idemque juris statuit ea lex in filio, & uxore filii, id est, nuru, quæ in manu filii est, quæ semper sequitur familiam filii, & in ejus potestate est, in cujus & maritus. Fuisse autem eam legem Regiam translatam in 12. tabulas, ut alias leges de patria potestate, non est dubium. Regula est, emancipatos liberos in patriam potestatem invitos non reverti, *l. ult. D. de his, qui sunt sui*, *vel al. jur.* Sed excipitur causa ingratitudinis: sicut regulariter filii inviti non emancipantur, quia invito beneficium non datur: unde voluntariæ jurisdictioni nomen, quæ exercetur à judice, apud quem emancipatio fit, quia exercetur inter volentes, *l. 2. D. de offic. proconf.* sed excipitur justa causa emancipandi filii, *§. cum autem*, *Institut. de adopt.* Ex qua si invitus sit emancipatus, posset dici, ob causam ingratitudinis non posse eum redigi in potestatem patris, quia nemo invitus intelligitur beneficium accipere; & ubi non est beneficium, nec ingratitudo esse potest, & regula juris, *invito beneficium non datur*, ita accipi posset non improbabiliter, ut nolenti accipere beneficium, neque detur si non accipiat, neque si accipiat, quia (ut Seneca ait primo de benef. *Non accipere*, *sed parere videtur*, *qui invitus accipit: & nemo accipiendo obligatur*, *quod illi repudiare non licuit*) Sed hoc ne admittamus, id est, ne dicamus ob causam ingratitudinis non posse redigi filium in potestatem, qui invitus ex justa causa emancipatus fuit, pietas paterna vetat, maxime cum specialiter ingratum eum tantum dicamus, qui pulsat parentem, aut gravi afficit convitio, & quia etiam, ut Leo eleganter ait in *Nov.* 201. duplex potius beneficium accipere videtur, qui cogitur accipere.



AD TITULUM L.

DE POSTLIMINIO, ET RED. AB HOST.

PERTINET etiam hic titulus ad causam patriæ potestatis: nam in eo intelligimus patrem captum ab hostibus desinere habere filios in potestate, postliminio vero reversum, tam filios, quam omnia sua in potestatem recipere, quia fingitur retro in civitate fuisse, id est, nunquam ab hostibus captus fuisse, qui ab hostibus advenit, *l. retro*, *ff. de capt. & postlim. revers.* Et hæc est, quæ dicitur fictio postliminii. Alia est fictio legis Corneliæ, de qua etiam agitur hoc titulo, qua is, qui captus est ab hostib. & mortuus apud eos, eo momento fingitur mortuus in civitate, quo captus est, *l. in omnib. ff. eod.* captivitati juncto tempore mortis, ut in *l. justo*, *in fine*, *ff. de usurpat. & usucap. l. Gallus*, *§. videndum*, *ff. de lib. & post.* & proinde in ipso articulo captivitatis, filius ejus, qui post captivitatem mortuus est apud hostes, intelligitur morte patris sui juris effectus, non quo tempore pater mortuus est, sed quo captus est, seu quo capiebatur nondum peracta captivitate. Hæc fictio est ex jure civili ex lege Cornelia, fictio autem postliminii ex jure gentium, *l. postliminium*, *ff. eod. tit.* Intelligimus etiam ex hoc tit. filium captum ab hostibus desinere esse in potestate patris, sed reversum, jure postliminii reverti in potestatem patris, ac si nunquam captus fuisset ab hostibus, *l. 10. & 12. hoc tit.* filium autem mortuum apud hostes ex lege Cornelia pro eo haberi, ac si esset mortuus cum captus est. Itaque captivitas patris, aut filii, ut eleganter ait Papinianus in *l. pen. ff. de suis*, *& legit. hered.* non in plenum solvit patriam potestatem, quamdiu vivit pater: *propter*, inquit, *suspensi juris constitutionem*, id est, propter jus postliminii, quod est constitutio juris

gentium, sicut servitus definitur constitutio juris gentium, & quodammodo Papinianus ita definit *postliminium constitutionem suspensi juris*, quia spes postliminii suspendit patriam potestatem, & jura omnia captivi non abrumpit: ut ait *lex illa institutio, §.1. D.de heredib.inst.* Et hujus spei ratione, & respectu, ut opinor, *in edicto ex quibus causis major.* servitus separatur ab hostium potestate, quasi hostium potestas non sit plene servitus propter spem postliminii. Postliminio est contrarium *eliminium*. Et plenius ita definitur in *d. l. postliminium*, *jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, & in statum pristinum restituendæ inter nos, ac liberos populos, Regesque, moribus, legibus constitutum.* Ait *moribus*, id est, jure gentium, & naturali æquitate, ut *l.8. D.de rit.nupt.* matrem, aut sororem prohibetur moribus uxorem ducere. Ait *legibus*, id est, *jure civili*: Nam quod jus naturale est, & civile est, non contra. Item ait, *ab extraneo*, quia non tantum cum hostibus, sed etiam cum extraneis non hostibus postliminium est, *l. 5. §. in pace, eod.* non tamen cum fœderatis, & liberis, licet extranei sint, ut ait lex 7.eod. quod tamen Ælius Gallus non probat apud Festum: Nam & cum fœderatis, & liberis postliminium esse dicit, sed explosa est illius sententia. Et eo loco Festi, quo ex Ælio Gallo, ex nostris igitur, tractat de postliminio, duo loci sunt emendandi: unus, quo, postquam dixit, *servos nostros captos ab hostib. jure postliminii redire in potestatem nostram*, ut *l.10. h. t.* *subjicit Ælius Gallus*, quod etiam est in *l.2.D. eod.* *Equi, & muli, & navis*, inquit, *eadem ratio est, quæ servi*, quia scil. eas res postliminio recipimus, si ad nos revertantur. Et ita legendum illo loco circumscriptis iis verbis intermediis, *postliminium receptum is*, quæ nil ad rem faciunt. Alter locus in Festo ita est restituendus: *quæ nationes in ditione nostra sunt, cum iis postliminium non est.* At rursus in supradicta definitione ait, *inter nos, ac liberos populos, regesque.* Sic idem Ælius Gallus. *Reciperatio*, inquit, *est, cum inter populos, & reges, nationesque, & civitates peregrinas convenit, quomodo per reciperatores reddantur res, recipianturq; resque privatas inter se persequantur.* Et restat hoc tantum, ut notemus ad *l.1.h.t.* Primum sic esse restituendam inscriptionem, *Ovinio Tertullo præsidi provinciæ Mysiæ inferioris, ex l 9.ff.eod.* Lex est celebris, cum ejus fiat frequenter mentio *in ff. ut in d.l.9 & l.26. eod. & l.si apud hostes, ff. ad Tertul.* ubi sicut *in l.9.* dicitur etiam fuisse scripta *ad Ovinium Tertullum*, & in *l.1.§.quæri. ff.de suis, & legit. hered.* & sententia legis hæc est: apud hostes conceptum, & editum ex viro, & uxore captivis, ingenuum esse, licet conceptus, & natus sit ex servis. ex servis ingenuum nasci, *ut d.§.quæri*, quod est paradoxon in jure, & verissimum, quoniam non servi sunt proprie, sed captivi. Et edictum, ut ante docui, separat servos à captivis, quia captivi non sunt ad plenum servi. Item apud hostes conceptum, & editum habere postliminium, licet ipse captus non fuerit, & reversis cum eo parentib. in patriam jure postliminii recidere in potestatem patris, & patris originem sequi. & conditionem, jus sui, & legitimi heredis habere. Deniq; in eo obtinere fictionem postliminii: fictionem tamen legis Corneliæ in eo locum non habere, puta patre mortuo apud hostes, patre interfecto ab hostib. & matre sola cum eo reversa: quia etsi (quod ad legitimam matris hereditatem attinet) ex SC.Orphit. postliminium habeat, *d.l.1.§. sed etsi apud hostes*, & *l.1. §.item si adhuc prægnans, ff.ad Senatusc. Tertull.* & conditionem matris sequatur, tamen nil juris habet in bonis patris defuncti apud hostes ex lege Cornelia, quia ea lex fingit patrem mortuum hora captivitatis, quia is puer non erat in rerum natura, cum conceptus ponatur apud hostes: Videtur ergo esse spurius, id est, sine patre, ut ait *l.26.eod.* & vulgo quæsitus, quod idem est. At sciendum est posterioribus Imperatorib. *h. l. 1.* visam imperfectam, quod in suscepto apud hostes admittant fictionem postliminii, non fictionem legis Cornel. quam postea Leo Philosoph. *Nov. 36.* in eo etiam admisit, ut mortuo patri apud hostes reversus in patriam succederet, quasi ex lege Cornelia. Igitur ex ea Novella in eo non tantum habet locum fictio postliminii, sed etiam fictio legis Corneliæ.

Ad L.II. Ab hostibus redeunti, *quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse detrusi videntur: & ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinæ conditioni eos reddi manifestum est. Proinde si ab hostibus redemptam, post dissolutum, veluti naturalis pignoris vinculum, habere in matrimonio cœpisti: nihil est, quod de statu ejus, seu liberorum communium debeas pertimescere.*

IN lege 2. notandum in primis esse censeo, captivorum tria jura, tresve casus esse. Alii sunt, qui ab hostibus in patriam revertuntur, non commercio redempti, sed vel ultro dimissi ab hostibus, vel elapsi fuga, vel virtute militum recuperati. Alii sunt, qui ab hostibus interficiuntur, vel qui apud eos sua morte funguntur. Alii, qui commercio redimuntur ab hostibus, pecunia sua, vel aliena. Primo casu captivi, qui redeunt in patriam, jure postliminii illico suæ libertati, & ingenuitati restituuntur, & omnia jura sua pristina recipiunt, quæ modo in eadem causa manserint, id est, quæ amissa, aut deminuta non sunt. Servi autem capti ab hostibus reversi dominis restituuntur, *l. 5. 10. & 12. pen. & ult. h. tit.* Et in hanc rem *l. ult.* verba referuntur *Concilii Hispalensis 1. Can. 1.* Si qua vero jura interim amissa sunt, dum sunt apud hostes, usucapione forte, vel præscriptione longi temporis, vel non utendo, ipso quidem jure, id est, postliminii, ea non recipiunt, quorum possessionem, & dominium alter adeptus est, ut *l. denique, ff. ex quib. caus. major.* sed ut ea recipiat, à prætore ei datur utilis in rem actio rescissoria, per quam rescissa usucapione, & præscriptione temporis, in integrum restituuntur ex edicto *ex quibus caus. majores*. Denique ea, quæ interim amiserunt, non recipiuntur jure postliminii, sed jure vindicationis utilis, & rescissoriæ, sive restitutoriæ, ut *l. 18. h. t.* Et hoc quoque notandum est, aut memoria repetendum, quod docuit nudiustertiana recitatio, ex *l. 1.* aliquando etiam non captivis .i. non captis ab hostib. si revertantur, esse jus postliminii, ut puta iis, qui ex captivis concepti, & editi sunt. Nec omittendum, quod notat *l.pen.* captivis dari postlim. non transfugis, quoniam ii non sunt captivi, nec ex captivis suscepti, *ut l. postlim. §. transfuga, ff. eod. tit. l. 14. ff.* ex *quib. caus. major.* Hoc quoque notandum, quod ad hunc primum casum attinet, medio tempore, antequam captivi revertantur, bonis eorum, ne dissipentur, ne pereant, curatorem constitui, ut *l.7. §. ult.ff. de tutel. & rat. distr.* Curatorem, inquam, bonis captivi constitui, quæ in patria reliquit, qui promittat datis idoneis fidejussorib. rem captivi salvam fore, quod promittit stipulanti servo publico, ut *ait lex 3. h. tit.* scil. si nullum servum reliquerit in civitate, qui ei stipuletur: Nam liber homo ei stipularetur inutiliter, quia alteri liber homo non stipulatur, sed sibi tantum. At servus publicus ei recte stipulatur, qui non habet, qui ei stipuletur, & qui ipse sibi stipulari nequit, propter causam captivitatis. Servus publicus est quasi servus communis omnium, & ideo cuilibet ex civibus recte stipulatur, ut *l.non aliter, ff. de adopt. l.2. ff. rem pup.sal. fore*, & in hac *l. 3.* Interim vero de bonis ejus, qui est apud hostes, nil transigi potest inter aliquos, nil judicari: hereditatem ejus tanquam mortui adire, aut bonorum possessionem petere nemo potest, propter spem postliminii, quam ponimus præcipue in virtute militum nostrorum, & viribus imperii, atque adeo pro certa habemus, ut quamdiu is vitam vivit apud hostes, nemo possit ejus bona, tanquam sua, ullo jure occupare. Et in hanc rem est elegans *lex 4. h.tit.* cujus speciem ponam, quia non patet omnibus.

Ad L. IV. Nec nos præterit, *hereditatem ejus, quam incognitum erat ab hostibus interfectam, an captam esse, à filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis jure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur, Nec super facultatibus ejus, cujus incerta vita, ac* for-

fortuna fuit, transigi, vel judicari potuit. Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit, tunc vobis licentia permittitur agnoscendæ per bonorum possessionem successionis: non officientibus enim his, quæ perperam gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

Filius matris captivæ nondum mortuæ, aut de ejus morte nondum accepto certo nuntio, hereditatem quasi legitimam adiit, deinde is filius vita decessit: post mater mortua est apud hostes relictis filiis sororis, qui ab intestato erant proximiores cognati suæ materteræ apud hostes defunctæ: & vero ei succedent jure prætorio, ut cognati proximiores, quia nil eis obest aditio hereditatis à filio præmature facta, quo minus petant bonorum possessionem unde cognati, matertera defuncta apud hostes. Et hæc de primo casu. Secundo autem casu, qui mortui sunt apud hostes, perinde habentur ex l.Corn. ac si mortui essent in civitate, ipso die, vel momento, quo capti sunt, quæ lex lata est contra fiscum, ne scilicet fiscus bona occuparet, sed ii, qui ei heredes existerent, si non venissent in potestatem hostium, qui non possunt ei heredes esse ex 12. tab. quia servi non habent heredem ex 12. tab. sed tantum patresfamil. Verum ex leg. Corn. heredes esse finguntur, quia retro fingitur mortuus, puta momento captivitatis, qui post mortuus est in captivitate. Itaque filii, quos eo die, quo captus est, habet, ex l.Corn. vocantur ad ejus hereditatem legitimam, & testamentariam, quos habuit eo die, quo captus est, ut dixi, non etiam ii, quos post captivitatem suscepit apud hostes, *l.1. h.tit.* quod tamen (ut ibi dixi) Leo abrogavit. Duæ tantum sunt in hoc tit. leges, seu constitutiones de l.Corn. Una est *d.l.1.* de qua satis dixi nudiustertius. Altera est *l.9.* in qua Accurs. primum tentat, & Æmilius Ferretus affirmat perperam, per errorem scripsisse Impp. & usurpasse l. Corn. pro jure postliminii, quod esset perquam absurdum, quodque esse falsum, etiam ad eam l.posita conveniens species indicat. Finge: Pater, & filius capti sunt ab hostib. pater mortuus est apud hostes medio tempore, id est, antequam reverteretur filius in patriam: post reversus est filius; lex Corn.eum vocat ad patris hereditatem ut suum heredem, si eo die, quo capti sunt, in potestate patris fuerit, quia ea ipsa die pater fingitur mortuus, & ideo res paternæ, quæ in eadem causa manserint, jure postlim. ei restituuntur directa vindicatione, nisi (ut ait) post reditum filii ab alio usucaptæ sint, vel longo tempore adquisitæ. Et hoc vult l.9. Et eadem est species in *l.ult. sup. quib. ex caus. major.* quæ tamen addit, res patris usucaptas ante reditum filii, vel longo tempore ab alio adquisitas, filio in patriam reverso restitui non directa vindicatione, quia non manserunt in eadem causa: sed utili vindicatione rescissoria ex edicto, ut *l.18. h.t.* In hac specie lex Corn. filio defert patris hered. postliminium a. vindicandæ hereditatis facit potestatem: & hæc de 2. casu. Tertio casu, commercio redempti ab hostib. videntur quidem esse servi emptoris, tanquam ære empti à dominis, sed revera sunt liberi, nec à cive emi potuerunt in servitutem. At reversi non illico postliminium habent, ut primi, de quibus est primus casus, quoniam non ante pro liberis habentur, quam pretium redemptionis solverint redemptori, quo redemptor solvit de suo, sed serviunt interim redemptori, ut obærati, ut addicti, & ut ait *lex 5. tit.* quasi pignoris naturalis jure tenetur. Cur pign. naturalis? quia revera liberi sunt, qui sunt redempti ab hostib. Et emptio servi non facit servum eum hominem emptoris, & jure civili liberi homines pignori esse non possunt. Est igitur non civile, sed naturale pignus, imo nec naturale, sed quasi naturale pignus, & tenentur quasi vinculo pign. ii tantum, qui redempti sunt ab hostib. non etiam filii suscepti ex eis post redemptionem, quia pro eis redemptor nil præstitit hostib. *l.8. h.tit.* Vel sic dicamus: qui redempti sunt, serviunt redemptori, donec filii pretium solverint, non etiam filii eorum suscepti post redemptionem. Aliud est servire, aliud servum esse, *l.uxori, §.ult. ff.de usufr.leg. l.cum heres, §.Stichus, ff. de statulib.* Servit mercenarius, nec tamen servus est: servit fructuario manumissus à proprietario, nec tamen servus est, ut *l.1. sup. comm. de manum.* Et redemptum ab hostib. non esse servum redemptoris, argumentum est, quod paulo ante dixi, quod filii ejus post redemptionem suscepti non tenentur redemptori eo vinculo, quasi pign. quo ipse tenetur, & quod in sua potestate habet, quando desinit servire soluto sui pretio, quod etiam solvit invito per judicem, *l.6. h.tit.* & quod soluto pretio, vel remissio, etiamsi sit manum. à redemptore inter libertinos non est, sed plenæ ingenuitati restituitur, *l.11. & 13. h.tit. l.si quis ingenuam, ff.eod.* Et ideo, si redemptor, quam redemit ab hostibus suo ære, ducat uxorem, justa ei uxor est, qui etiam hoc ipso, quod eam duxit uxorem, videtur remisisse pecuniam redemptionis: nam & quolibet judicio donationis remittitur, *l.17. h. tit.* ubi legendum *indicio*, non *judicio*. Et consequenter justi sunt liberi ex eo matrimonio procreati, & non tantum, si ipse redemptor eam duxerit uxorem, sed etiamsi alius post remissionem pignoris, justa uxor est, & justi liberi. Et ita Græci accipiunt recte *l.2. h. tit.* ut redemptam, cui pretium redemptionis remissum est, duxerit extraneus, non ipse redemptor, & ut sit justum matrimonium, quia plenæ ingenuitati restituta est, nec libertinæ loco est. Et hoc jus derivari ex Atheniensium fontibus, & redemptis ab hostibus, ut redemptori sint veluti pignori, & serviant, docet Demosthenes in Oratione πρὸς Νικόστρατον: *Leges*, inquit, *jubent redemptum ab hostibus, ei esse subjectum, qui redemit, donec λύτρον, id est, pretium redemptionis exsolverit*, quod in Idiotismo significamus voce deducta à nomine redemptionis, *redemption, rancon*. Et ex eo nomine, quod vocetur redemptio, plane argumentabimur, & colligemus, jus gentium, quo capti fiunt servi hostium, nec hodie penitus esse sublatum, quia nec tolli potest omnino. Et hoc est, quod dicitur, *jus naturale esse immutabile*: Nam si captus ab hostibus hodie redimitur, ergo est deductus, quasi in servilem causam, quia liber non emitur, sed servus tantum, aut quasi servus. Ille locus Demosth. est, ut dixi, in oratione πρὸς Νικόστρατον, non (ut quidam notant) πρὸς Μακάρτατον: qui & in hanc rem multa alia falsa notat. De hoc jure pign. quo redemptor redemptum tenet, agi in *l.Nam & Servius, ff.de negot.gest.* agere Varronem in verbo *clarigare*, agere de eodem Dionys.Halicar. lib.3. in quo de ea re neque vola, neque vestigium. Et postremo notandum, quod est præclare constitutum in *l.ult. h.tit.* ut redeunti ab hostibus, cui datur victus, aut vestitus ex humanitate, & misericordia communi, non possit repeti: pretium autem redemptionis, quod datum est, ut possit repeti: cujus tamen repetitionem impedire videbatur eadem humanitatis ratio, quod pietate adducti captivos redimamus potissimum, non animo pretii repetendi, quæ ratio etiam prævalet in matre, quæ redemit filium de suo, *l.17. h.tit.* quia pietas matris prædominatur, atque præcellit. Et certum est in jure, quodcunque pietatis gratia fit pro alio, sive humanitatis, ejus non esse repetitionem: sed hæc ratio pietatis non prævalet similiter in extraneis, qui captivos sua pecunia redemerunt, sed in eis communis, & publicæ utilitatis ratio præpollet, ut ait *l.6. & ult. h.t.* Quid hoc est? quia hæc ratio exigit, ut redemptores pretia, quæ prorogaverunt pro captivis, repetere possint, ne non data repetitione tardiores faciamus homines ad humanitatis officia, redimendosque captivos: verum ait *d.lex ult.* eum, qui pretium sui nequit solvere, vinculo suo resolvi, si quinquennio redemptori dederit operas, & servierit, quæ constitutio est piissima, & merito in ea ejus executio Christianis demandatur, ut observent, ne quis redemptum ab hostibus retineat, sed ut mox liceat ei remeare ad suos, & sua, suosque postliminio recipere. Eaque pars legis ultimæ de Christianis repetitur in *l.Christianis, sup. de Episcop. aud.* Restat tantum unum verbum ex *l.15.* redemptum ab hostibus etiam antequam pretium sui restituerit redemptori, delatam sibi hereditatem posse vindicare, cum hoc sci-

ſcilicet, ut ex eis ſtatim pretium ſui reſtituat, ſimul atque ipſe plenæ libertati reſtituetur. Idque ait eſſe receptum favore libertatis, & ingenuitatis, quoniam, qui veluti ſervus tenetur, non poteſt adire hereditatem, ſed poteſt, ne amplius teneatur ut ſervus, ut ſtatim atque adierit ea bona, ſe abſolvat à redemptore.

AD TITULUM LI.

DE INFANTIBUS EXPOSITIS, LIBERIS, ET SERVIS, ET DE HIS, QUI &c.

HIC titulus pertinet etiam ad cauſam patriæ poteſtatis, quam amittit, qui filium à partu recentem projicit inhumaniter, & quodammodo ad mortem exponit, quod Græcis eſt χυτρίζειν, quoniam apud eos exponi ſolebant in vaſe fictili. Et eadem ratione dominus ſervi, quem exponit, dominium amittit. Et generaliter nemo præjudicio ſuum eſſe recte vindicat, quem pereuntem contempſit, ut ait *l.2. h.t.* alter collegit, extulit, & ſervavit incolumem, quo pertinet etiam *Juſtiniani Nov.*153. Verum ad *l.2. h. t.* adduntur in Codice Th. *tit. de expoſ.* hæc verba, *ſi modo teſtis Epiſcopalis ſubſcriptio fuerit ſubſecuta, de qua nulla penitus ad ſervitutem poſſit eſſe cunctatio* .i. ut Anianus interpretatur, *ſi conteſtationi de collectione ejus Epiſcopus, & Clerici ſubſcripſerint*. Quamobrem illam legem, quæ eſt Honorii, & Theod. ſignificari opinor Valenſis Concilii Can.9. his verbis, *ut ſecundum ſtatutum fideliſſimorumque Auguſtorum, & Principum quiſquis expoſitum colligit, Eccleſiæ conteſtetur.* Et pleniſſimus ſenſus hic eſt: eum, qui expoſitum colligit, id convocatis teſtibus debere in conteſtationem redigere, eamque offerre epiſcopo, & eccleſiæ ſubſcribendum, ut ab omni calumnia in poſterum liberetur, nec à quoquam poſſit inſimulari plagii, vel furti: nam ex conteſtatione ab eccleſia ſubſcripta apparebit eum collegiſſe expoſitum, non quæſiiſſe malo more, aut mala fide. At (ut dicere cœpi) nulla eſt differentia conſtituenda, quæ etiam nulla aperte conſtituitur in *l.1. C.Th. de expoſ.* inter dominum, & patrem, qui ſciens, volenſque ſervum à partu recentem, vel filium expoſuerit extraneæ miſericordiæ. Tertul. in Apologetico ait, *filios exponitis ſuſcipiendos ab aliqua prætereunte extranea miſericordia*. Nullam, inquam, differentiam eſſe conſtituendam inter dominum, qui exponit ſervum recens editum, & patrem, qui exponit filium ſimiliter recens editum. Nam & cum in prima parte *h. t.* ſervis jungantur liberi his verbis, *De infantibus expoſitis liberis, & ſervis*: ubi *liberis*, id eſt, filiis, ut conſtat ex *d. l.* 1. *C. Th. eod.* conſequens eſt, etiam dominis eſſe jungendos patres, ut & illi dominium, & jus patriæ poteſtatis amittant, ſi puerum recens natum expoſuerint, quamquam in jure, quod habent, multum diſtent: Nam patria poteſtas eſt inæſtimabilis, *l.filiifam. §. ſecundum, ff. de legat.1.* nimirum, quia res ſancta eſt: dominium in ſervum eſt æſtimabile. Verum quod dicimus patrem, qui filium exponit amittere patriam poteſtatem, huic ſententiæ obſtat *l.patrem, ſup. de nupt.* quæ indicat patrem, qui filiam exponit, non amittere patriam poteſtatem, cum penes eum velit eſſe arbitrium collocandæ filiæ: ſi quis alius expoſuerit invito, vel ignorante patre, fateor patrem non amittere patriam poteſtatem, ſicut dominus non amittit dominium partus ancillæ, ſi ancilla invito, vel ignorante eo partum projecerit, & expoſuerit, qui Theocrito eſt μητρὸς ἐκτὸς, ſed domino vindicanti puerum, quem ancilla ſua expoſuit ſe ignorante, & inconſulto, obſtat exceptio doli mali, niſi educatori reſtituat ſumptus alimentorum, & diſciplinæ, *l.1. h.t.* etiamne ſumptus diſciplinæ, & eruditionis? ſic eſt ſcriptum in *l.1.* & verum eſt, ſi dominus aliunde ſumptus eruditionis educatori refundere poſſit, ut in *l. apud, §.ſi minor, ff. de dol. except. l.idque, §.1. de act. empt.* non ut in contrariis legibus, id eſt, prima ſpecie contrariis, quæ adducuntur ab Acc. in *d. l.* ſi dominus aliunde eos ſumptus reddere nequeat, quia tunc non tenetur, niſi ad reddendos ſumptus alimentorum, non etiam eruditionis, & diſciplinæ, exceptis duobus caſibus, *l.27. §. ult. & trib. aut 4. ſeq. ff. de rei vind.* Quod ſi quis partum ancillæ ſubripuerit, *d.l.* 1. *h. tit.* notat dominum furi nullos ſumptus reſtituere debere: nec alimentorum, nec eruditionis: ſicut ſi ex argento ſubrepto fur pocula fecerit, ſtaturæ, aut celaturæ, ſumptus dominus, qui cum eo agit vindicatione, vel condictione furtiva, ei reddere non debet, *l.ex argento, D. de cond.furt. l.inficiando, §.ſi infans, ff. de furt.* Et recte Accurſ. in *h. l.1.* aliam eſſe cauſam malæ fidei poſſeſſoris, qui ſumptus reputat domino, quod confirmavi latius *initio obſerv.* 10. aliam furis, qui nullos ſumptus reputat domino, quia fur eſt plus, quam malæ fidei poſſeſſor. Sed redeamus ad *l. patrem*: in *l.patrem* non ponitur filiam ab alio expoſitam fuiſſe, ſed ab ipſo patre, & tamen patrem retinere patriam poteſtatem. Verum ut reſpondeamus, ponenda eſt ad eam legem ſpecies congrua, & conveniens, ne quid adverſi inde naſcatur, & ut ſuo caſu circumſcribatur, nec ſerpat ad omnes. Et ea poſita ſpecie propria, nihil prorſus obſtabit noſtræ ſententiæ, puta, patrem non expoſuiſſe filiam impietate quadam, aut inhumanitate adductum, ſed egeſtate, & fame compulſum, filiam, quam tueri non poterat recens natam, vagientem in cunis expoſuiſſe alienæ miſeri ordiæ, ut in *l.2.* eſt ſimilis ſpecies, *ſup. de patrib. qui fil. diſtrax.* Quo caſu æquum eſt, patrem jus ſuum non amittere, qui famis neceſſitati ſuccubuit: Nam, ut eleganter ait *lex pen. §.ult. ff. de excuſat. tut.* neceſſitati ſuccumbimus, quam nec Dii ſuperant. Sed ait *d. lex patrem*, ſi educatore deſiderante filiam, quæ ſuis ſumptibus crevit, filio ſuo à patre collocari, & in ea re quodammodo pater ingratus ei non adſentiatur, tunc tenebitur educatori alimentorum nomine, qui eo nomine non teneretur, ſi liberis filio educatoris, ut deſiderat educator, ut rogat, in manum conventione filiam nuptui collocaret, quia & eo genere filia ea tranſiret in familiam educatoris. Et ita eſt explicanda *lex patrem*. Et quæ diximus hactenus, pertinent ad primam partem tit. Duæ ſunt partes hujus tituli. Prima ita concepta eſt: *De infantibus expoſitis liberis, & ſervis.* Secunda hoc modo: *Et de iis, qui ſanguinolentos educandos, vel nutriendos acceperint.* Neque tamen exiſtimandum eſt alios eſſe in prima parte infantes, alios in ſecunda parte ſanguinolentos, quoniam in utraque infantium, & ſanguinolentorum nomine, ſignificantur à partu recentes, vel (ut ait Juvenalis) *à matre rubentes*, ut lex tertia ſeu ultima hujus tituli. *Pueri parvuli.* Et ſic in *l.2. ſup. de patrib. qui fil. diſtr. Si quis filium, aut filiam ſanguinolentos vendiderit.* Et Prudentius contra Symmachum, *quos ſanguinolentos vendendi mos juvat*. Et Donatus in Andriam: *A matre ſanguinolentum*, inquit, *non pulcrum, ſed ſcitum pronuntiat*. Ergo in prima parte hujus tituli, infantium nomine non ſignificatur integra prima ætas, quæ perducitur uſque ad ſeptennium. *l.ſi infanti, ſup. de jur. deliber.* ſed ſignificantur prima cunabula, quibus qui ejiciuntur, proprie dicuntur expoſiti: Nam qui grandiores ejiciuntur, non proprie exponi dicuntur, ſed pro derelicto haberi, ut in *l.2. ff. qui ſi. manum. ad libert. perv. l.ult. ff.pro derelict.* etiam Græci eos diſtinguunt nominibus, quibus expoſiti ſunt ἔκθετοι: habiti pro derelicto ἀπρονόητοι, id eſt, quorum curam nemo habet, contempti, & derelicti. Et male Harmenop. in fine primi Epitom. ἀπρονοήτους eſſe eos, qui rebus ſuis proſpicere non poſſunt, veluti furioſos, & dementes: cum conſtet ex Baſilicis, ita appellari eos, quos dominus habet pro derelictis, qui quanto intervallo diſtent ab expoſitis, ex eo apparet, quod expoſiti ſervi ſanguinolenti libertatem conſequuntur: habiti pro derelicto non conſequuntur libertatem, niſi uno caſu, ſi ægri, & affecti à domino tædio medendi ejecti, & derelicti ſint. Quo caſu ex edicto Claudii liberi fiunt, ut *d. l. 2. ff. qui ſi. manum. lib. l.1. §. ſed ſcimus, ſup. de Latin. libert. toll.* de quo edicto & mentionem fecerunt Dio, Suetori. & Suidas: alioquin habiti pro derelicto non deſinunt eſſe ſervi, ſed fiunt ſervi occupantium, & interim ſunt ſer-

vi

vi sine domino. At prima pars hujus tituli est de iis, qui sanguinoleutos exponunt, ad quam pertinet *lex* 1. *&* 2. Sed secunda pars est de iis, qui eos excipiunt, & extollunt, ad quam pertinet *lex* 3. cujus tantum restat, ut sententiam exponamus. Ea lex abrogat jus antiquum, quo licebat excipienti expositum sibi habere, quo jure volebat, vel ut servum, vel ut filium, vel ut liberum, aut colonum, aut adscriptitium, ut constat *ex l.1. C.Th. de expos.* Et definit *hæc lex* 3. neminem posse expositi ingenui, vel servi, parvuli pueri dominium, aut patronatum, aut potestatem patriam, vel quam aliam sibi vindicare, sive eum ipse collegerit, sive ab alio collectum ab eo legitime emerit, ut ait *l.1. C.Th. de iis, qui sanguin. empt. &c.* Et dico primam partem hujus legis esse de emptis, secundam autem esse de collectis, quos etiam Plinius vocat *θρεπτούς* 10. *Epist.* Nam cum in antiquis libris, & in C. Th. secunda pars hujus tituli ita sit conscripta, *& de his, qui sanguinolentos emptos, vel nutriendos acceperunt*, necesse est, ut sub eo quodam loco agatur *de emptis*. Et nullus est, qui accommodari possit, præter primam partem hujus legis, & cum secunda pars ejusdem legis sit *de collectis, & educatis*, argumentum præbet, primam esse *de emptis*: nos autem, & illos *lex* 3. definit esse liberos, & ingenuos, sive nati sint servi, sive ingenui: scilicet nemine eos vindicante, vel vindicante eo, qui exposuit, quia non habet vindicationem eorum, nec posse eos retineri, ut servos ab eo, qui eos emit, vel extulit, sive pietatis causa hoc fecerit, sive animo retinendi ejus, tanquam mancipii. Et ratio hæc est, ne ex pietatis officio lucrum expectet. Pietas se ipsa contenta est, gratuita est, & officium sequitur, non fructum. Igitur nec si ingenuam natam, quæ exposita est, extulerit, & educaverit, alimentorum nomine eam poterit retinere, ut ancillam, *l.2. sup. de ingen. manum.* Et eleganter Trajanus apud Plinium: *Libertatem non esse redimendam pretio alimentorum.*

AD TITULUM LII.

QUÆ SIT LONGA CONSUETUDO.

REFERENDUS est hic titulus ad legem ultimam *tit.40.* qui propius abest, in qua ostenditur, *apud eos magistratus emancipari filios posse, quibus lex, vel longa consuetudo*, inquit, *dedit, ut apud eos solemnia juris peragi possent*, id est, *quibus dedit legis actionem*. Quam ob causam in hoc titulo ostenditur, non quid sit longa consuetudo, sed quæ sit, id est, quam vim, & efficientiam habeat. Quid tamen sit, si quæras, dicam esse jus non scriptum, quod usus populi frequens, & inveteratus adprobavit adsensione communi, *§. sine scripto, Inst. de jur. nat.* Et rursus si quæras, quot annorum usus consuetudinem faciat. Dicam glossas, & Doctores perpetuos glossarum simios, huic rei finire decennium, & moveri hoc argumento solo, quod dicatur consuetudo longa, & diuturna: quasi scilicet his verbis non possit significari tempus decennio longius, ut in *l.3. sup. de præsc. 30. ann.* longum tempus dicitur de 30. annis, & diuturnum silentium æque in *l.1. C.Th. de act. cert. temp. finiend.* & de 40. annis in *l.2. sup. de præscr. 30. ann.* Dicam igitur hujus rei certam definitionem non esse decennium, quia & finire tempora legis est solius, non interpretis. Denique hujus rei finem non esse decennium, quandoquidem plurimorum ann. observationem requiri, *l. sed ea, quæ, ff. de legib.* & Arist. 2. Politic. *c.6.* *τῷ χρόνου πλῆθος, multitudinem annorum*, & antiquam, & tenacem adprobationem, *l.3. h.t.* usum longævum, *l.2.* & inveteratum populi consensum, *l. de quib. ff. de legib.* & consuetudinem semper observatam, *l. sine herede, §. Lucius, ff. de administ. tut.* quibus verbis sane significatur tempus decennio longe amplius, & tempus incertum, & infinitum, quod sensim sine sensu labitur, quoad morem fecerit, & habitum in animis civium, cujus quidem habitus comparandi ratio, ut certo tempore non finitur, ita in populo ex longa consuetudine inducendi moris ratio certo tempore finiri non potest. Consuetudo facit morem, ut Lactantius ait 5. Inst. *Paulatim male vivendi consuetudinem morem fieri*. Et Arist. 2. Eth. ad Eudem. *τὸ ἦθος ἀπ' ἔθους ἔχει τὴν ἐπίδοσιν*: *Morem ex consuetudine proficisci*, quod & Ulpianus significat libro regularum, dum ait, *morem esse tacitum consensum populi, longa consuetudine inveteratum*. Sed ut hoc interim admoneam, moris, seu morum, & consuetudinis nominibus promiscue utimur: utuntur & alii auctores. Varro certe semper *consuetudinem*, vocat, quod *morem* esse diximus creatum ex consuetudine, ut apud Servium in 7. Æneid. Varro ait, *Morem esse communem consensum omnium, simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem faciat*. Et apud Macrob. lib.7. idem Varro, *Morem esse in judicio animi, quem sequi debeat consuetudo. Instituta*, etiam pro eodem accipimus, quæ barbare in Idiotismo vocamus *statuta*, ut in *l.1. Cod. Theodos. de longa consuetud.* eleganter scriptum est: *venientium est temporum disciplina instare veteribus institutis*. Sed ad alia pergamus. Id etiam, quod vulgo traditur ex glossa 2. *sententias judicis in eodem genere litis consimiles facere consuetudinem*, omnino falsum est: Nam à rebus judicatis separatur consuetudo, *l. nam Imp. ff. de leg.* & non res judicatæ consuetudinem faciunt, sed tacitus, illiteratusque consensus populi longo usu inveteratus. Item res judicatæ vim leg. non obtinent, si bis similiter sit judicatum, sicut vim legis obtinet consuetudo: Sed ita demum res judicatæ etiam vim leg. obtinent, si sæpius, si perpetuo similiter judicatum sit, ut ait *d. l. nam Imp.* Et quod est scriptum in *l.3. in fin. sup. de episc. audient.* ad quam nos glossæ allegant, primum non est de communi consuetudine unius civitatis, vel provinciæ, sed de moribus unius hominis: non igitur de re, qua de agitur. Deinde, quod ait illa lex, *et, cui venia criminis, semel data est, iterum non dari, si in idem crimen relabatur, quod impunitatem veteris criminis, non emendationi potius, quam consuetudini deputarit*. Quid consoetudini, qui bis tantum idem crimen admisit? quis non videt id esse scriptum hyperbolycῶs. Certum enim est consuetudinem, vel habitum, quem impegit quis ex una, vel altera actione non ingenerari. Sed jam tempus est, ut tractemus de virtute, & potestate consuetudinis, quam in hoc tit. explicari, à principio diximus. Consuetudinis, inquam, longæ, & probatæ, consuetudinis longæ, quod est quasi perpetuum epitheton consuetudinis: nam quæ non est longa, non est consuetudo: nec longa dicitur ob discrimen brevis cujusdam consuetudinis: Nam usus tantum longævus eam facit, & qui allegat usum longævum, sive consuetudinem, diu eo jure civitatem usam, vel provinciam probare debet, ut ait *l.1. hoc tit. & l.3. §. ult. ff. de testib.* quod fit non rogatis singulis civibus, vel provincialibus, ut volunt interpretes, singulis quibusdam, sed per tribus, & curias, aut centurias, aut vicos interrogatione currentem, ut Joannes Faber in *l.2. hoc tit.* scribit, hunc esse stylum sicut loquitur, curiæ curiarum hujus Regni, ut hac de re inquirant *per turbas, ut vulgo loquuntur*. Itemque probabitur consuetudo, si quum quæreretur in aliqua controversia apud judicem consuetudine uno affirmante talem consuetudinem invaluisse, & semper obtinuisse, alio negante: & hac quæstione in judicio agitata justo contradictore consistente adversus eum, qui adserebat consuetudinem, si probetur causa cognita judex consuetudinem firmasse, in hac quæstione, *ut l. cum consuetudine, ff. de legib.* sententia judicis confirmat consuetudinem, quæ jam invaluit, & obtinuit, si quis eam contradicat, vel vitilitiget, dum scilicet declarat sibi esse probatam ab adversario consuetudinem eam, non etiam consuetudinem facit. Et in illa *l. cum de consuetudine*, contradicto judicio, id est causa cognita, *ut in glossis antiquis, ex contradictione, κατὰ διάγνωσιν, causa cognita*. Hoc dixi, ut intelligeremus de cujus consuetudinis vi, & potestate quæramus. Hic igitur quærimus, de vi longæ, & probatæ consuetudinis, cujus una vis, seu virtus hæc est, quod leges ipsæ, quæ ex scripto constant,

nulla

nulla alia ex causa nos tenent, quam quod judicio A populi receptæ sint, id est, quod etiam consuetudine sint approbatæ, *d.l.de quibus*. Et Arist. eodem loco Politic. ὁ νόμος ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος: id est, *lex nullam vim habet ad impellendos homines, ut sibi pareant, nisi hoc acceperit ex consuetudine*, quod est illud ipsum, quod retuli ex *l.de quibus*. Summa autem virtus longæ, & probatæ consuetudinis hæc est, ut pro lege observetur, id est, perinde, atque lex scripta, *l.diuturna*, *ff.de legib.* *§.sine scripto*, *Inst.de jur.natur.* *l.3. h.tit.* *l.ult. sup.de test.* Gregor. Nazian. in secundo de Theologia: τῷ χρόνῳ τὸ ἔθος βεβαιωθὲν νομίζεται νόμος, id est, *consuetudo tempore corroborata existimatur esse lex*: & Joannes Zonaras in Basil. Porphyrogeneta: ἔθος ἢ νόμος δοκεῖ τοῖς νομοθέταις, *consuetudo, quam legum latores legem videri tradunt*. Verum addit *d.l.diuturna*, B consuetudinem diuturnam pro jure, & l. observari, non in omnibus, sed in iis, quæ ex non scripto descendunt, id est, quæ non sunt definita legibus, ut *l.de quibus* initio, & Tertul. lib. de Corona militis eleganter: *consuetudo*, inquit, *in civilib. reb. pro legib. suscipitur, cum deficit lex: ratio commendat, non scriptura*. Porro inquit, *si lex ratione constat, lex erit id omne, quod ratione constiterit*; quæ verba suppresso Tertul. nomine Isidorus usurpavit, *can.consuetudo*, *distinct.1.* & ita Cæsarius apud Cedrinum: νόμος ἀνόμοις τὰ πάτρια δοκεῖ, id est, *his, qui nullam habent legem scriptam, pro l. sunt patrii mores*. Et hoc exemplis demonstretur lege definitum non est, an in oppido ruina collapsum ædificium quis possit convertere in aliam faciem, puta in hortum, aut vineam: & ideo in ea re valet, & spectatur oppidi consuetudo. Et hæc species est apponenda ad C *legem 1. h.tit.* hæc est propria species *l.1.* ut constat ex *l.3. sup. de ædific.privat.* in qua, & pars *l.1.* iisdem verbis exponitur, & utriusque legis eadem debet esse inscriptio, & subscriptio, & ita alia ex alia fœnerari lumen: vel etiam pone aliud exemplum: quia lege definitum non est, an à judice possint evocari testes, qui rei dirimendæ dicuntur à partibus sufficere posse, qui producuntur à partibus, an à judice possint evocari testes per longum iter, an vero ad eos mittere debeat, qui eorum testimonia excipiat? deficiente lege, in ea re valet consuetudo cujusque regionis, *l.3. §.ult. ff.de test.* Item quæ privilegia ex consuetudine dantur officiis, ut ait *l.3. hoc tit.* id est, apparitoribus Judicum, vel civitatibus, id est, quæ privilegia sibi civitates vindicant ex longo usu, vel principia, inquit, id est, principia numerorum militum, D vel collegia quædam, ea habent ex consuetudine firmo jure, quod de eis nil legibus proditum sit, *l.3. h.tit.* Item quia usurarum quidem modus lege finitus est, puta ne excedat centesimam, tamen intra eum modum in singulis provinciis, quibus usuris occupandæ sint pecuniæ, levioribus, an gravioribus, & summis, id est, centesimis: hoc quia lege finitum non est, ideo in eo spectatur consuetudo cujusque regionis, *l. 1. ff. de usur.* *l.idemque*, *§.sed & pecuniam*, *ff.mand.* At in iis, quæ palam lege sunt definita, consuetudo non potest vincere legem, ut ait *l.2. h.tit.* ut lex est de modo usurarum, quem excedere non liceat: hanc consuetudo vincere non potest, ut & nominatim scriptum est in *l.eos*, *sup. de usur.* lex est, imo leges sunt plures, ne alius pro alio conveniatur, ne pater quidem pro filio, nisi de pe- E culio, aut filius pro patre, vel matre, aut uxor pro marito, &c. hanc legem consuetudo clarigationum, sive oppignorationum *represailles* vincere non potest: ut quod mihi extorsit Italus, ego non repetam ab alio Italo, nisi id mihi princeps permiserit, *faut avoir lettres de marque*. Repetere ab alio, quod alius mihi debet, hoc est *clarigare*, aut *rapere*, quæ consuetudo, si quo loco introducatur, non potest vincere legem, ne alius pro alio conveniatur. Et ita de hac specie est proditum in *Novell.52. in princ.* Ergo legem vincere consuetudo non potest, ut ait *l.2.* Obstat quod dicitur tacito consensu populi legem obliterari, *d. l.de quib.* *l.un. sup. de cad. toll.* quæ est alia virtus consuetudinis, ut abroget legem:

A Nam & *desuetudo*, id est, non uti lege, est consuetudo: privatio actionis actio est, quia nec desinit populus uti lege, quin incipiat uti suo more legi contrario. Respondeo consuetudine longa legem abrogari, hoc non esse legem vincere, sed vincere legem est in ipso conflictu, dum vivit lex, & urget, nec dum consuetudo obtinuit per omnia in judicio, aut consensu omnium, neque percrebuit, sed tantum gliscit, & invalescit, & increscit superare legem. In hoc statu rerum consuetudo non vincit legem. Cæterum ubi lex penitus exolevit tacito, inveteratoque consensu plus valet consuetudo, etiamsi sit usurpata paulatim contra leges, nisi reducatur lege antiqua, ut ecce lex Pompeja vetabat in Senatum Bythinicarum civitatum adscribi civem alienum, quæ post abiit in desuetudinem, & obtinuit longa consuetudo contra legem B Pompejam usurpata, ut adscriberentur in Senatu etiam alterius civitatis cives, ut ait Trajanus 10. epist. Plinii, qui etiam ex præterito nil novat, id est, non immutat, quod præterita consuetudo fecit, non Senatu pellit eos, qui ex consuetudine adscripti sunt in Senatum, ne sit causa ullius perturbationis, sed tantum vult legem Pompejam in futurum observari: & ita hac de re statuendum est.

Ad L.II. Consuetudine, usufque longævi *non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

Dixi *legem 2. h. tit.* pugnare videri cum *l. de quibus, in fine*, *D.de legib.* & in hac pugna dirimenda totos C esse juris interpretes. Cæteras quæstiones, quæ incidunt in hanc materiam, eis perfaciles videri. Et pugnare videri, quia *lex 2.* ait: *longæ quidem consuetudinis non esse vilem auctoritatem, sed non usque adeo sui valere momento*; quæ verba glossa non intelligit, id est, non esse tanti momenti, ut legem possit vincere, & rationem. At *lex de quibus*, ait: *legem per desuetudinem abrogari*, ac similiter *l.un. sup. de caduc.toll.* legem Papiam fuisse abolitam per desuetudinem, & in *§.pen. Instit. de ju. natur.* leges mutari tacito consensu populi. Leges igitur mutari, aboleri, abrogari per desuetudinem: nec facias (ut Græci) differentiam inter desuetudinem, & consuetudinem, ut dicas, *leges abrogari desuetudine, non consuetudine*: nam & desuetudo (ut dicebam) consuetudo est: & vix est, ut populus desuescat aliqua lege uti, quin & consuescat simul D uti more legi contrario: & è diverso vix est, ut populus consuescat uti jure novo, quin desuescat uti antiquo jure scripto. Et ita in *l.si sine herede*, *§.Lucius*, *ff.de administrat. tut.* Hæc consuetudo civitatis, ut onera tributorum, & stipendiorum onera fiscalia agnoscat dominus, non conductor prædii, quid aliud est, quam desuetudo legis, quæ vult, ut hæc onera sequantur conductorem sicut emptorem, *l.prædiis*, *ff.de jur.fisc.* Item in *l.vendit.* *§.si constat*, *ff.comm.præd.* Hæc consuetudo regionis, ut ex lapidicinis, quæ sunt in agro meo, liceat hominibus ejusdem regionis, invito me, excidere, & evehere lapides præstito mihi solatio, id est, mercede certa, pretio certo, quæso quid aliud est, quam intermissio, & desuetudo legis notissimæ, & in libris juris sæpius repetitæ, jus non esse quidquam faciendi in meo invito me, jus alii non esse E quicquam auferendi ex re mea, jureve meo. Et præterea in *l.item eorum*, *ff. quod cujusque univers.* hæc consuetudo, ut in curia, in petitione honorum suffragium patris non prosit filio, vel contra: hæc, inquam, consuetudo quid aliud est, quam desuetudo legis, quæ statuit, ut ibidem proponitur, in honorom petitione, si ambo decuriones sint pater, & filius, id est, senatores ejusdem curiæ municipalis, suffragium patris prodesse filio, & contra. Ergo non est in hac re (quod etiam non statuit *l.de quibus*) statuenda differentia inter usum, & non usum, inter consuetudinem, & non consuetudinem, seu desuetudinem. At dicebam, in ipsa contentione, atque conflictu, cum alter utitur lege, quæ nondum prorsus exolevit, alter consuetudine, quæ paulatim increbrescit,

nondum

nondum est inveterata, nondum stabilita, nondum con- A tradicto judicio comprobata, nondum recepta consensu omnium, *non esse tanti consuetudinem nascentem, & paulum exorientem, ut possit vincere legem nondum extinctam*. Et ita consultus Imperator respondet Proculo, is fuit Proconsul Africæ, quod notaudum in hac *l.2.* ut *l.pen. de legib.* ait, cum dubitatio emergit de novo jure, quo scilicet populus uti incipit contra legem antiquam, & quod inveterato usu, inquit, non adhuc stabilitum est, tum à magistratibus consulendum esse principem, qui utique id responsurus est, quod habetur in *l.2.* Contra vero si consuetudo inveterata constabilita, & rerum judicatarum auctoritate firmata sit, jaceat autem lex, & sileat, quis non videt, legem minorem esse consuetudine, potentiorem consuetudinem, vel potius deficere legem, tanquam B obliteratam tacito consensu omnium, nam consensum omnium exigit *d. l. de quibus*: lege antem deficiente, dominari consuetudinem, & legis vim obtinere, quoad lex vetus renascatur, & redeat. Ad hæc dicimus, legem, quam ratio commendat, esse potiorem consuetudine, quæ nulla, aut parva ratione constat, & hoc esse, quod ait *l.quod non ratione, ff.de legib.* quod non ratione est introductum, sed errore primum, dein consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinere, id est, non obtinere semper in eodem genere controversiarum, nec ex eo in aliis causis duci idoneum argumentum, nec legia vim obtinere consuetudinem etiam inveteratam, cujus non ratio, sed error parens est, ut dicebam ex Novella 52. Hanc legem, ut alius pro alio non conveniatur esse potentiorem, etiam longa consuetudine, quæ rapere permittit, quod est *clarigare*; & alium vexare pro alio. Nam & ejus consuetu- C dinis, quæ ratio est? Et ad *d. legem quod non ratione*, soleo apponere exemplum ex *l.solent, ff. de offic. procons.conjunct. l.1. ff.de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* cognitionem rerum capitalium, seu judicii publici exercitionem, quod idem est, nullus magistratus habet suo jure, sed beneficio legis, quæ nominatim ei hanc potestatem dedit, & eatenus, quatenus dedit, ut si dederit magistratui lex jus deportandi, non habeat jus confiscandi rei, id est, publicandi bona ejus, quia merum imperium est legis. Imperium lege datur non tantum magistratui, sed & quandoque privato, non etiam competit jure magistratus. Ex quo sequitur eam potestatem, *non posse mandari alii, non posse delegari, quia eam non habemus nostro jure*, & quod nostri proprii juris est, id tantum alii delegare, seu mandare possumus, *l.5. ff. de jurisdict. omn. judic.* & tamen, ut D ait *l.solent*, solent magistratus cognitionem rerum alii mandare. Hæc est consuetudo, ut alii mandent cognitionem criminum, merum, & imperium, sed quid de hoc genere mandati sentiunt juris auctores? Eadem lex ait esse mandatum extraordinarium, id est, non esse legitimum, & *l.1. ff. de offic. ejus, cui mand.est jurisdict.* errare magistratus, qui hoc faciunt. Hæc ergo consuetudo non ratione constat, sed errore: ergo nos non obligat, non habet vim legis. Contra consuetudo, quam ratio suasit, ut recte ait *l.5.* major scilicet ratio quædam, majorque utilitas publica, quam spectare est proprium munus legum, & morum, ea certe est potior lege, cujus ratio, vel cessavit, vel minor est, vel minus confert Reipublicæ. Et sic consuetudo plane abrogat legem, lex autem (ut ait Claudianus) *resumit priscam canitiem*. Et ita illa legum pugna est dirimen- E da, non inconditis traditionibus, quales sunt multæ. At ut & hoc resumam iterum, vires longæ, & probatæ, & perpetuæ, nec à ratione naturali abhorrentis consuetudinis hactenus has esse ostendi, ut legem abroget, ut legis vim obtineat: ergo ut habeat eosdem effectus, quos habet lex, id est, easdem virtutes, puta, *imperare, vetare, permittere, punire, l.legis virtus, ff. de legibus*. Fabius 7. Institut. addit, *tribuere, & adimere*. Item consuetudinis tanta est vis, ut lex non alia ex causa nos teneat, quam quod etiam consuetudine approbata sit. Sed addamus, hanc etiam esse vim consuetudinis, ut sit optima legum interpres, id est, cum de interpretatione legis quæritur, tum quærendum esse quemadmodum ea

lex in foro semper accepta sit, optimam legum interpretem esse consuetudinem, sive trituram forensem, id est, continuatam, & tritam usus meditationem. Eadem definitio, quæ fabricæ Vitruvio, *Fabrica est continuata, & trita usus meditatio*. Eadem definitio τριβῆς, seu πράξεως. Justinianus *Novella de judic.* ait τριβὴν, dum ait, *judicem peritum esse debere νόμων καὶ τριβῆς*, quoniam τριβὴ est optima legum interpretatio: & ita Halicarna. 7. παντὸς ἀμφισβητουμένου τοῦ δικαίου κριτήριον εἶναι δοκεῖ κράτιστον ὁ χρόνος: id est, *quocunque de jure sit controversia, optimus censor, & interpres juris est tempus*, id est, *usus longævus, consuetudo longa*. Restat tantum, ut adnotemus, cum *l.3. hoc tit.* conjungendam esse *legem 1. sup. de offic. jud.* & *l.petitionem, sup. de advocat. divers. judic.* Omnes hæ leges sunt scriptæ Alexandro Duci, & ita est restituenda inscriptio hujus legis tertiæ: *Ægyptiaci limitis, & præfecto Augustali*, & subscriptio, quæ est integra in hac *l.3.* eadem est reddenda, & applicanda *d. l. 1. & l.petitionem*. Certum est autem, olim in unoquoque foro fuisse certum corpus, & collegium advocatorum, certum numerum, ut constat ex illo *tit. de advoc. divers. jud.* Et huic corpori advocatorum usus longævus, sive consuetudo longa præter constitutiones principum, etiam dederat privilegia multa. Nullum est corpus, collegium, aut civitas, quæ non habeat privilegia quædam, vel à legibus, vel à moribus. Et ea, quæ data sunt corpori advocatorum, *d. l. petitionem*, ait se velle intacta, & inviolata servari specialiter de collegio advocatorum. Sed in *l.3. h. t.* subjicit, *generaliter etiam privilegia antiquitus data consensu tacito, & illiterato quibuscunque civitatibus, vel officiis*, id est, *corpori apparitorum, qui obsecundant judicibus, vel Principiis numerorum militarium, vel collegiis, vim legis obtinere*. Et ad id nonnihil facit *lex 3. inf. de Decurial. urb. Rom. lib. 11.*

AD TITULUM LIII.

DE DONATIONIBUS.

RETULI titulum superiorem ad *tit.48. de emancipat. liberor.* seu ad *leg. ult.* ejus tit. in qua de longa consuetudine agitur, de qua etiam glossæ accipiunt *l. 1.* ejusdem tit. Nunc hunc titulum refero ad titulum illi proximum, puta 49. *de ingrat. lib.* ut quemadmodum hi duo tituli sunt vicini, ita apte referantur ad duos titulos æque vicinos, & ab iis distantes propius. Refero, inquam, hunc *tit. de donationibus* ad titulum *de ingratis liberis*, quo data est actio ingrati adversus filium emancipatum emancipationis rescindendæ gratia. Et nunc, quia daturus est aliam actionem ingrati adversus donatarium donationis rescindendæ, & revocandæ gratia, quod facit in tit.55. ideo prius instituit generaliter tractare de donationibus: & hanc relationem, quam facio hoc titulo ad titulum *de ingratis liberis*, qui præcedit, & ad tit. *de revoc. donat. tit.55.* aperte confirmat Codex Theodos. in quo titulus *de revocan. donat.* statim subjicitur *tit. de ingrat. liber.* Cur? nisi quia hoc datur actio ingrati adversus emancipatum, illo vero adversus donatarium. Et definitio si quæratur donationis, non est alia quærenda, quam quæ ab Aristotele duobus verbis tradita est 4. Topic. ut sit *δόσις ἀναφαίρετος*, id est, datio ita ab aliquo profecta, ut nullo casu revocari possit: Nam datio est genus donationis: non omnis datio est donatio: datio ex causa permutationis, non est donatio, quia vicissim alia res datur. Datio igitur genus est, licet donatio aliquando sumatur generaliter pro datione, sive traditione, ut in *l. quemadmodum, ff. de jure dot.* secundum scripturam Florentinam: Legatum etiam dicitur esse donatio: eodemque modo potest definiri fideicommissum, sed non est commiscenda cum donatione, de qua agitur hoc titulo. Nam hic agitur de directa, & simplici, quæ fit inter vivos;

vos : legatum, & fideicommissum est donatio mortis causa, sive mortis causa capio, quæ testamento tantum relinquitur, aut codicillis, aut fideicommisso per epistolam ab intestato. Item legatum, & fideicommissum potest adimi : donatio, de qua hic agitur, non potest, & datio est ἀναπόδοτος. Et hoc genus donationis, ut perficiatur, *h. tit.* ostenditur, veluti traditione, mancipatione, cessione in jure, & quandoque per epistolam, non inter omnes, sed inter conjunctas personas : Nam inter eas donatio quoquo modo facta, valet, ut ait Paulus 4. *Sentent. tit.* 1. Et ita in *l.* 5. *&* 13. *h. tit.* dum proponitur donatio facta per epistolam, ponendum est factam eam fuisse inter conjunctas personas : Et vero Uraniam, ad quam scripta est *lex* 13. fuisse filiam donatoris ostendit *l.* 1. *sup. comm. de success.* quæ est conjungenda cum *l.* 13. Item quando rei donatæ traditio facta intelligatur, & quæ sint necessaria, ut valeat donatio, hic titulus ostendit : proponit etiam generalem regulam : perfectam donationem revocari non posse, à qua postea excipit causam ingratitudinis, quam potissimum respicit hæc, quæ instituta est tractatio de donationibus. Dixi de definitione donationis, quod rursus perstringam paucis. Donatio est datio ita profecta ab aliquo, ut nullo casu revocetur, quod, ut dixi, Aristoteles expressit duobus verbis. Datio est genus, quo etiam continetur dos, & mutuum, & permutatio, & legatum, & fideicommissum, & donatio causa mortis, & donatio vera, & absoluta, de qua est hic titulus, quæ nullo casu revocari potest. Illæ donationes repeti, vel revocari possunt. Dos repetitur soluto matrimonio : mutuum constat repeti, & exigi sæpe magna instantia. Datum item ex causa permutationis repetitur, re non sequuta : legatum, fideicommissum, donatio causa mortis revocatur pœnitentia, sive ademptione. Et ex iis donationibus, quæ donationes dicuntur, veluti dos, & legatum, & donatio causa mortis, non sunt veræ, & absolutæ donationes, ut ait *l. senatus*, *ff. de mort. caus. don.* de quib. est h. tit. sed mortis causa factæ, veluti legatum, fideicommissum, donatio causa mortis, est revocabilis donatio. Ergo non sunt donationes, de quib. est *h. tit.* qui est de irrevocabilibus, exceptis quibusdam causis gravissimis, quæ explicabuntur in tit. *de revoc. don.* Nunc tractemus, quomodo perficiatur donatio. Jure antiquo donatio non perficitur nudo consensu, non literis, sed vel verbis, id est, interposita stipulatione, vel re, id est, traditione. Ergo non interposita stipulatione donatio perficitur traditione. Et *tradere* videtur non tantum, qui rem de manu in manum tradit corporaliter, ut loquimur, vel qui abscedit possessione fundi, ut mox eam ingrediatur donatarius, sed etiam tradere videtur, qui ejus rei, quam donat, emptionis, seu auctoritatis instrumentum tradit, *le tiltre del' acquisition*. Quod ostendit *l.* 1. *h. tit.* tradito instrumento auctoritatis, traditam rem videri, quæ donata est : Sicut legato instrumento emptionis prædii, prædium legatum videtur, *l. pen.* *§.* 1. *ff. de legat.* 3. Itemque pignerato eodem instrumento, prædium pigneratum videtur, *l.* 2. *sup. quæ res pign. oblig. poss.* Et hoc est unum genus fictæ traditionis. Est etiam aliud, quia tradere videtur donator rem donatam, qui in donando sibi recipit, & retinet usumfructum rei, *l. quisquis h. tit.* etiamsi, inquit, non stipuletur, puta sibi utifrui licere. Et ita locus ille est intelligendus .i. ususfructus constituitur in donando, & in personam donatoris transfertur citra stipulationem. Denique non tantum stipulatione ususfructus constituitur, si stipuler mihi utifrui licere, sed etiam si in donando usumfructum mihi retineam. Et abrogat illa *l. quisquis*, legem *pen. C. Theod. eod. tit.* quæ in donatione exigebat corporalem traditionem, nec retentionem ususfructus habebat pro traditione. Et ut plenius est traditum in *l. ult. C. Theod. tit. eod.* ex qua tracta est *lex quisquis*, abrogat *d. l. pen.* quæ omnino exigebat in donatione corporalem traditionem, nec contenta erat fictitia, quia, ut ait, solemnitatem juris solemnitatem traditionis contrahere potius, quam propagare debemus : & contrahimus, coar-

A ctamus, si non ita præfracte exigimus corporalem traditionem, si fingamus eum rem tradidisse, qui sibi recepit usumfructum, & ita constituit se donatario possidere, & eum possessorem suo ministerio facit, ut *l. quod meo*, *D. de adquir. poss.* Hoc & usus trahit ad precariam possessionem, puta si donator rem donatam constituat, se à donatario precario possidere, quoniam & hoc casu, licet corporaliter rem non tradiderit, tamen fingitur tradidisse, qui eam desiit sibi possidere, & cœpit possidere donatario, tanquam ab eo precario acceptam. Et eadem ratio intervenit, si donator eam rem, quam donavit, nec dum tradidit corporaliter, conducat à donatario, *s' il la loue*, ut in *l. quædam*, *ff. de rei vindic.* Ergo & si eam retineat, ut sibi commodatam à donatario, vel in causam depositi, aut pignoris, quia his omnibus mo-

B dis fingitur tradidisse possessionem donatario, & fecit donatarium possessorem his omnibus modis : & retentionem ususfructus olim ante *d. l. pen.* fuisse pro traditione, ait *d. l. ult. C. Theod. eod.* Igitur quod ponitur in *l. Seja*, *ff. de mort. caus. donat.* donator in tradendo sibi usumfructum recepisse, ex eo non sequitur, & eum, qui in donando sibi usumfructum recepit, non videri rem tradidisse : sed ex eo potius sequitur, traditionem corporalem plenam proprietatem transferre in donatarium, nisi nominatim excipiatur ususfructus : Exceptum autem usumfructum, nondum facta traditione ulla, pro traditione esse, quod & Justinianus confirmat *l. si quis argentum*, *§. sed si quidem*, *h. tit.* Et ratio hæc est, quia per donatorem, qui sibi excepit usumfructum, donatarius videtur adquisiisse possessionem, quia donator eo modo sibi pos-

C sidere desinit, & incipit possidere nomine donatarii, & fingitur brevi manu, &, ut Isidorus ait in *d. l. quisquis*, κατά συντομίαν, *quodam compendio*, eam rem tradidisse donatario, & mox ab eo recepisse, & celeritate conjungendarum actionum una actio subripitur, & occultatur, ut ait eleganter *l.* 3. *§. ult. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Celeritate conjungendorum extremorum, medium occultatur : vix enim ulla sunt extrema, sine medio. Plato 9. de ll. ἐκ ὄχ πάντων τῶν ὄντων ὅλως, &c. Fictas igitur traditiones etiam in donationibus jus nostrum admittit, ut in *l.* 1. *h. t.* & in *l. quædam*, *ff. de rei vindic.* & in *l. quisquis*, *h. t.* Ergo & cæteras omnes fictas traditiones, in quibus eadem ratio versatur, eademque præsumptio locum habet : cæteras, inquam, omnes, quæ in aliis causis admittuntur, Et movet me ratio generalis *l. ult. C. Theod. eod.* quod so-

D lemnitates juris restringere potius debeamus, quam ampliare, quia sunt scrupulosissimæ. Et tamen moribus nostris non temere quælibet ficta traditio perficit donationem, sed corporalis tantum : & ne retentio quidem ususfructus, nisi fiat in re præsenti, & inter præsentes, quod tamen jus nostrum non exigit, & omnino eo jure, quo utimur, semper donationes strictius accipiuntur, & infirmantur facillime. Jure nostro contendo non tantum vera, & naturali, sed etiam quacunque fictitia traditione, quæ recipiatur in aliis negotiis, ut in venditionibus, aut dotibus, perfici donationem. Et invenio etiam in *capit.* 2. *extra*, *de consuetud.* consuetudinem regni Daciæ probari, ut donator fundos donatos Ecclesiæ videatur, & fingatur tradidisse, & hoc sufficiat perficiendæ donationi, una gleba fundi delata in ecclesiam, & vel altari

E imposita, vel tradita in manum Episcopi, vel alterius prælati ecclesiæ : sicut jure civili Populi Romani, ex quo videtur derivata ea consuetudo, una gleba fundi delata ad prætorem, in ea, tanquam in toto fundo vindicatio fieri solebat, cum rei vindicatione agebatur, quod scribit Gellius lib. 20. Sicut aditio hereditatis fieri solebat arrepta vel minima re hereditaria, ut in *l.* 1. *C. Theod. de legit. hered.* Nam & aditio hereditatis est vindicatio hereditatis, & qui adit hereditatem, eam dicitur vindicare, *l. si tu ex parte*, *in fine*, *& l. ult. ff. de adqu. hered. l.* 15. *sup. de postlim. & redem. ab host.* Addamus jure antiquo etiam perfici donationem mancipatione sola, id est, per æs, & libram, ut *l.* 4. *C. Theod. de donat.* vel mancipatione, & traditione simul, ut *l.* 7. *eod. tit.* quod *& lex ult. h. tit.* de-

mon-

monstrat, dum ait, *hæc in usu fuisse in donationibus verba recepta: Dono tibi rem illam, aut vendo sestertio nummo uno assium quatuor:* Nam quis non videt, hunc sermonem, vel hæc verba ducere originem à mancipatione, per quam olim solemniter fiebat donatio, id est, per imaginariam venditionem nummo uno, vel, ut Statius loquitur, asse Cajano, quo se conjuges nuncupantes Cajum, & Cajam coemebant, & ita per coemptionem faciebant nuptias, per imaginariam venditionem emptionem. Unde illa formula, *ubi tu Cajus, ego Caja*. Et inde nomen *nummo Cajano*, quo expletur quælibet imaginaria venditio. Et ita Svetonius in Ottone. *Otto*, inquit, *cuidam de parte finium cum vicino litiganti adhibitus arbiter, totum agrum redemit, emancipavitque*. Et Cornelius Tacitus scribens eadem de re, *universum agrum sua pecunia emptum dono dedit*. Conjuncti hi duo loci demonstrant donationem perfici per mancipationem. Non perficiebatur autem donatio jure antiquo inter extraneos, nisi interveniente traditione, vel mancipatione, vel utraque simul. At inter parentes, & liberos, emancipatos scilicet, vel qui sunt in potestate, quia & donatio illis facta, licet ab initio sit inutilis, & possit revocari, tamen silentio, & morte confirmatur. Inter liberos igitur & parentes constitutione D. Pii donatio perficiebatur nuda voluntate, quod ostendit *l.4. 5. & 7. C. Theod. eod. tit.* & Paulus 4. *Sentent. tit. 1.* dum ait, *inter conjunctas personas sufficere, si fiat donatio quibuscumque verbis expressa voluntate: nec igitur exigi traditionem, aut mancipationem*. Et conjunctas personas intellige liberos tantum, & parentes, id est, conjunctissimas personas, ut ait *l.data, h.tit. Inter necessarias*, inquit, *conjunctissimasque personas*, ut recte legit Haloander, utque est in antiquis omnibus, ut in *C.Theod.* & intelligit tantum parentes, & liberos. Hoc autem vult *l.data*, ut etsi donatio fiat inter parentes & liberos, non valeat sine actorum, sine publicorum monumentorum confectione, id est, nisi donatio publicetur, & insinuetur apud acta in foro ejus loci, quo donatio fit, etiam si res donatæ alibi collocatæ sint: Nam & in *d.l.data, in fine*, pro *collatis*, est legendum *collocatis* ex *l.pen.C.Theod.eod.* Et sensus est, insinuationem donationis publice esse faciendam, non ubi positæ, & collocatæ sunt res donatæ, sed ubi res agitur, & donatio perficitur. Et quod ita constituit *l.data*, inter liberos, & parentes factam donationem non valere, nisi insinuata sit, hoc glossæ excipiunt partim bene, partim male. Male ita, *si donatio*, inquit, *fiat ex scripto, si redigatur in literas*: Nam & sine scripto facta donatio, ac multo magis insinuationem desiderat, *§.perficiuntur, Inst. de donat.* Bene autem ita, si donatio excedat legitimam quantitatem, alioquin non exigitur insinuatio. Legitima quantitas fuit olim 200. aureorum, ad quam usque valebat donatio non insinuata: postea legitima quantitas fuit trecentorum aureorum, & tandem à Justiniano facta est 500. aureorum, ut scilicet liceat usque ad 500. aureos, non ultra donare citra insinuationem, aut citra monumenta publica, vel gesta. Ergo recte inquiunt glossæ, donatio inter parentes, & liberos, secundum *legem data*, non valet sine insinuatione. Hoc ita verum est, si excedat legitimam summam, alioquin non requiritur insinuatio. Verum dices, si ita accipias *l.data*, lex carebit dubitatione, quoniam idem juris est etiam in donatione facta inter extraneos, ut non valeat sine insinuatione, si excedat legitimam quantitatem. Quid igitur proprium statuit *l.data* in donatione facta inter parentes, & liberos, si illo modo adhibito ea lex est accipienda? Et sane hac de causa & Græci, & Latini interpp. quidam existimant, *l.data* sic esse accipiendam, ut donatio facta inter parentes, & liberos exigat insinuationem, etiamsi non excedat legitimam quantitatem. Hoc esse singulare in liberis, & parentibus: quod omnino falsum esse statim indicabit *l.donationes, sup. de donat. inter vir. & uxor.* Et in hunc errorem illi inciderunt ignorantia rationis dubitandi, quæ in eo consistit, quod quemadmodum hoc privilegium datum est liberis, & parentibus constitutione D. Pii, ut donatio inter eos facta valeat, & perficiatur nudo consensu citra mancipationem, aut traditionem: ita dubitabatur, an etiam inter eosdem valeret citra insinuationem, quod non admittit *l.data*. Tollit ergo illam dubitationem. Et hic est finis *l.data*, ut dicat, etiamsi filiis, & parentibus sit remissa solemnitas mancipationis, vel traditionis, non tamen esse remissam solemnitatem insinuationis, si donatio excedat legitimam quantitatem, ut scilicet falsi occasio omnis tollatur publice facta insinuatione. Nec voluit *l.data* proprium quiddam statuere in liberis, & parentibus, quod diversum foret in causa insinuationis ab extraneorum conditinne, & jure. Illud est postremum, ut adnotemus, jure novo donationem perfici stipulatione, quod & olim obtinuit: vel, quod nunquam antea obtinuit, hodie donationem perfici *nudo consensu*, & nuda voluntate, non tantum inter parentes, & liberos, sed inter quoscunque, sicut emptionem. Emptio perficitur nudo consensu: donatio perficitur nudo consensu, impletur traditione, sicut nuptiæ quoque perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu. Et in donatorem ex constitutione Justiniani, id est, ex *l. si quis argentum, §.sin autem hoc minime*, donatione perfecta nudo consensu, donator eam cogitur adimplere, & consummare traditionibus factis per condictionem ex lege Justiniani, non tamen cogitur cavere de evictione, sicut venditor, nisi ita stipulatione cautum fuerit, nudum pactum non sufficit ad obligandum donatorem evictionis nomine, *l.2. sup. de evict.* Ergo perficitur quidem donatio nudo consensu, & impletur traditione, ut emptio venditio, sed non per omnia, puta non in cæteris omnibus eodem jure est donatio, quo emptio venditio. Quod dixi nudiustertius, etiam in donationibus perficiundis admitti fictas traditiones, quas in aliis causis admittunt jura civilia, ut si donator tradat instrumentum emptionis rei, non rem ipsam, res pro tradita habetur, *l.1. h.tit.* vel si retineat usumfructum in ea re, *l.quisquis, h.tit.* vel si eam rem à donatario conducat nondum ei traditam corporaliter, *l.quædam, ff. de rei vindicat.* hoc hodie confirmabo aliis exemplis: Si donetur res ei, qui ex alia causa volente domino eam rem nactus est, & tenet, veluti ex causa commodati, vel depositi, vel locati, qui nunc, & eum videtur habere ex causa traditionis, fingiturque tradita ex ea causa, quam patitur apud eum esse, *d.l.quædam, & l.absenti, ff.de don. l.9. §.interdum, ff.de adquir.rer. dom.* Idemque erit, si nuda voluntate donatoris in possessione ejus rei fuerit sine titulo, ut *l.12. sup. de contrah. empt. l.2. sup. si quis alt. vel sib. l.2. sup. de adquir.possess.* Nihil refert donator relinquat, an transferat possessionem rei donatæ, *l.8. sup. comm. utriusq. jud.* Nil interest donatarius inferat in domum suam rem donatam, vel veniat in ejus possessionem voluntate donatoris, an ei tradatur à donatore, *l.si ego, §.pen. ff.de jur.dot.* voluntate, inquam, donatoris: Nam ut emptor, ita donatarius per se non recte venit in possessionem rei emptæ, vel donatæ, *l.fundi venditor, ff.de adquir.possess.* donatio fieri dicitur non tantum inter præsentes, sed etiam inter absentes, veluti per literas, per epistolam, *d.l.quædam, & l.5. & 13. h.tit.* Nec tamen perficitur literis, sed sequuta traditione demum vera, vel ficta, *l.6. h.tit.* Et quæ est perfectio donationis, eadem quoque consummatio ejus est, ut *l.4. ff.de don.* dicitur per interpositam personam consummari donationem posse, veluti per nuntium, qui rem perferat ad donatarium, *l.absenti, eod.* Et longe alia est ratio, si jus antiquum spectes emptionis venditionis, quæ perficitur nudo consensu, consummatur, & impletur traditione rei, & numeratione pretii; *l.si quis alienam, ff.de act.emp.* Nec in emptione venditione idem est perfectio, ac consummatio. At ex constitutione D.Pii, ut ostendi nudiustertius, etiam nudo consensu perficitur donatio inter parentes, & liberos, & hodie ex constit. Justiniani inter omnes, exemplo emptionis venditionis. Ergo & per nuntium, & per epistolam. Consummatur autem traditione rei donatæ. Denique hodie in donatione non est idem perfectio, & consummatio:

Sequitur aliud exemplum *fictæ* traditionis: Si quis consentiente domino, & volente donare, rem ejus veluti suam deferat *in censum*, id est, in tabulas publicas, testes census, & facultatum cujusque: Nam & hoc modo ea res pro tradita habetur, *l.7. hoc tit.* Idemque erit (si ut ponenda est species in *l. 8. h. tit.*) mater rem suam deferat in censum tanquam rem filii sui animo donandi, quem utique animum, qui hoc facit, semper habere intelligitur, nisi probet, se hoc non fecisse animo donandi certis, & manifestis conjecturis prolatis in medium, & hoc vult *l.8.* Præsumptio, quæ pro filio facit, transfert onus probandi in matrem, ut in *l.generaliter, §. si petitum, in fine, ff. de fideicom. libert.* Alias vero, qui rem alienam veluti suam, deducit in censum sine voluntate domini, dominii causam non mutat. Alioqui quis non hac ratione brevi fieret locupletissimus? *l. quæ quisquis, ff.de adquir. rer. domin. l. forma, §. si cum ego, ff.de censib. l.3. sup. ne rei domin. vel temp. & l. 7. h. tit.* Marcus Tullius pro Flacco: *Primo quidem pertimuit*, inquit, *cum te audisset, servos suos esse censum, retulit ad Jurisconsultum: constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua faceret, eum maximam habiturum esse rerum copiam.* His consequens est, ut nec mutet causam dominii, quæ censum sequi solet, solutio functionum publicarum, sive tributorum, & annonarum militarium, si fiat à possessore, qui rem alienam, quam possidet, retulit in censum, *l.4. h. tit.* Unde in *l.2.sup. pro soc.* si ego, & tu communiter fundum emerimus, proculdubio dominium fundi ad utrumque pertinet, quia communi nomine emptus est, tametsi ego solus pretium numeraverim de meo, solusve publicas functiones exsolverim: nec enim ideo ejus fundi solus ero dominus. Et sic est explicanda *d.lex 2.* Et hæc dixisse sufficiat de ratione perficiundæ donationis rerum corporalium. Rerum incorporalium, veluti nominum, seu obligationum donatio perficitur cessis actionibus, *l.11. in fine, hoc tit.* Et fit ea cessio etiam invitis debitoribus, *l.2.h.tit.l.1. sup.de novat.* sive pura sit obligatio, sive sub conditione contracta: Nam & spes futuræ actionis cedi, & donari potest, *l.3.h.tit.* Cessio actionis est mandatum, quo procurator constituitur ad eam actionem instituendam. Constituitur autem procurator cessa actione, vel in rem nostram, ut emolumentum litis ad nos redeat: vel in rem ipsius procuratoris, ut si ei donavero nomen debitoris, vel si vendidero, cedam illi actionem in debitorem, & ita faciam eum procuratorem in rem suam, ut sibi habeat, quod judicio consequutus fuerit, non in rem meam, qui donavi, aut vendidi actionem. Et multum interest, in rem suam constituatur procurator, veluti donatarius, aut emptor, an in rem alienam, quod nobis explicandum est diligenter: Et hic tractatus explicabit legem *illam*, quæ est elegantissima. Dicamus ergo primum *de procuratore in rem suam*. Erat olim differentia in hac re inter donatarium, & emptorem, quod emptor actionis sibi cessam actionem transmittebat in heredem, etiamsi moreretur ante litem contestatam: Poterat etiam alium facere procuratorem ad agendum, antequam ipse litem contestatus esset, quod tamen omne denegabatur donatario, qui non nisi post litem contestatam poterat alium facere procuratorem ad litem exequendam, nec nisi post litem contestatam transmittebat actionem ad heredem suum, *l.illam, h. tit.* nimirum donatione strictius accepta, ut cras demonstrabo auctores juris semper accepisse donationes restricte, quod fiant sæpe temere, & inconsulto. Collegit alias differentias inter donatarium, & emptorem, donatorem, & venditorem Modestinus lib. 8. differentiarum, quod ad res venditas edictum ædilitium, & redhibitoriæ actiones pertineant non ad res donatas, *l. ad res, ff.de ædilit. edict.* Et quod emptor ex mora debeat pecuniæ usuras, non etiam donator pecuniæ per stipulationem, *l. eum. qui, ff.de donat.* Et quod ademisse legatum videtur indistincte, qui rem legatam donavit: qui vendidit, non sine distinctione, utrum necessitate coactus vendiderit, qui non videtur ademisse legatum, an ultro, qui videtur ademisse legatum, *l. rem legatam, ff. de adim. legat.* Omnes has differentias posuit, ut illarum legum inscriptiones demonstrant, Modestinus 8. Different. nec est dubitandum, quin posuerit etiam illam, de qua agitur in *l. 33. h. tit.* Et hanc quoque, quod venditor ususfructus, retinet usumfructum, etiamsi emptor non utatur, quia pretio fruitur, & qui pretio fruitur, non minus videtur rem habere, quam qui re principali utitur fruitur. Donator autem non retinet usumfructum, nisi donatarius utatur fruatur, *l. non utitur, & duab. sequent. ff.de usufr.* Et hanc quoque, quod donatarius evictionis nomine non habet regressum ad donatorem, nisi de eo stipularus sit. At emptori est regressus evictionis nomine ad venditorem, etiamsi de eo nil convenerit inter emptorem, & venditorem, *l.2. sup.de eviction.* At prima illa differentia inter donatarium, & emptorem tollitur in *d. l. illam*. Ex qua, ut emptor nominis, ita donatarius transmittit actionem ad heredem, licet ex ea litem contestatus non sit, vel jus litis contestationis non impetraverit à Principe, ut ait *l.illam*. Et notandum, jus litis contestationis impetrari rescripto Principis, quo scilicet Princeps statuat actionem eodem jure esse, quo si ex ea lis contestata esset, ut in *tit. quand. libell. princ. oblat. lit. cont. sup.* Denique ut mortuo eo, qui donavit, aut vendidit, relictis heredibus ante litem contestatam à donatario, vel emptore, mandatum, sive procuratio non extinguitur, quæ facta est in rem procuratoris, non in rem mandatoris, *l. 1. sup.de obl. & act.* Ita nec mortuo emptore, vel donatario ante litem contestatam, mandatum actionis extinguitur, sed transit ad heredem emptoris, vel donatarii. Item ex *l.illam* donatarius re integra, id est, ante litem contestatam, sicut emptor, alium ad agendum procuratorem instituere potest. Et sublata igitur est illa vetus differentia, quæ strictius accipiebat donationem, quam emptionem, constituta inter donatarium, & emptorem. Et hæc de procuratore, id est, de eo, cui cessa est actio in rem suam. Nunc dicamus de eo procuratore, cui cessa est actio in rem alienam, id est, in rem mandatoris. Hic si moriatur re integra, id est, ante litem contestatam non transmittit actionem ad heredem. Post litem contestatam transmittit, quia litis contestatione factus est dominus litis: & ita constituit Julian. Imperator in *l.nulla, sup. de proc.* de qua Juliani constitutione sensit proculdubio Symmachus 1. *Epist. ad Theod. Imper.* his verbis: *successit aliud, ut obitu Martianæ clarissimæ feminæ, mandatum diceretur extinctum: sed contra venerabilis Juliani sanctio stare procuratorum jussit officia, causarum dominis viventibus inchoata per litis contestationem.* Plane igitur intelligit legem *nulla*. Denique sive moriatur ipse procurator in rem alienam constitutus ante litis contestationem, sive mandator, mandatum morte extinguitur, *l. mandatum, sup. mand.* Sicut & jussum, puta adeundæ hereditatis morte extinguitur, *l.si per epistolam, ff.de adquir. heredit.* Et cessitia tutela finitur morte cedentis apud Ulp. *lib. regul. tit. de tut.* Item procurator factus in rem alienam, ad agendum scilicet, vel defendendum, ante litem contestatam alium facere procuratorem non potest. Et hæc omnia hodie ad unguem observantur, quod ostendit etiam *d.lex nulla*, nisi dominus ei permiserit, ut alium quocunque tempore instituere procuratorem ad litem de mandato, ut in *cap.1. de proc. lib. 6.* Nil ad hanc quæstionem facit *lex si quidem, sup. de oblig. & act.* quam adducit Accurs. ad *d. l. 33.* Nam si recte apponatur species *l. si quidem*, dominus non cessit actionem suam cuiquam, sed mandavit tantum debitori suo, ut solveret Titio, quem Titium negat habere actionem adversus debitorem, non abs re, quia cessa ei fuisse non ponitur. Itaque ea lex nil facit ad propositam quæstionem. Hæc vero omnia, quæ hactenus diximus, sunt de procuratore ad lites, seu actiones, posita differentia inter eum, qui factus est procurator, id est, cui cessa est actio in rem suam, & eum, cui in rem alienam. Cæterum ab eo procuratore, qui constituitur ad lites, longe distat procurator institutus *ad negotia gerenda*, qui fit semper in rem alienam, &

hic

hic quocunque tempore potest alium facere procuratorem, etiamsi dominus specialiter id ei non permiserit, *l. si procuratorem, §. 1. ff. mand. & d. cap. 1. de procur. lib. 6.* Excipitur unus casus in *cap. ult.* si procurator instituatur ad contrahendum matrimonium nomine alterius, quod fit sæpe, maxime inter principes: nam in re tanti momenti, non permittitur procuratori aliud facere, nisi dominus, id ei permiserit nominatim. Est etiam alius casus in *l. pen. §. item adjiciendum, ff. de divers. & temp. præscr.* si rem vendendam mandavi, quia cum agatur de alienatione rei meæ, ei soli licebit vendere, cui mandavi, & tradere, & alii inutiliter eam ipse, cui ego mandavi ut venderet, alii vendendam mandabit, nisi, ut ait J.C. illo loco, id *ego ei nominatim permiserim*, *sans qu'il ait eu licence de subroger*, quoniam agitur de abalienatione rei meæ. Sed illo loco, ubi est scriptum (*qui postea mandaverit*) errore frequentissimo in Pandect. Florent. quæ nobis debent esse sacratissimæ (*qui*) scriptum est, pro (*cui*) sicut & paulo ante illo loco, *qui vendendum mandaverat*, more scriptoris Florentinarum, *qui*, pro, *cui*: alioquin ille locus torqueret mirum in modum. Multa alia ad perficiendam donationem requirit constitutio Constantini ad Maximum præfectum urbi *in l. 25. hoc tit.* quam hodie potissimum explicabo cum omnibus aliis, quæ illam sequuntur usque ad leg. 34. Multa alia requirit constitutio Constantini, ut perficiatur, valeatque donatio, quæ tamen magna ex parte postea rescissa sunt, ut in eis explicandis admonebo. Et primum Constantinus in *l. 25.* vult, donationem fieri sub hac observatione, inquit, ut quas leges indulgent actiones, contineat, id est, ut fiat per actus legitimos, puta cessionem in jure, ut *l. 1. C. Gregor. de donation.* vel per mancipationem, vel per traditionem solam, vel per traditionem, & mancipationem simul: nam & hos actus conjungi posse ostendit *l. 7. C. Theod. de don.* & Paulus *2. Sentent. tit. 17.* his verbis: *Res empta mancipatione, & traditione perfecta, &c.* Actiones igitur hoc in loco sunt actus, ut Theodorus vertit, *πράξεις*, non jura experiundi in judicio. Quas igitur leges indulgent actiones, id est, actus legitimos, qui tamen constitutione Justiniani sunt remissi, & hodie donatio nudo consensu perficitur, etiamsi non contineat legum actiones, id est, actus legitimos. Interpretes non intelligunt ea verba. Et adjecit Constantinus in hac *l. 25.* ut, quæ fit donatio sub conditione, vel lege, aut modo aliquo, de qua proprie agitur *tit. seq.* contineat, quas leges indulgent conditiones, atque pactiones, id est, conditiones, pactionesque legitimas, non jure improbatas, non turpes, non inhonestas, non illegitimas, non illicitas, quarum exempla multa suppetunt, & his conditionibus cognitis, atque legibus, quas rebus suis in donando donator dixit, tum, ut donatarius donationem, vel recipiat, vel rejiciat. Vult igitur donationem fieri conditione donationis, & causa cognita donatario, atque perpensa, nec donationem fieri *μονομερῶς*, sed ab ipso donatario agnosci, & accipi, quod etiam indicat *l. 15. sup. de sacros. Eccles.* quæ est constitutio Græca. Et unum casum ponit, quo donatio etiam à nemine accepta valet, ut si quid donetur ecclesiæ, vel pauperum, aut peregrinorum habitationis ædificandæ gratia. Hæc donatio consistit, etiamsi nemo ecclesiæ nomine eam agnoscat, & amplectatur. Alias non valet donatio *μονομερῶς* (*quand elle n' est point acceptée*) Nec alia est ratio, cur in *l. 26. h. tit.* donatione collata à patre in filium emancipatum infantem, cujus nullus est affectus, ut possit oblatam donationem accipere, & animo complecti, necesse sit per servum infantis rem peragi, ut per eum nomine infantis ei donatio adquiratur: cur? nisi quia non potest esse donatio sine acceptione, id est, nisi donatarius eam accipiat, vel servus ejus nomine ejus. Unde in *l. 8. §. sed etsi, ff. de bonis libert. si libertus patrono donavit, ille autem accepit.* Verum ut totam eam *l. 26.* exponam, ait, *à patre donationem fuisse collatam in filium emancipatum*: Nam in filiumfamilias collata donatio imperfecta est, *l. 11. & 17. h. tit.* Et ait, *infantem per servum suum accipere donationem animo servi sui.* Quid si non habeat servum? Est ei emendus, ut per eum ea res expediatur, vel adhibendus est servus publicus, ut *l. 2. ff. rem pup. salvam for.* Et hoc si pater donaverit filio emancipato infanti, forte in eo emancipando, ut fit: nec enim dimitti solent filiifamil. quin eis aliquid erogetur à parente, quo tolerent vitam suam. Quid si alius quidam huic filio infanti aliquid donaverit? Donatio perficietur tutore auctore. Et ita Joannes accipit recte *l. 3. sup. de adquir. possess.* Ergo perficietur patre auctore, videlicet si emancipatione manumissor exstiterit, ut ait *l. 5. sup. de dol.* vel auctore eo, qui manumissor extiterit, ut apud Ulpianum *libro regul. tit. de tut.* & ita explicanda est *lex 26. h. tit.* Redeo ad *l. 25.* Addebatur in constitutione Constantini, quod extat etiam *in C. Theod.* sed divulsum est ab hoc loco, & translatum *in tit. de administr. tut. l. pupillorum, sup.* ut scilicet si tutor, vel curator minoris, cum aliquid donatur minori, negligens fuerit in excutienda conditione donationis forte gravi nimis, & onerosa minori, & molesta, & ea conditione neglecta nomine minoris donationem amplexus sit, vel auctor ei fuerit amplectendæ ejus, ut damnum, quod ex ea re sensit minor culpa tutoris, vel curatoris negligentia, tutor, vel curator præstet minori, atque resarciat. Finge: donavi minori ea lege, & conditione, ut creditoribus donatoris satisfaciat, ut *in l. 17. h. tit.* & donatorem opprimi multo ære alieno: tenebitur curator, vel tutor, qui minus perpenso consilio eam donationem est amplexus, cui onus erat impositum dissolvendi maximi æris alieni. Et ita est explicanda *d. lex pupillorum*, quæ est pars hujus *l. 25.* Addit Constantinus *in h. l.* (quæ est cæterarum omnium princeps, & veluti arx totius tituli, quia fere omnia complectitur, quæ in perficiunda donatione desiderantur) *additur*, inquam, *in conscribendis donationibus exprimi nomen donatoris, debere, & jus*, quod etiam explicant male, ut cætera fere omnia: *jus*, id est, ex qua causa eam rem adquisierit, quam donat, ne largiatur de alieno temere, & imponat donatario. Exprimi igitur debere nomen donatoris, & jus dominii, quod habet in ea re, quam donat, & eam rem designari oportere, & instrumentum donationis præscribi in tabulis, vel membranis, vel qua alia materia, palam, non occulte, publice, non privatim. Et rursus ab ipso donatore perscribi, vel à tabellione, vel ab alio, subscribente donatore, vel alio vice donatoris, si donator nesciat literas, *l. 20. & 31. h. tit. §. 1. Instit. de empt. & vend.* Et ait Constantinus, in conscribendis donationibus, quia (quod notandum) Constantinus omnimodo desiderabat scripturam in donationibus, & factam sine scriptis habebat pro imperfecta, quod etiam indicat *l. 5. C. Theod. eod.* Ideoque postea Theodosius constituit, & sine scriptis factam donationem valere, quia non valebat ante. Et Theodosius igitur ea in re mutat constitutionem Constantini, *l. 29. h. tit. & in l. 31. in fine.* Puto & Constantinum non probasse donationem collatam in hominem ignotum donatori, quoniam eam idem Theodosius eadem *l. 29.* approbat, quæ confertur in ignotum, cujus pars est *l. extraneum 2. sup. de hered. instit.* quæ etiam ignotum hominem heredem institui permittit, quod argumentum præbet ante Theodosium, hæc non fuisse permissa. Et præterea desiderabat Constantinus in donatione perficiunda solemnitatem corporalis traditionis, quæ fieret advocatis vicinis, & testibus quamplurimis, non duobus, aut tribus, quorum fide probari posset nil actum per vim, aut fraudem, ut est aperte scriptum in *Cod. Theod.* ubi hæc lex 25. extat plenior *l. 1. eod.* Desideravit etiam primus Constantinus, quod usque in hunc diem manet, donationem allegari, id est, insinuari apud acta judicis ordinarii, puta præsidis provinciæ, vel magistratus municipalis, ut in fine hujus legis. Et quod attinet ad solemnitatem traditionis, jam dixi, eam à Justiniano esse remissam, & hodie perfici donationem consensu, non re. Quod autem attinet ad advocationem vicinorum, & plurimorum testium, hoc mutat *l. 31. h. tit.* hac ratione, quod sint superflui testes,

ubi

ubi publica monumenta sufficiunt, *l. omnium*, *sup. de testam.* Insinuatio donationis, est publicorum monumentorum confectio, & contestatio. Imo, quod mirum est ex *d. l. 31.* quibus casibus non sunt necessaria publica monumenta, id est, quibus donatio perficitur sine insinuatione (sunt enim multi casus, qui explicabuntur die crastino) his, inquam, casibus, si donatio fiat ex scripto, ex *l. 31.* non requiruntur testes, sufficit scriptura, vel à tabellione, vel ab alio quolibet confecta, & subscriptio donatoris. Qua in re multum distat donatio inter vivos à donatione causa mortis, quæ non insinuatur, & licet fiat ex scripto, exigit 5. testes, quia instar habet ultimæ voluntatis, *l. ult. inf. de mort. causa donat.* At donatio inter vivos, quæ insinuatur, vel non, si fiat ex scripto, contenta est subscriptione donatoris, sicut chirographum non desiderat testes, sed sufficit subscriptio debitoris. Quod autem ad actorum testationem, sive insinuationem attinet, quam primus Constantinus desideravit, huic rei posteriores constitutiones modum imposuerunt: Nam quod aperte statuit Constantinus si in hac *l. 25.* ut & donatio mortis causa insinuetur, hoc mutat *lex ult. inf. de mort. caus. donat.* Et intra certam summam aliæ constitutiones non exigunt insinuationem, nec ultra eam quantitatem, sive summam certis casibus, qua de re tractabimus in *l. 34.* Quamobrem Tribonianus ad constitutionem Constantini in fine, ubi Constantinus exigit insinuationem, adjecit hæc verba, *ubi hoc leges expostulant.* Nam Constantinus indistincte omnibus casibus exigebat insinuationem in donationibus. Alias vero, ubi est necessaria insinuatio, etiam hodie si fuerit omissa, donatori est integra vindicatio rei donatæ, tanquam dominio non amisso. Et hoc ostendit *l. ult. sup. de jur. dot. & l. 38. sup. de Episc. & Cler.* At præterea Constantinus non aliter insinuationem fieri voluit apud magistratum municipalem, quam si abesset præses provinciæ, *l. 3. C. Theod. eod.* quod etiam probat *lex pen. eod.* Verum hoc postea mutavit Leo in *l. 30. h. tit.* quæ relinquit in arbitrio donatoris, ut donationem insinuet apud præsidem provinciæ, vel apud magistratum municipalem, sive absens sit præses, sive præsens. In hoc consentiunt omnes constitutiones, ut insinuatio fiat ubi donatio celebratur, non ubi res donatæ sitæ sunt, & collatæ, *l. 27. in fine, & l. 30. & 32. h. tit.* In hoc etiam consentiunt, ut exceptis certis casibus necessaria sit insinuatio, etiam in donatione, quæ fit inter parentes, & liberos, *l. 27.* Et de insinuationis necessitate, & ratione notandus est hic locus Cassiodori *libro 9. in edicto Attalarici* Regis. *In allegatione*, inquit, id est insinuatione, *justissimæ largitatis, illam distinctionem volumus custodiri, quam pro veritate solicite legalis sanxit antiquitas: sic enim (ut ipse testatur) & fraudi non patebit occasio, & veritati major constabit auctoritas*: hæc est ratio desideratæ insinuationis. Porro Constantinus, qui tam multa requirit, ea requirit nominatim in hac *l. 25.* in omni donatione, & primum io directa, id est, simplici, absoluta, plena, pura, præsenti, cui neque dies, neque conditio, neque modus adjicitur, ut Concilii Toletani 4. *Canon.* 72. directa manumissio, cui nullus adjicitur modus, nulla retentio obsequii, vel operarum. Item ea omnia requirit in donatione mortis causa: ergo & inter cætera solemnia in ea requirit insinuationem, quod tamen tollit *d. l. ult.* Item eadem requirit in donatione facta sub conditione, vel modo, vel ex certo tempore, de qua proprie in *tit. seq.* Et quod ait (*ex certo tempore*) sic accipi debet, à certo tempore, puta à Calendis Jul. ut res tua fiat ex donationis causa, vel ad certum tempus, aut incertum: Nam & ita facta donatio hodie valet, veluti ut post mortem donatarii redeat ad donatorem, *l. 2. & 3. tit. seq. l. ult. sup. de legat.* Et postremo Constantinus ea omnia requirit, *in donatione*, inquit, *animo dantium, accipientiumque sententiis, quantum jus sinit cognominata.* Accursius hæc non intelligit, Theodorus intelligit, sed ejus interpretatio auxilio, & adsertione indiget. His verbis Constantinus agit de donatione, quam donator, & donatarius, non donationem nuncupant proprio nomine, sed cognominant venditionem, aut conductionem, aut transactionem, hoc tantum acto tacite: ut donatio sit, ut si fiat venditio, vel conductio imaginaria, ut *l. si quis conduxerit*, *D. loc. l. si usufructus*, *D. de ju. dot.* Hoc negotium ea omnia requirit, quæ donatio ipsa palam nuncupata donatio. Donationis nomen per se solum non facit donationem, sed mens dantis, & accipientis, *l. 15. §. Papinianus, D. loc.* Verum ait Constantinus, *quantum jus sinit*, id est, quibus casibus est permissa venditio, vel conductio imaginaria donationis causa: Nam in fraudem legum, veluti legis Cinciæ, vel legis Juliæ repetundarum, ipso jure nulla est venditio imaginaria, quæ ferat illicitam donationem, ut in *l. emptor*, *D. de aqu. pluv. arc. l. pen. D. ad leg. Jul. repet. l. 10. sup. de distract. pignor. l. nuda*, *D. de contrah. empt. l. contractus*, *D. de obligat. & action.* Neque vero mirum videri debet, si tam multa exegerit Constantinus in donatione omni: Nam & olim ante Constantinum multo strictius sunt acceptæ donationes, quod heri ostendi uno exemplo ex *l. illam*, *h. tit.* & ostendam nunc alio, quod non aliter valebat donatio omnium bonorum, vel partis, puta dimidiæ, vel tertiæ, quam vocant *quotam partem*, quam si donator singulas res percensuisset, & pernumerasset, *l. 1. & 2. Cod. Gregor. de donat.* quod jus optimum erat: quia improvidi plerique, quibus excidit verbum illud (*omnia bona*) persæpe nesciunt, quid habeant in bonis; & ideo, ut appareat eos scire quid faciant, sive donent omnia bona, seu partem, exigitur ab eis recensitio singularum rerum. Non favent jura donationibus, nisi fiant pietatis causa, quia plerique specie donationis, & liberalitatis abutuntur ad luxum, & prodigalitatem. Vulgo dicitur donare esse perdere, ex *l. filiusfam. D. de don.* nec tamen, qui donat, perdit omnino: quia beneficio debitorem adquirit jure gentium, *l. si pignore, §. 1. D. de furt.* At jure civili perdit, quia donati repetitionem non habet, jure gentium non perdit. Proprie *perdere*, est abligurire, vel scorto dare, itemque credere filiofamil. contra Senatusconsultum Maced. ut ait *l. 3. D. ad Senatusc. Maced.* quod tamen donare vocat, *l. 6. D. si quid in fraud. patr.* Et ita Piso io Orat. habita adversus Othonem apud Cornelium Tacitum lib. 1. Hist. *Falluntur*, inquit, *quibus luxuria specie liberalitatis imponit: perdere iste sciet*, loquens de Othone, *donare nesciet*. Et ita Tertull. libro de Patientia: *Non piget donare ei, qui non timet perdere.*

Ad L. XXXIV. Sancimus omnem *donationem*, *sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad 300. solidos cumulatam non indigere monumentis, sed communem formam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat: sed in hujusmodi observatione similes sunt tam communes, quam ante nuptias donationes. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum: hoc quod superfluum est tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur. Exceptis donationibus, tam imperialibus, quam his, quæ in causas piissimas procedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam à retro principibus, quam à nobis sancitum est, sed firmam habere propriam majestatem, &c.*

LEx 34. quæ tota est *de insinuandis donationibus* nobilissima est (quales sunt omnes, quæ eandem habent subscriptionem) puta, quæ testetur recitatam fuisse constitutionem *Septimo*, in oovo consistorio palatii Justiniani. In *l. sancimus*, *sup. de sacrosanct. Eccles.* integriori oratione subscriptio sic habet, *recitata 7. milliario, & Novella quoque de hereditatibus, quæ ab intestato defer.* apud Julianum antecessorem. Et ut in veteribus legibus in *l. 30. sup. de fideicomm. recitata 7. milliario*, id est, palatio imperatoris, quod fuit in suburbiis Constantinopoleos, in quo Justinianus juri dicundo novum consistorium extruxerat. Idque palatium, quod plenius dicitur

septi-

Septimum milliarium, aliquando simpliciter *Septimum* tantum appellatur, ut in subscriptione hujus legis, *recitata Septimo*: & in subscriptione *l.* 19. *sup. de jure delib.* & ut in veteribus legibus, in subscriptione *legis* 6. *supra de bonis, quæ liber. adquir. recitata Septimo, &c.* Et apud Sozomeoum 7. cap. 21. quod simpliciter vocatur ἕβδομον, Cassiodorus interpres Latious Sozomeni vertit *Septimum miliarium*, perfecta oratiooe. Unde fit manifestissimus error, qui non uno loco, sed quatuor, aut quinque admissus est, ut in subscriptione *l. pen. sup. de reb. cred. & l.* 30. *sup. de jur. dot. & l. ult. sup. de legit. tut. l.* 3. *sup. de bon. libert. l. litibus, inf. de agric. & cens.* In quibus locis, pro (*recitata septies*) emendandum est (*recitata Septimo*) quod non numerum, sed locum significat. Eadem forte ratione dictum est *Septimum*, qua decimum suburbium quoddam Carthaginis, quod auctore Procopio ab ea distabat stadiis septuaginta. Omnes autem hæ constitutiones, quæ illo loco recitatæ proponuntur, sont celeberrimæ, & de jure, aut multa, aut singularia quæque continent. Primum autem in hac *l.* 34. agitur de quantitate, & summa, intra quam recte fit donatio sine insinuatione. Olim nulla donatio indigebat insinuatione, nulla erat referenda in acta publica. Primus Constantinus voluit donationem insinuari, *l.* 25. *h. tit.* quod tamen ipse patri suo tribuit in *l.* 1. *C. Theod. de sponsal.* Et omnem donationem sine ulla exceptione, directam, mortis causa, puram, conditionalem, suo proprio nomine, vel quo alio adumbrato nuncupatam, ut exposui nudiusquartus. Neque tamen addidit Constantinus donationem ante noptias, seu propter nuptias, quæ dotem contra à marito confertur in uxorem, quam tamen addit Justinianos in hac lege, quia scilicet usus ejus tempore Constantins nondum inoleverat. Post Constantinum Theodosius à necessitate insinuationis excepit donationes, quæ consisterent intra quantitatem 200. aureorum, sive solidorum. Hoc ita constituit Theodosius in *l. ult. C. Theod. de sponsal.* Idque vult obtinere, ut ait, non tantum io donatione ante ouptias, de qua proprie agitur *d. l. ult.* sed in omnibus, ot si non superent 200. aureos, necesse non sit eas referri in acta publica. Post Theodosium Justinianus primum quidem in hac lege eam quantitatem produxit usque ad trecentos aureos, intra quam non exigeretur insinuatio donationis, neque communis, ut ait, id est, quæ vulgo fit inter vivos pure, vel conditionaliter, vel in diem, vel expressim, vel tacite: neque donationis aote nuptias, sive propter nuptias. Et nil dixit Justinianus de donatione causa mortis, quod scilicet in hac existimaret, non esse necessariam insinuationem cujuscunque quantitatis fuerit, quod & post hanc legem patefecit anno sequenti, *l. ult. inf. de mort. caus. donat.* quod compareotur legatis, quæ non insinuantur. Deinde vero idem Justioianus, quod specialiter constituerat ante io donatione facta civitatibus, vel Reipubl. & in donatione facta pauperibus, vel locis pietati dedicatis, ut intra summam quingentorum aureorum ea donatio valeret, etiamsi insinuata non esset, *l. illud, sup. de sacros. eccles.* quod etiam repetitur in hac *l.* §. *alias*, id postea idem constituit in omnibus donationibus quantitate trecentorum, quam finit *hæc lex*, producta ad 500. iotra quam summam nulla donatio indigeret actorum monumentis, *l. pen.* §. *ult. hoc tit.* Et utimur nos hodie magis lege Constantini, quoniam volomus, aut principes nostri volunt, cujuscunque quantitatis donationem insinuari: Nam & Constantinus non habuit rationem quantitatis, sed cujuscunque quantitatis donatio foret, eam insinuari, & intimari voluit, qoo jure utimur. Ostenditor in hac lege donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec est insinuata, in eo tantum, quod superfluum est, inutilem, io residuo esse otilem, ut si fuit 800. in qoingentis, secundum *leg. pen.* otilem esse, io trecentis inutilem, nec vitiari utilem per inotilem. Idemque habetur *Novella* 162. & idem dicitur in stipulatione, *l.* 1. §. *pen. D. de verborum obligat.* Et adeo est verum, ut & inutilis stipulatio aliquando, id est, quæ per se foret inutilis, confirmetur per adjectionem, & conjonctionem utilis stipulationis, ut *l.* 1. §. 1. *sup. de rei ux. act.* quod ibi rectissime Græci explicant, apposito exemplo ex jure veteri, & potest apponi aliud in donatione ex *l. si sponsus*, §. *generaliter, D. de donat. inter virum, & uxor.* Et aliud in mandato, ex *l.* 2. §. *mea, & aliena, D. mand.* & in auctoritate tutoris, ex *l.* 1. §. 1. *D. Quod fals. tutore auctore.* Quod aotem dicimus, donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec est insinuata, partim esse utilem, partim inutilem, idem obtinuit, si quid supra modum legis Ciinciæ, quæ fuit de donationibus, donationis causa promittatur: Nam ut l. Falcidia legatis, lex Papia dotibus, lex Caninia manumissionibus, quæ donationis, & liberalitatis genera quædam sunt: ita lex Cincia aliis donationibus imposuit certum modum, ultra quem donare non liceret, quod etiam demonstrat veteres non favisse donationibus. Et de huc modo legis Cinciæ est intelligenda *l. cum de modo, & l. ut mibi, & l. Modestinus, & l. fidejussori, D. de donat. & l. pure*, §. *si donavi, D. de dol. except.* maxime cum in libris nostris adhuc supersit mentio legis Cinciæ, ut in inscriptione *legis contra legem, D. de legibus*, & in *Novella* 162. nbi ego jampridem perspicue ostendi, pro (*Ælia*) legendum esse Κιντίας, id est, *Cinciæ*. Et *l.* 3. *C. Theod. de donationibus*. Hoc autem distat lex Cincia à constitutionibus Theodos. & Justiniaoi, quæ etiam videntur modum imponere donationibus, quod lex Cincia cohibet, & coarctat licentiam donandi, illæ autem constitutiones coarctant tantum licentiam omitteodæ insinuationis. Nam ex illis constitutionibus non omissa insinuatione, donare licet in infinitum, & tamen in superioribus legibus, quas retuli ad modom legis Ciociæ, Græci, & Latini Interpretes, legitimum modum accipiunt de harum constitutionum modo, intra quem insinuatio donationis non requiritur, vel quia ignoraverint eas leges proprie pertinere ad legem Cinciam, & illam exceptionem solemnem immodicæ donationis ex lege Cincia, cujus formula proponitur in quibusdam ex illis legibus, quod supra legitimum modum donatum non sit, vel quia, si hoc non ignoraverint, data opera eas accommodarunt, & inflexerunt ad has constitutiones novissimas, quibus licet non observato modo legis Cinciæ donare, sed non sine insinuatione. Verum, ut ex iis constitutionibus facta donatio supra legitimam quantitatem sine insinuatione non est omnino inutilis; ita nec facta supra modum legis Cinciæ erat omnino inutilis, sed detracto superfluo, in residuo erat utilis, *d. l. ut mibi, sup. de donat.* Sequuntur in hac lege casus, quibus donatio facta supra legitimum modum non indiget insinuatione. Primus est, si fiat à Principe, cujus donatio est lex, quod hoc in loco Justinianus ait, ante se alios Principes constituisse, ut nulla donatio Principis exigeret insinuationem: Et vero ita constituisse Zenonem, idem Justin. testatur *Novella* 52. Secundus casus hic est, qui & tertium complectitur, si fiat propter ouptias fœminæ minori 25. aon. *auxilio patris destitutæ*, ut ait *l. minoribus, sup. de donat. ante nupt. auxilio patris destitutæ*, id est, sui juris fœminæ, matrisfam. minori 25. ann. Nam ei, quæ est in potestate patris, quia patri adquiritur, non valet facta donatio propter nuptias cujuscunque quantitatis citra insinuationem. Idemque io sponsalitiis muneribus factis minori decrevit constit. *l.* 3. *C. Theod. de spons.* At hodie ex *Novella* 119. & 127. etiam fœminæ majori 25. ann. & sui juris facta donatio propter nuptias cujuscunque quantitatis insinuatione non indiget, qoatenus mulier ex ea lucrum sperat, qoæ est æquissima constitutio, quoniam donatio propter noptias respondet doti, est examen dotis, id est, datur contra dotem, & quasi dos est mariti. Certum est autem dotem cujuscunque quantitatis sit, non insinuari, neque donationem mulieri factam dotis causa ab eo, qui pro ea dotem dat, in *l. ult. sup. de jure dot.* Addendi sunt alii casus *ex l. pen. h. tit.* quibus valet etiam donatio supra legitimum modum sine insinuatione, ut si *fiat causa rr-*

sa rr-

ſa redemptionis captivorum: non dico generaliter, ſi fiat pietatis cauſa, quia & aliæ, quæ pietatis cauſa fiunt, deſiderant inſinuationem, cum excedunt legitimam quantitatem, *d.l.illud*, *ſup. de ſacroſ.eccleſ.* At quæ fit ſpecialiter ex cauſa redemptionis captivorum, quantacumque ſit, non deſiderat inſinuationem. Addit etiam *lex pen.* aliam piam cauſam, ſi quis miſertus ejus, cujus ædes corruerunt, vel incendio conſumptæ ſunt, ei donavit in refectionem ædium ſuarum: nam hujus quoque donationis quantitas non ſpectatur, aut inſinuatio, quantacumque ſit, non requiritur, ſed quod donatum eſt, traditur ei, qui hanc cladem paſſus eſt, ut ædes reficiat; quibus refectis, an cogitur reddere rationem, ſi forte dicatur, totam pecuniam, quæ donata eſt, cum non erogaſſe in refectionem ædificii? Minime, ſed ſatis eſt, ſi totam eam pecuniam in eam rem conſumpſiſſe ſe juret: ſicut etiam, cum pecuniæ quantumvis immenſæ dantur Epiſcopo ad redemptionem captivorum, ex *l.pen.* ſatis eſt, ſi juſſet, ſe totam eam pecuniam in eam rem erogaſſe. Additur etiam in *l.pen.* non indigere inſinuatione donationem rerum mobilium, non immobilium, quæ fit militibus à magiſtro militum, vel de ſuo, vel de præda, aut manubiis, de ſpoliis hoſtium, ut ait, qui locus eſt notandus, quia indicat, prædam mobilium rerum, vel animalium non protinus cedere militibus, ſine permiſſu ducis, aut magiſtri militum, ſed redigi in publicum, & ex redacto fieri donativa militibus, ut *l.pen. D.ad leg.Jul. pecul.* Poſtremo addatur etiam alius caſus ex *l.38. ſup. de Epiſcop. & cleric.* quæ eſt Græca conſtitutio, ex qua donatio rerum mobilium facta monaſterio ab eo, qui ingreſſus eſt monaſterium, factus monachus, cujuſcumque ſit quantitatis, non exigit inſinuationem, nec poſſit ille, ſi exeat monaſterio, exuatque monachiſmum prætextu omiſſæ inſinuationis vindicare res mobiles, quas intulit in monaſterium. Immobiles poterit vindicare omiſſa inſinuatione, non mobiles: quem caſum Theodorus notavit in hac lege, ſed perperam adjecit etiam alium caſum ex *l.25. ſup. de donat.inter virum, & uxor.* Donatio inter patrem, & filiumfamil. vel inter virum, & uxorem ipſo jure non valet, ſed convaleſcit ſilentio, & morte donatoris, id eſt, ſi in eadem voluntate perſeveraverit uſque ad mortem. Nec obſtat regula Catoniana, quod ab initio non valet, ex poſt facto non valere, qua eveniet ſæpe, ut vos quidam inceſſant; quoniam ad eam duæ ſunt reſponſiones, quarum alterutra cum objicitur, poterit contra objici, ut dicas, veram eſſe regulam jure directo, ſed ex æquitate convaleſcere, & directam quidem actionem non dari, quia obſtat regula, ſed utilem. Item, ut in propoſito, licebit dicere convaleſcere, quod ab initio non valuit, etiam directo jure, quando extat lex certa, quæ hoc ſtatuit, ut lex illa 25. Verum ita diſtinguit, aut pater, vel conjux, qui eam donationem fecit, moriens eam confirmavit nominatim in teſtamento, aut non: Si non confirmavit nominatim, ſi ſiluit, ipſo jure confirmatur, & valet ut donatio, ſi modo inſinuata fuerit, quæ excedit legitimam quantitatem, & retrotrahitur, id eſt, fingitur valuiſſe ab eo die, quo primum facta eſt, non à die mortis donatoris. At ſi ſit confirmata nominatim, tunc valet, etiam ſi non fuerit inſinuata. Eſt igitur hic unus caſus, quo donatio non inſinuata valet. Num ita eſt? minime, quia eo caſu, cum confirmatur nominatim teſtamento, vel codicillis, non valet ut donatio, ſed ut legatum, vel fideicommiſſum, quod ex eo apparet, quod non retrotrahitur; ſed valet tantum ex die mortis. Igitur hic caſus non debet addi ſuperioribus. In *l. 34. §. ſin autem in auro*, Juſtinianus declarat, legitimam quantitatem 300. aureorum, vel hodie 500. intra quam non eſt neceſſaria inſinuatio donationis, non tantum obſervari in pecuniis, quæ donantur, ſed etiam in æſtimatione rerum donatarum, ut in eo, quo pluris ſunt res, quam efficiat ſumma quingentorum aureorum, donatio non inſinuata inutilis ſit, in reliquis utilis. Verum ita ſi donatio rei corporalis non inſinuata partim probetur, partim improbetur, neceſſario ea res fiet communis inter donatorem, & donatarium: ut ſi res donata ſit digna mille, & quingentis, fiet communis inter donatorem, & donatarium ratione revocata ad aſſem, pro beſſe, & triente, donator habebit decem, donatarius trientem. At communio, ut ait in *§.ne autem*, quantas lites, & diſcordias excitet, non eſt incognitum. Ariſtoteles 2. Politic. *Multo plus controverſari eos inter ſe, qui bona communia poſſident, quam eos, inter quos ſunt diſtincta dominia rerum.* Qua ratione etiam improbat communionem omnium bonorum Reſpubl. Platonis, tanquam cauſam litium, & controverſiarum civitatibus allaturam. Igitur hujus incommodi tollendi gratia, id eſt, ne qua ſit communio rei donatæ inter donatorem, & donatarium cum eſt omiſſa inſinuatio, definit tollendæ communionis cauſa, ut donator, cujus pars major eſt, nempe beſſis in ſpecie, quam poſui, à donatario redimat partem minorem, id eſt, trientem, vel ceſſante donatore, ut donatarius ab eo redimat partem majorem, id eſt, beſſem: ſcilicet, ſi res commode dividi non poſſit, ut animal: vel ſi res dividi poſſit, & hoc malit donator, ut perveniatur ad diviſionem. Quod ſi ea res ſit communis inter donatorem, & donatarium ex æqualibus partibus: finge rem donatam ſine inſinuatione eſſe 1000. dignam, erit communis inter donatorem, & donatarium pro ſemiſſibus, id eſt, pro æqualibus portionibus. Hoc caſu, quid ſit ſtatuendum communionis tollendæ gratia, Juſtinianus non definit hoc loco, nimirum, quia perſpicuum erat hoc caſu, alterum altero non eſſe potiorem in redimenda parte ſocii, ſed hoc eſſe relinquendum arbitrio judicis communi dividundo, vel in communione permanendum. Denique tunc duntaxat poteſt alter ab altero, etiam invito, partem redimere, cum res communis eſt ex inæqualibus portionibus. Et ita eſt hic locus explicandus. Poſt hæc in *§.ſi qui autem per diverſa*, proponit Juſtinianus hanc quæſtionem. Si quis plures donationes, non uno tempore ſimul, ſed diverſis temporibus in unum contulerit, nec eas inſinuaverit, & ſingulæ donationes ſint infra, coacervatæ autem ſint ſupra legitimam quantitatem, an omnes ſint utiles? Et definit, omnes eſſe utiles, ut ſcilicet ſingularum per ſe quantitas ſpectetur, quæ eſt infra quantitatem legitimam, nec deſiderantem inſinuationem, coacervatio, & computatio omnium, ne ſpectetur: quia non una, ſed plures donationes ſunt, ſcilicet, cum ſunt factæ diverſis temporibus, quæ ſententia humanior eſt. Et eodem modo in *l.ſi idem, D.de juriſdict. omnium judicum*, ſi apud magiſtratum municipalem, qui jus dicere poteſt duntaxat uſque ad certam quantitatem, ut plerique hodie ſunt judices, ut judices hujus civitatis in cauſis civilibus cognoſcere poſſunt uſque ad certam quantitatem, *aux ſieges preſidiaux*. Si igitur apud magiſtratum, cui data eſt juriſdictio uſque ad certam quantitatem tantum, pluribus actionibus ſit actum ab uno, eodemque, adverſus unum, & eundem, quarum ſingularum quantitas ſit intra juriſdictionem magiſtratus, coacervatio vero excedat modum juriſdictionis ejus, placet apud eum, ut omnibus recte actum intelligatur, inſpecto ſingularum modo, non omnium in unum collectarum modo, nec magiſtratu vocato ad totam computationem, quo jure etiam utimur. Et ſimile eſt exemplum de lege Voconia apud Quintil. Declamat.164. quæ lex ponit, mulieri, pluſquam ſemiſſem bonorum relinqui non poſſe. Et quæritur, ſi pluribus mulieribus minores aliquanto portiones teſtator reliquerit, quæ tamen computatæ, & in unum contractæ efficiant plus, quam ſemiſſem bonorum, an omnes repellantur mulieres ab eo, quod eis relictum eſt? Et verius eſt, nullam repelli, cum ex eis nulla ſupra ſemiſſem acceperit: non vocari igitur eas ad totam computationem, ſed ſingulis, quod ſit relictum, computari ſingulatim. Nec recte in contrarium ducitur argumentum ex *l.10. §.1. D.de appellat.* quoniam in ea lege proponitur una tantum fuiſſe actio, quæ tamen plurima habuit capita (*pluſieurs articles*) plures ſpecies,

que

quæ non singulatim, sed conjunctim computantur, quia una est actio plurium membrorum: Nam & idem dicemus, si una fuerit donatio, quæ plura capita in se habet, id est, conjungemus omnia capita. Idem dicemus in specie Quintiliani, si una sit mulier, cui plura legata sint relicta. Unde non obstat etiam, quod ait Accursius, *si uni plura legata relicta sint, omnia cumulari, & coacervari in ponenda ratione legis Falcidiæ*, sicut si una mulier fuerit, cui relicta sint legata plura, *in supradicta specie*, omnia legata communi calculo subjiciuntur, quia uno tempore in testamento relicta sunt. Et hic §. loquitur tantum de donationibus, quod trahi potest etiam ad legata facta per diversa tempora. Sequitur alia quæstio in *§.ultimo*: quidam donationis causa Lucio Titio stipulanti promisit 30. *annua*, 30. in annos singulos. Quæritur utrum una sit stipulatio, sive donatio, an plures? Si una, necessaria est insinuatio, quia annuæ præstationes in immensum excrescere possunt: si plures, non est necessaria insinuatio inspecto singularum modo. Utrum igitur una est donatio, an plures? Justinianus *in §.ult.* ita distinguit: aut id actum est, ut annua præstatio illa morte donatoris, aut donatarii extingueretur: aut id actum est, ut transiret etiam in heredem donatarii. Priore casu cum adjectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii, plures donationes esse intelliguntur, quia etsi fieri possit, ut diu vivat donator, vel donatarius, & ita annuæ præstationes crescant in immensum, fieri etiam potest, ut perexiguo tempore vivat, & ita brevi tempore donatio extinguatur, & sub incerto hujus rei, id est, vitæ longævæ, aut brevis, melius est non desiderare insinuationem donationis certæ summæ annuæ, cui adjectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii. Posteriori casu cum non est adjectum tempus vitæ donatoris, neque donatarii, sed facta est heredis mentio, ut scilicet etiam heredi donatarii heres donatoris præstaret eam pensionem annuam; hoc casu, quia infinita est, & perpetua donatio, aut stipulatio donandi causa facta, una esse intelligitur, & tanquam immensa in unum coactis multorum annorum pensionibus, apud acta est insinuanda, aut non insinuata, pro nulla habetur in eo, quod excedit. Sed quo loco de hoc posteriori casu agit Justin. in fine hujus legis, ut legit Isidorus, & ex contrario prioris casus inducitur, est legendum: *Sin autem etiam heredum ex utraque parte facta fuerit mentio, nec adjiciatur tempus vitæ, non vel adjiciatur*: quod pluribus exequitur, & confirmat Observatio decima quinta. Neque vero existimandum est ullo modo adversari, imo contra maxime consentire *hunc §.cum l.senatus, §.ult. D.de mort. cauf. donat. & l.16. §. ult. D. de verb. obligat.* quibus locis dicitur, *stipulationem conceptam in annos singulos tot dari, unam esse, & incertam* (quia infinita est, & in heredem transmittitur) *& perpetuam*: Nam idem etiam dicitur in posteriori casu hujus §. unam esse stipulationem donandi causa interpositam, qua quis promisit se, heredemque suum, Lucio Titio, heredique ejus quotannis donaturum 30. non adjecto tempore vitæ donatoris, vel donatarii. Et in priori casu, cum quis donandi causa promisit 30. annua in tempus vitæ, etiam erit idem in omni stipulatione concepta in annos singulos, quoad vivet promissor, vel quoad vivet stipulator: quia non intelligitur una esse stipulatio, sed plures: sicut si legetur in annos singulos, non unum, sed plura legata esse intelliguntur, *l.4. de ann. leg.* quia etiamsi dictum non sit, legatum annuum semper intelligitur relinqui in tempus vitæ legatarii, nisi ei relictum sit nominatim, & heredibus ejus, ut *in l.in annalibus, sup.de legat.* quo casu idem jus est legati, ut sit unum scilicet, & stipulationis, cui non est adjectum tempus vitæ. Et hæc de lege tricesima quarta.

Ad L.XXXV. Si quis argentum *donaverit, certumque pondus nominaverit, non autem alias, vel generaliter, vel specialiter expresserit: necessitatem ei imponimus omnimodo præfatum pondus argenti dare, sive in vasis, quibus voluerit, non tamen pejoribus æstimatione massæ, sive in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi in illis locis frequentata est.*

Ad §.Si vero reditum *certum ex possessionibus donaverit; non tamen nomina possessionum edixerit: necesse habere de sua substantia fundos tradere, tantum reditum inferre valentes, quantum in donatione posuerit: in talibus tamen agris, qui nec omnibus, quos habet in possessione, anteponuntur: nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inveniuntur.*

Ad §.Similique modo, *si quis certum numerum servorum donaverit, non tamen & hic nominatim servos inscripserit: & hic mediocris figuræ servos tradere, & neque tales, quos non habere magis, quam habere prodest: nec iterum eos, qui omnem servorum familiam donatoris antecellunt, sed & hic mediocritas spectetur.*

Ad §.Sin autem donator, *neque argentum, neque servos habens, vel non tantum, quantum donavit, fecerit eorum donationem: æstimationem in his celebrari pro eo, quod deest: ita tamen, ut argenti quidem (secundum quod prædiximus) æstimatio detur: in servis autem non amplius, nec minus quindecim solidis quantitas pro singulis detur. In reditibus autem in quindecim annos æstimationem præstet. Sed in his omnibus, siquidem intra legitimum numerum donatio fiat, nulla monimenta requirantur. Sin autem amplioris summæ; tunc ad acta publica recurratur: ita ut in his, quæ amplioris sunt æstimationis, secundum nostram legem non totum, sed solum superfluum evanescat.*

Ad §.Sed & si quis universitatis *faciat donationem, sive bessis, sive dimidiæ partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcunque, vel etiam totius, si non de inofficiosis donationibus ratio in hoc reclamaverit, coarctari donatorem legis nostræ auctoritate tantum, quantum donavit, præstare: observatione & hic monumentorum (secundum quod jam sancimus) omnimodo requirenda, &c.*

IN l. tricesima quinta primum tractatur de eo, qui donandi causa promisit, exempli gratia, *decem pondo auri, vel argenti*, nec alias expressit quidquam generaliter, vel specialiter: generaliter hoc modo: *vasa decem pondo argenti*. Specialiter hoc modo: *lancem decem pondo argenti*. Nil ita expressit generaliter, vel specialiter, sed promisit simpliciter decem pondo argenti. Quæritur, quid præstare teneatur? Et docet Justinianus eum liberari præstando pondus illud confectum in massam, vel vasa ejusdem ponderis, & pretii, vel massæ communis æstimationem in pecunia numerata. Et ita pro pondere promisso eum numerum exsolvere posse, etiam invito donatario: pondus, & numerum vice mutua fungi. Hæc est sententia legis, cui ideo objicitur, quod jactatur vulgo, *aliud pro alio solvi non posse invito creditore*. Et respondent glossæ hoc fieri in donationibus, favore donationis, atque etiam in legatis favore ultimarum voluntatum. Nihil ista opus est allegatione favoris liberalitatum. Sed dicendum est, donato, vel legato certo pondere argenti, non designato corpore ullo, generaliter, vel specialiter, sed hoc dicto duntaxat, *Dono, vel lego decem pondo auri Lucio Titio*, hoc casu videri legatam æstimationem, videri in legato esse magis quantitatem, & numerum, quam corpus ullum, denique videri legatam pecuniam. Inde sequitur, eum, qui solvit pecuniam, quanti communiter æstimantur decem pondo auri, non solvere aliud pro alio, *l.cum aurum, §.1. & l.1. in fi. & l.10. D.de aur. & arg. leg.* At si corpus designatum sit generaliter hoc modo: *vasa decem pondo auri*, vel specialiter, *scyphum decem pondo auri*, invito donatario, vel legatario, pro vasis, aut scypho non potest solvi pecunia, quia certum corpus, vel incertum, puta generaliter designatum est. Et eadem est ratio in mutuo, si quis crediderit alteri rudem massam auri, vel argenti, bolum auri, vel argenti, quoniam dedit certum corpus, pro quo debitor invito creditore non potest solvere pecuniam, sed debet reddere massam ejusdem ponderis, non eandem quidem, sed aliam ejusdem pon-

deris, quis intereesſit certum corpus. At, ut recte ponit hæc lex, eum nullum corpus deſignatum eſt, nec generaliter, nec ſpecialiter, ſed donata ſunt *decem pondo auri*, magis quantitas donata videtur, & licet donatori defungi ſolutione pecuniæ numeratæ, quanti vulgo æſtimantur decem pondo argenti. Et ſequitur ſimile quiddam in hac lege, ſi quis *reditum certum donaverit ex poſſeſſionibus*, puta decem modios frumenti annuos, nec deſignaverit ex quibus poſſeſſionibus, eum teneri tradere poſſeſſiones, ex quibus quotannis hic reditus redigi, & effici poſſit, non quidem optimas, nec peſſimas, ſed mediocres: ſicut cum generaliter promiſi ſervos mediocres, dando liberabor: ſicut cum legati ſunt ſervi tres generaliter, vel ſervus unus generaliter, neque optimum præſtabit heres, neque peſſimum legatarius accipere compelletur, ſed præſtandus medii generis ſervus, ſervanda eſt in ea re mediocritas, *l. legato, D. de leg.*1. Et hoc ſi non deſignaverit poſſeſſiones, ex quibus ille reditus colligeretur: ſed ſi deſignaverit donator, eas ipſas tradere tenetur, non favore liberalitatis, ut gloſſa notat (raro enim favent jura donationibus) ſed quia cum voluerit donatarium per ſe eum reditum percipere, non accipere de manu ſua, neceſſe eſt ei tradi poſſeſſiones, ex quibus per ſe reficiat, recolligatque eum reditum, quod & hic recte notat Joannes Faber. Poſtremo quærit Juſtinianus, quid ſit dicendum, ſi is, qui argentum infectum *qui n'eſt point monoyè*, non habet, vel ſervos, vel fundos, donaverit certum pondus argenti, vel ſervos aliquot, vel reditus certos ex ſuis fundis? Et *ſi certum pondus argenti*, hoc jam eſt explicatum, præſtari debere æſtimationem communem ejus ponderis: id eſt, maſſæ tanti ponderis, ſi ſervos aliquot promiſerit donandi animo, nec ullos habeat, præſtare debet donatario, non quanti communiter ſervi æſtimari ſolent (communis æſtimatio eſt viginti aureorum, *l.2. ſup. de fideicommiſſ. libert. l. Papinianus, §. ult. & l. ſeq. D. de inoffic. teſtamento*) ſed ſervanda etiam hic eſt mediocritas, ut præſtet donatario pro ſingulis ſervis, non 20. ſed quindecim aureos. Quod ſi *reditus promiſerit ex fundis*, qui nullos habet, liberabitur præſtando æſtimationem 15. annorum, id eſt, quanti ſunt reditus 15. annorum, qui refici poſſunt ex fundo aliquo mediocri pretii, & proventus mediocris. Quod ſi quis donavit *omnia ſua bona*, vel *partem dimidiam*, *aut tertiam*, omnimodo debet implere donationem, adhibita inſinuatione, abrogato jure veteri, quo donatio omnium bonorum, vel partis, alias ſolemnitates deſiderabat: hodie donatio omnium bonorum, vel partis inſinuata omnimodo valet, nec poteſt reſcindi ulla ex parte, niſi (ut ait *§. ſed & ſi quis*) inofficioſa fuerit, id eſt, niſi minuat, vel abſumat liberis donatoris portionem legitimam: Nam, quæ hoc facit donatio, eſt inofficioſa, & reſcinditur non in totum, ut oſtenditur *tit. de inoffic. donat.* ſed pro modo legitimæ portionis tantum. Addendum eſt ad *leg. ſi quis argentum*, quod non memini exponere nudius tertius, ait Juſtinianus in hac *leg. §. ſin autem*, ſi donator *certum pondus argenti* donaverit, qui argentum non habet, donatario deberi æſtimationem, quia magis quantitas donata videtur, *l. cum aurum, §.1. D. de aur. & arg. leg.* magis, inquam, quantitas donata videtur, quam ullum corpus, quod etiam nullum deſignatum eſt certum, vel incertum. Sin antem donaverit *ſervos aliquot*, qui ſervos non habet, quia & hic, cum non habeat ſervos, pretium ſervorum donaſſe videtur, id debebitur donatario, ſeu ſtipulatori uſque ad aureos 15. pro ſingulis. Itaque debebitur pretium ſervorum non quanto maximo, vel quanto minimo comparari poſſunt optimi ſervi, vel peſſimi, ſed quanto poſſunt comparari homines medii actus, medii generis, ut ſervetur in ambiguo mediocritatis ratio. Non loquitur Juſtinianus de eo, qui fundos donavit, aut ſe donaturum promiſit, cum non haberet fundos, quia ea donatio eſſet inutilis ad ſimilitudinem legati, & ſtipulationis, ut *l. cum poſt divortium, §. generaliter, D. de jure dot. l. ita ſtipulatus, D. de verborum obligation. l. ſi domus, D. de legat.*1. Et ratio differentiæ inter fundum, & ſervum hæc eſt, quia ſervi hominis, cujus finitionem natura fecit, quæ neque minui, neque commentis noſtris ad exiguum deduci poteſt: poteſt iniri certa æſtimatio, quæ præſtetur donatario, licet donator nullum ſervum habeat. At fundi non poteſt iniri certa æſtimatio, quia fundus non natura, ſed deſtinatione, & arbitrio noſtro finitur, *l. quod in verum, §.1. D. de leg.*2. & præſtatio fundi poteſt extenuari uſque ad deridiculum. Nam ut ſcribit Marcus Tullius

Fundum Varro vocat, quem poſſis mittere funda,
Ni tamen exciderit qua cava funda patet:
Extractam puteo ſitulam cum ponis in horto,
Ulterius ſtandi non habet iſte locum.

Ille ſcilicet fundus. Nam illi verſus ita ſunt conjungendi. Et bene Græci ad *leg.1. ſup. de dot. prom.* dotis promiſſionem eſſe inutilem, ſi neque dicta ſit quantitas, neque ſpecies certa, ſed dos promiſſa ſimpliciter, quia promiſſor viliſſimæ rei præſtatione in vicem dotis defungi poteſt, quod eſſet ridiculum. Recte igitur Juſtinianus in hoc *§. ſin autem*, non poſuit fundos donaſſe eum, qui non habuit, quæ donatio eſſet ridicula, ſed donaſſe certos reditus annuos eum, qui fundos non habet, quæ donatio valet, quia magis conſiſtit in quantitate, quam in corpore ullo. Et ideo donatario debetur æſtimatio reditus, qui refici poteſt ex fundo medii generis, non quidem per multos annos, ſed per quindecim tantum, quæ Juſtiniano viſa eſt ratio mediocritatis melior. Id etiam valde notandum eſt, quod & notavi nudiuſtertius, ſed non dilatavi ex *§. ſed & ſi quis*, donationem omnium bonorum valere, eſt apertiſſimus in eam rem, quæ modo non ſit inofficioſa, id eſt, quæ non fraudet liberos donatoris portione legitima, & quæ modo ſit inſinuata: Nam vix ulla eſt donatio omnium bonorum, quæ non excedat modum legitimum, & inſinuanda eſt donatio, ubi ea celebratur, ut ſupra diximus, *l. lata, in fi. l. in hac, hoc tit.* non etiam, ubi bona ſunt collocata jure noſtro: Nam, ne hoc ignoretis, ex conſtitutionibus regum noſtrorum noviſſimorum, donatio inſinuanda eſt, ubi bona ſunt collocata: Et non ibi tantum, ſed etiam, ubi domicilium habet donator, & donatarius. Et ad hæc ſi quis quærat, an etiam valeat donatio futurorum bonorum, hoc eſt, an omnino valeat donatio omnium bonorum præſentium, & futurorum? dicam, ſi donatio perficitur nudo conſenſu, vel ſtipulatione, ut voluit Juſtinianus in hac lege, proculdubio etiam futurorum bonorum donatio valet: ſicut pignus nudo conſenſu conſtituitur omnium bonorum præſentium, & futurorum, *l. ult. ſup. de remiſſ. pignoris, l. ult. ſup. quæ res pignor. oblig. poſſunt.* Et ſi perficitur ſtipulatione, certum eſt res futuras recte deduci in ſtipulatum, *l. interdum, D. de verb. oblig.* Et res futuræ etiam poſſunt legari, quod genus donationis eſt, *l. etiam ea, D. de leg.* 3. At ſi donatio perficitur traditione corporali, ut voluit Conſtantinus, & veteres voluerunt, ut uſus magis probat, evidentiſſimum eſt, non conſiſtere donationem rerum futurarum, quia rerum, quæ nondum ſunt, nulla fieri poteſt traditio, neque tamen ex eo ſequitur, quod voluit Nicolaus Valla Senator Pariſienſis, omnino inutilem eſſe donationem bonorum præſentium, & futurorum: quod futurorum, quæ eſt inutilis, importet contagionem donationi præſentium, quæ per ſe eſt utilis, conjuncta cum donatione futurorum, redditur inutilis. Male, quia in donatione jam illud eſt abſolutum, & iteratum ſæpius, in conſtitutionibus Juſtiniani poſitis ſub hoc tit. Et in Novella 162. utilem partem donationis non vitiari per inutilem, *l. ſancimus, §. 1. hujus tit.* Et abutuntur etiam, qui putant, non eſſe probandam donationem omnium bonorum, calumnioſe in eam rem, *l. ſi libertus, §. pen. D. de jure patronat.* ex eo loco hunc tantum decerpentes verſum,

ſum, *Omnium rerum alienationem nullius eſſe momenti*, A & ex eo efficientes, *Omnium rerum donationem nullius eſſe momenti*. Recte quidem, ſi ſolus hic verſus extaret, nec penderet ex ſuperioribus, quæ docent, quam in rem, quem in ſenſum ille verſus ſit accipiendus, quia ſcilicet loquitur de alienatione omnium rerum, quæ fit in fraudem legis Papiæ, in fraudem juris patronatus, ut pauperior fiat libertus, ut minus ex bonis liberti redeat ad patronum jure patronatus. Hoc vero, quis non videt, donationem, & quamcumque alienationem factam in fraudem legis, nullius eſſe momenti. Ac præterea non ponitur eo loco libertus alienaſſe univerſum patrimonium ſuum, ſed plures res, quas omnes dicit revocari, quoniam omnium illarum alienatio nullius momenti eſt.



B

AD TITULUM LIV.

DE DONATIONIBUS, QUÆ SUB MODO, VEL CONDITIONE, VEL EX CERTO TEMPORE CONFICIUNTUR.

DONATIO ſub modo ita fit, *dono tibi fundum illum, ut me alas, & exhibeas*, *l.1. hoc tit.* Donatio ſub conditione ita fit, *dono tibi fundum illum, ſi te pater tuus emancipaverit*, ut *l.* 5. Donatio ex certo tempore ita fit, *dono tibi fundum illum, eo pacto, eaque lege, ut poſt quinquennium proprietas ejus ad me redeat*, *l.* 3. vel, *ut poſt quinquennium redeat ad Lucium Titium, cui ex illo tempore illum fundum largior, & dono*, *d. l.* 3. Et imponuntur hæ leges, conditiones C pactiones à donatore ſolo, & à donatario, vel recipiuntur, ſi gratæ ſunt, vel rejiciuntur, ſi diſpliceant, *l.25.ſup. de donat.* & imponuntur initio perficiundæ, vel implendæ donationis: nam conſummata, & perfecta donatione à donatore, quæ imponuntur, nullius momenti ſunt, & nil attinet donatarii eas excutere, ut vel recipiat, vel rejiciat, quia ſero, & inutiliter res alienæ imponuntur à non domino. Et ita eſt explicanda *l.* 4. *hujus tit.* At initio perficiundæ donationis, ſi donationi lex dicta ſit, & impoſitus modus aliquis, & receptus à donatario; eo modo non impleto à donatario, donatori competit condictio ob rem dati re non ſequuta, quia donatarius non implevit modum, ſive legem dictam donationi, *l.* 2. 6. *&* 8. *ſup. de condict. ob cauſ. dat. l. ult. tit.ſequ.* vel etiam donatori competit actio præſcriptis D verbis, quanti ſua intereſt modum impleri donationi impoſitum, ut *l.* 9. *&* 22. *ſup.tit.prox.* Ergo ex pacto donationi appoſito incontinenti, ut ait *l.22.* naſcitur actio præſcriptis verbis, ſcilicet ſi donationi mixtum ſit negotium ſimile contractui bonæ fidei, veluti *dono tibi illam rem, ut me ære alieno liberes*: Nam ſi ſit vera, & ſimplex donatio, & paciſcar incontinenti, verbi gratia, *ut donator mihi teneatur de evictione*, ex pacto illo nulla naſcitur actio, *l.2.ſup.de evict.* Verum ut diximus, modum donationi impoſitum non implente donatario (modus contrahit, conditio ſuſpendit) modum, inquam, non implente donatario, donatori competit, vel condictio ob rem dati, vel actio præſcriptis verbis; an etiam competit ei vindicatio rei donatæ, quod donatarius non pareat donationis legi? Minime, quia deſiit E eſſe dominus ejus rei. Et tamen in *l.1.hoc tit.* ratione neglecti modi, vel neglectæ legis dictæ donationi, donatori datur vindicatio rei donatæ: ſed caſus legis 1. eſt ſingularis, & ſpecialis in cauſa alimentorum, quod evidenter demonſtrant hæc verba in *l.* 1. quæ ter inculcantur: *in hoc caſu*, inquit, non ergo in omni, ſed in hoc tantum caſu. Et caſus hic eſt cauſa alimentorum, nempe talis. *Donavi tibi res illas, ea lege, ut mihi certa alimenta præberes*: non præbes: mihi datur non tantum condictio ob rem dati, vel actio præſcriptis verbis, quæ donatori competit omni caſu ex cauſa ſimili non impleti modi, ſed in hoc caſu datur etiam mihi, quoniam agitur de alimentis mihi præbendis ex lege donationis, vindicatio rei donatæ, non quidem directa, ſed utilis; id eſt, reſciſſoria, & reſtitutoria, per quam, dominium reſtituitur: per directam vindicationem dominium adſeritur, & petitur, per utilem reſtituitur: actio fictitia, in qua fingo non donaſſe, qui donavi. Nec eſt novum, ut ex una, eademque cauſa eidem deferatur vindicatio, & condictio: vindicatio, ut domino: condictio, ut non domino, ut ſit in ejus poteſtate, cui utraque actio defertur, qua velit uti. Nam & idem evenit in *l.ob res amotas, D. rer. amot. l. 1.ſup.comm. de legat.l.in rebus, ſup. de jure dot.* Et hæc de donatione ſub modo. De donatione ſub conditione eſt *l. ult. hujus tit.* Mater donavit filiæ aliquid ſub conditione, *ſi intra biennium à patre emanciparetur*: filia, inquit, hæc voluntate matris ſui juris effecta, non tenuit, id eſt, non obtinuit à patre, ut emanciparetur, ſicut voluit mater: tenere cauſam, eſt obtinere. Ergo non eſt facta ſui juris per emancipationem, ſed morte patris, an perveniet ad res donatas? ſic videtur: quia nil refert quomodo ſui juris fiat, quia ſpectandum, qua fine mater adſcripſerit conditionem emancipationis. Qua vero alia, niſi ut res donatæ non adquirerentur patri, quod aſſequitur mater, quoquomodo filia ſui juris fiat? Et ſæpe legitur hæc conditio adſcribi ab iis, qui nolunt patribus adquiri, quod dant filiisfamil. ut *l. duos, l.avia, D.de condit. & demonſtrat. l.mater, §.* 1. *D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. l.pen. D. und. lib. l. Divi, D. de jure codicill. l.3. §. ſi heres, de minor. l.filiis, ſup. de inoffic.teſtam. l.3. ſup.de inſtit. & ſub.* Svetonius in Vitellio: *filiam heredem inſtitutam ſub conditione, ſi exiiſſet patris poteſtate manu emiſit.* De donationibus ex certo tempore, eſt *l.* 2. *&* 3. *h.* tit. Et (*ex certo tempore*) ſic accipio, ut in *l.25. ſup. de donat.* vel ad certum tempus, & ſubaudio (*aut ex incerto tempore*, vel *ad incertum tempus*, *ex l.2. h. tit.*) Igitur recte fit donatio ad tempus certum, vel incertum, non quidem ipſo jure, quia tempus non eſt legitimus modus auferendi dominii ſemel adquiſiti, ſed recte fit poteſtate conventionis, quoniam res eſt donata ea lege, ut ejus proprietas reſtitueretur poſt tempus. Idemque fit in legatis remedio cautionis, *l. ult. ſup. de legat.* Ad tempus incertum fit, ſi ea lege fiat, ut poſt mortem donatarii proprietas rei redeat ad donatorem, ut in *l.* 2. *h. tit.l.Seja, D. de mort.cauſa don.* Ad certum tempus fit, ſi hoc actum ſit, ut poſt quinquennium proprietas redeat ad donatorem, vel etiam, ut in ſpecie *l.* 3. ut proprietas redeat ad Lucium Titium. In ſpecie *l.* 3. eſt jus ſingulare, ſicut in ſpecie *l.1.* Et ſpecies, quæ vulgo male ponitur, ita ponenda eſt: Mulier donavit fundum Titio ea lege, ut poſt quinquennium eum reſtitueret Marcellæ, ad quam *lex* 3. ſcripta eſt, ſorori donatoris, cui donator eum fundum donatum volebat poſt quinquennium: & ita Titio eum donavit ad tempus, Marcellæ ex tempore. Quæritur an poſt quinquennium Marcellæ ulla competat actio ejus fundi obtinendi gratia? Lex diſtinguit inter jus vetus, & jus novum. Jure veteri, ſi ſtipulata de Titio Marcella non ſit ſibi fundum reſtitui poſt quinquennium, nulla ei competit actio, quia alteri lex dicta eſt in donando inutiliter, *l. quo tutela, §. ult.D. de reg.jur.* Nemo paciſcitur, ſtipulatur, vel legem dicit alteri utiliter, ut ex ea lege alteri poſſit competere actio, qui non eſt ſtipulatus. Ergo in hac ſpecie jure veteri Marcellæ nulla competit actio, ſi ſtipulata non ſit. At jure novo, id eſt, ex conſtitutionibus Divorum Principum, & puto intelligi Divos fratres, ut in *l.1.*Divi Principes, id eſt, Divi fratres, Antoninus, & Verus: Ex nova illa conſtitutione Marcellæ competit utilis actio. Quæritur, cur detur ei *utilis actio* contra jus vetus, à quo ne diſcedat, omnino etiam conſtitutio dat non directam, ſed utilem actionem. Quæro cur det utilem actionem, cum lex donationi dicta, alteri nullam pariat actionem, *l.22. ſup. de don.* Et rurſus quæritur, quæ nam ea actio ſit. Et utrumque (ſi bene rem attendamus) hoc explicat *l.3.*primum his verbis, *juxta donatoris voluntatem, qui ſcilicet voluit rem ſorori ſuæ donare, & vero donavit poſt quinquennium, & vel præſens, vel abſens ſoror patefactam*

sibi eam voluntatem agnovit. Datur ergo ei actio utilis, quia ei res est donata ex tempore. Alterum autem, quod quæritur, quænam ea sit actio, eadem lex explicat, dum ait: *Marcellæ accommodari*. Et notandum passim in libris nostris, quod dicitur proprie, & semper actio utilis accommodari, & inflecti quodammodo, utiles dicuntur accommodari, non directæ. Dum ait: *Marcellæ accommodari actionem, quæ sorori suæ*, id est, donatori, *si viveret competebat*. Competebat autem viventi ob non impletam legem donationis, condictio ob rem dati, & actio præscriptis verbis. Ergo hæc etiam actio Marcellæ accommodabitur. Nec male in hunc locum Theodorus, & Eudoxios in libris Basilicon, *utilem actionem*, id est, *præscriptis verbis*, inquiunt, sed vellem addidissent, *aut utilem condictionem ob rem dati*, quæ etiam donatori competebat. Vellem etiam aliter speciem, tum ipsi, tum etiam Latini adfinxissent ad hanc legem. Sic vero in *l.penult. sup. ad exhib.* si rem tuam, vel quam tibi donavi (*quid interest?*) deposui apud Titium ea lege, ut tibi redderetur, tibi datur utilis actio, non alia, quam quæ mihi competeret, si viverem, nimirum actio depositi, ut aperte scriptum est *in d.l.pen.*



AD TITULUM LV.

DE REVOCANDIS DONATIONIBUS.

IN hoc titulo proponitur *actio ingrati*, cujus respectu institutus est hic tractatus *de donat.* ut scilicet actioni ingrati (per quam beneficium emancipationis rescinditur, de qua actum est paulo prius in tit. *de ingratis liberis*) adjungeretur alia actio ingrati, per quam donatio jure perfecta, retractatur, & rescinditur. Rescinditur autem ex causis ingratitudinis in judicio comprobatis, *l.pen. h. tit.* & ex eis tantum causis ingratitudinis, quæ enumerantur in *l.ult. h. tit.* superiore titulo proximo, proposita est una causa revocandæ donationis, si donatarius non pareat conditioni donationis, vel legi, quam donator rebus suis in donando dixit, quæ causa etiam inculcatur in *l.ult.* ob quam, ut heri diximus, donatori competit condictio ob rem dati, re non sequuta. In hoc titulo proponitur alia causa revocandæ donationis, si ingratus, & impius valde fuerit donatarius adversus donatorem, ut definit *l.ult.* ob quam causam donatori competit actio ingrati revocandæ donationis gratia. Actio est personalis, *l.7.hoc tit.* & perpetua, *l.1. in princ. h.tit.* quæ tamen heredi donatoris, vel in heredem donatarii ingrati non datur, *l.1. 7. & ult. h.tit.* Et ratio hæc est, ut non detur heredi, vel in heredem, quia vindictæ potius, quam pecuniæ persecutionem habet, & in *l.7. hujus tit.* quod nostri non intellexerunt, hanc actionem ingrati esse personalem, & ita esse personalem, ut nec detur heredi, vel in heredem, atque ita ut vindicationis tantum effectum habeat, hoc est, non actionis in rem, sed vindictæ, & ultionis: quæ ratio etiam efficit, ut actio de moribus, quæ vindictam persequitur, & ultionem potissimum, neque detur heredi, neque in heredem, *l. rei judicatæ, §. 1. D.solut.mat. l.1.C.Theod. de dot.* Et similiter, ut actio etiam injuriarum non detur heredi, & in heredem, si non fuerit contestata à defuncto, vel in defunctum, quia actio injuriarum etiam vindictam potius, quam pecuniam persequitur, *l.2. §.emancipatus, D.de coll.bon. l.si eum, §.injuriarum, D.si quis caut.* Et eleganter Valent. in *Novella de libert. & success. eorum: Eum, qui agit injuriarum, agere causam doloris*, quod est persequi vindictam: & M. Tull. pro Cæcinna: *Eum, qui agit injuriarum, dolorem judicio, pœnaque mitigare*. Eademque est ratio querelæ inofficiosi testamenti, quæ datur liberis, aut parentibus injuria affectis per exheredationem, quæ etiam non præparata, aut non contestata, nec heredi datur: in heredem datur, sed heredi non datur, nisi post litis contestationem, & præparationem, atque adeo non intelligitur esse in bonis nostris querela inofficiosi testamenti ante litem contestatam, *l.1. §.sed si puta, D. si quid in fraud. patr.* Hæc querela hoc tantum distat ab aliis, quas ante commemoravi, quod aliæ dicantur persequi vindictam, querela inofficiosi testamenti, & vindictam persequatur, & hereditatem. Datur autem hæc actio cuilibet donatori, vel patrono, vel parenti cujuscunque sexus, vel cuilibet extraneo donatori, non tamen matri propudiose, & luxuriose viventi: nec matri transeunti ad secundas nuptias, spretis liberis primarum, quibus quid ante donaverit, quod eis, si iterum nubat, eripere non potest prætextu ingratitudinis, *l.7. hoc tit.* nisi ex causis gravissimis, & compertissimis notatis in *Novella de nupt.*

Illud etiam notandum, per hanc actionem ingrati, revocari tantum ea, quæ ingratus donatarius tunc tenet, & possidet ex bonis donatis, cum agitur ingrati, non etiam ea, quæ priusquam ingratitudinis argueretur, desiit possidere, & vendidit, vel donavit, vel permutavit, vel in dotem dedit, qua in re est singularis *d. lex 7. h.tit.* Porro huic causæ revocandæ donationis in *h.tit.* additur alia in *l.si unquam*, lex est 8. nomine, & usu celeberrima, & vexata à duobus Senatoribus curiæ Parisiensis, Andrea Tiraquello, qui in hanc legem ex professo scripsit, & Nicolao Valla *libro de rebus dubiis*: quo ingenio nolo dicere. Proponitur in hac *l.8.* hæc revocandæ donationis causa, si ei, qui donavit omnia sua bona, vel partem bonorum, cum non haberet liberos, postea agnascantur liberi. Et proponitur patronus donasse liberto. Solebant se liberti, & patroni mutuis donis afficere, ut ostendit *lex si vero, §.inde Papinianus, D.mand.* & legitur in Comœdiis. Proponitur, inquam, in hac lege patronus liberis orbus, liberto donasse omnia sua bona, vel partem tertiam bonorum, vel dimidiam. Sed idem arbitror esse dicendum, & magna pars interpretum idem opinatur, si libertus similiter patrono donaverit, vel si quis alius cognato, vel amico suo, ut scilicet ea donatio revocetur, donatori supervenientibus liberis. Tentat tamen Accursius, tentant etiam alii quidam, definitioni hujus legis tantum locum esse in suo casu, cum patronus liberto donavit, quasi non, quod ita proponitur in hac lege, id veniat ex facto, de quo fuit consultus Imperator; non quod non sit idem dicendum in aliis personis: maxime, quia ratio, propter quam patrono datur rescissio donationis, valet etiam in cæteris personis omnibus, qui omnia bona, aut partem bonorum donaverint, cum non haberent liberos. Ratio enim hujus legis posita est in conjectura pietatis paternæ. Et eadem igitur est hujus legis ratio, quæ *l.cum avus, D.de condit. & demonstrat. l.cum acutissimi, sup. de fideicommiss. l.generaliter, §.cum autem, sup. de instit. & substit.* quia scilicet verisimile est, orbum, qui donavit omnia bona sua, vel partem, cum non haberet liberos, donaturum non fuisse, si de liberis cogitasset, aut de uxore ducenda. Pono à cœlibe, & orbo donationem factam. Verisimile est, eum liberos suos anteponere extraneis, quæ conjectura pietatis facit, ut possis vere dicere, huic donationi, quam orbus fecit, inesse tacitam conditionem, *si liberos non habuerit*. Quare etiam vere dices, postea susceptis liberis, ex ea causa dari ei *condictionem ob rem dati, re non sequuta*, non donationem rescindi ipso jure ex hac causa, quod est falsum, sed per condictionem ob rem dati, re non sequuta, quasi defecta conditione donationis, quæ tacite inerat, *si liberos non habuerit*. Hæc est ratio legis, quæ cum locum habeat, non tantum in patronis donantibus suis libertis, sed etiam in omnibus donatoribus, idem ergo jus statuamus in omnibus: ubi ratio diversitatis non est, sed eadem occurrit ratio, idem jus statuendum est, *l.3. §.1. D.de injusto, rupt. irrito facto test.* An eodem modo, eodemque exemplo, quod dicitur de liberto in *l.cum tale, §.1. D.de condit. & demonstrat.* non trahemus etiam ad alium, ut etiam Accursius voluit illo loco, videamus. Ait lex illa, si liberto legaverit patronus sub conditione *si à liberis patroni non discesserit; si morietur cum liberis pa-*

troni,

troni, semper eum libertum posse pervenire ad legatum, oblata veluti Mutiana eautione, cujus inventor est Q.Mutius, qna caveat se nunquam à liberis patroni discessurum, licet ea conditio possit impleri vivo legatario morte liberorum patroni, & non soleat esutio Mutiana præstari, nisi in iis conditionibus, quæ expleri vivo legatario non possunt: & tamen placet præstari illo casu, licet ea conditio possit expleri vivo legatario morte liberorum pataroni, quia, ut ait, periculosum est, & triste, liberturn conjunctum patroni liberis, eorundem mortem exspectare. An igitur qnod de liberto, idem non dicemus in extraneo, cui legatum sit, sub eadem conditione. Quidni vero? Cum & hic sit conjunctus testatoris liberis, & connexus jure hospitii, jure convictus, consuetudinis, & familiaritatis, imposita tali conditione, non minus, quam libertus, nisi quod hic aliquanto est conjunctior, quia est ex eadem familia, id est, ex eodem nomine, habet enim nomen patroni. Qua de causa in constitutione Græca Justiniani *de jure patron.* dicuntur patroni libertis videri *συγγενεῖς*, id est, cognati. Et facit etiam ad eam rem *l. Paulus respondit, ff. de fideicomm. libertat.* Et similiter, an etiam quod ait *l.1. hoc tit.* patronum videri donasse liberto ea, quæ sua pecunia comparavit nomine liberti: an hoc, inquam, dicemus locum tantum habere in patrono, & liberto, non in aliis personis, ut & Accurs. notat. sed refellitur ex *l.filiæ, sup. famil. ercisc. & l.cum hic status, §.1. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quæ leges generaliter nullam esse statuunt differentiam inter donare, & emere sna pecunia nomine alterius cujuscunque. Sic igitur statuo, & hanc legem *si unquam*, pertinere ad quemcumque donatorem, qui cum non haberet liberos, bona sua omnia, vel partem alii cuicunque donavit, ut postea susceptis liberis donationem revocare possit io solidum, donationem totam, ut ait lex, quasi defecta conditione tacita, quæ ex conjectura pietatis donationi inest, si liberos non habuerit: & revocare (ut dixi ante) per condictionem ob rem dati re non secuta, quæ etiam dabitur ejus heredibus, ut *l.3. sup. tit. prox.* Ergo & liberis, quos postea suscepit, si ei heredes extiterint jore hereditario, non proprio, quia jure proprio immodicam donationem à parente factam, non revocant in solidum, sed pro modo tantum legitimæ portionis, ut docent Constitutiones *tit. de inofficios. donat.* Ex quo sequitur, quod notandum, patrem, cui soli competit solidæ donationis revocatio, beneficio hujus legis posse renuntiare, quia lex beneficium dat patri soli, eidemque donatori, non liberis, non liberorum favore: sed quod tacite intelligatur ea fuisse conditio donationis. Patri igitur soli, vel heredi ejus, non etiam non heredi, vel filiis non heredibus in solidum. Si beneficium hujus legis datur patri, necessario sequitur, patrem posse eo beneficio non oti, aut ei in donando nominatim renuntiare, puta lege dicta, ut nec susceptis postea liberis, revocet donationem, secundum generalem definitionem *l. si quis in conscribendo, sup. de pact.* Et hoc, quod ita constituitur in hac *l.* invenio, & leges Longobardorum probare duobus locis. Sed olim, hoc est, ante hanc constitutionem hoc non obtinuisse, ut revocaretur donatio immensa, quam orbus fecisset, postea procreatis liberis, indicat ex D. Augustino *can. ult. 17. quæst. 4.* quo loco ponit eandem speciem: quendam non habentem liberos bona sua donasse Ecclesiæ Carthaginiensi, & postea natos ei fuisse liberos, nec opinanti Aurelium Episcopum ei bona reddidisse, quæ, inquit, non tenebatur reddere jure fori, inquit, sed jure cœli: nam vulgo male legitur, *jure poli* Augustinus solet semper dicere, jure cœli, ut in sermone secundo de tempore: *Concubinas habere licere jure fori, non jure cœli.* Et recte notatur ille canon esse ex sermone Divi Augustini *de vita cleric.* quem sermonem cum non inveniret, aut non posset invenire, qui ex professo in hanc legem scripsit, notat, *non exstare illum locum inter opera Augustini*, cum tamen exstet. Et idem etiam, cum legisset Syrach auctorem citari in Melissa Antonii Monachi, dixit, *Se nescire quis esset ille auctor.* Nescire igitur, se libros Sacræ Bibliæ, inter quos est liber Sapientiæ Jesus filii Syrach, qui & Ecclesiasticus dicitur, & *πανάρετος*. Verum ad rem, quod olim non obtinuit, introduxit hæc constitutio, quæ loquitur de donatore, qui liberos non habuit tempore donationis. Unde quæro, *quid sit dicendum, si liberos habuerit, qui donavit omnia sua bona, vel maximam partem.* Ipse quidem non potest revocare, nec si postea suscipiat liberos, quia semel prætulit extraneum liberis, & ita nobis abstulit causam faciendæ conjecturæ pietatis. Ergo ipse, qui habens liberos donavit, etiamsi postea alios procreaverit, non revocabit donationem, quia donatio revocatur ex conjectura pietatis, quæ in eo nulla est. Liberi quoque, qui tempore donationis erant superstites, vel post donationem suscepti, non habent actionem, qua eam donationem rescindant in totum, *ut vult hæc lex in suo casu.* Sed si ea donatio liberis auferat, vel minuat legitimam portionem, quæ inofficiosa donatio dicitur, sive fuerit collata in extraneum, sive in unum ex liberis, eam liberi, quibus fraus facta est, rescindunt per querelam inofficiosæ donationis, non in totum, sed pro modo portionis legitimæ, id est, quantum sufficit conficiendæ portioni legitimæ debitæ liberis. Et hoc ostenditur in *l. si mater, & l. si totas*, & cæteris fere omnibus *tit. de inoffic. donation. sup.* & in *l. si totas facultates tuas*, inquit, *per donationes vacuefecisti*, ut recte quidam legunt, non *vacuas*, ut *l.25. Cod. Theodosian. de decurionibus, curias vacuefactas.* Et sic Latini loquuti sunt. Eodem pertinet *l.Titia, §. Imper. ff. de legat.2.* quæ dicit, hanc querelam inofficiosæ donat. esse ex constitutione Alexandri. Eodem etiam pertinet *Novell.92. de inofficios. donat.* Et inde exoritur magna differentia inter querelam inofficiosi testamenti, & inofficiosæ donationis: Nam querela inofficiosi tellsmenti rescindit totum testamentum, quod est verissimum, & testatorem intestatum facit: querela inofficiosæ donationis rescindit tantum, quod deest portinni legitimæ liberorum. Et ratio differentiæ est, quia liberaliores sunt, qui moriuntur, & ideo leges minus permittunt morientibus, quam viventibus. Argumento est lex Furia Caninia, quæ inter vivos manumittere permittit totam familiam: testamento, hoc est, causa mortis, certum numerum servorum tantum: & ita moriens, si exheredaverit filium immerito, aliis heredibus institutis, vel filiis, vel extraneis, totum testamentum rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, atque ita patre intestato facto, omnes filii, & instituti, & exheredati ei succedunt, veluti ab intestato. At vivens, si omnia bona donaverit, ea tantum pars donationis rescinditur, qua opus est liberis ad supplendam portionem legitimam, & eatenus rescinditur agentibus liberis, non quidem vivo patre, sed mortuo tantum, *l.1. l. si liqueat, sup. de inoffic. donat.* Quæritur ad hanc legem, an idem sit in donatione causa mortis, ut revocetur supervenientibus liberis, qui nulli fuerant tempore donationis. Nisi alii facerent, ego nunquam facerem hanc quæstionem, quoniam dubitabatur tantum de donatione inter vivos, non de donatione causa mortis, quia revocatur pœnitentia donatoris, etiam non susceptis liberis. Ergo si quis quærat, an *l. si unquam*, habeat locum in donatione causa mortis: Respondeamus habere multo facilius, quia revocatur pœnitentia donatoris. Sed si non fuerit revocata à donatore, & moriatur, non revocatur etiam à liberis postea susceptis in totum, ut ait *l.* sed pro ratione Falcidiæ tantum, sive legitimæ portionis, & sive ex testamento, sive ab intestato liberi successerint patri, quia & ab intestato locus est Falcidiæ ex constitutione D. Pii, *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* & in donationibus causa mortis ex constitutione Severi, *l.5. sup. ad l. Falc.* Postremo quæritur, an etiam huic legi locus sit in donatione facta remunerandi causa ab eo, qui non habet liberos eo tempore, sed postea cœpit habere: & an in donatione facta favore, & nomine nuptiarum? Et sic videtur Vallæ, & narrat

etiam

etiam ex more quarundam regionum, nec inter vivos ulla ex causa, vel remunerationis, vel matrimonii posse donari ea, quæ accepimus à majoribus nostris. Cui consuetudini est similia lex, cujus meminit Porphyrio in illum locum Horatii, *Dic ex parte tua*, *&c.* Satyr.2. & Sat. 5. lege cautum fuisse, ne quis agrum, vel domum sibi testamento donatam, puta à majoribus suis, alii donaret.



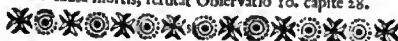
AD TITULUM LVI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS.

SUPERIORES tituli sunt *de donatione inter vivos*, quæ si jure perfecta sit, pœnitentia nullo modo revocatur, *l.2.3. 4. 6. sup. tit. prox.* Hic autem titulus est *de donat. caus. mortis*, quæ ex nuda voluntate, & pœnitentia revocari potest, *l. qui mortis causa*, *ff. eod.* Sicut donatio, ob quamcunque causam facta, pœnitentia etiam revocatur, re integra, *l. 3. §. 1. l. si pecuniam*, in duobus locis, *ff. de condict. caus. data*. Et similiter donatio precaria, *l.1. & 2. ff. de precar.* Mortis causa donatio pœnitentia donatoris revocatur, nisi scilicet donatarius donationem ea lege acceperit, ne pœnitentia revocaretur: Nam hæc lex donatorem tenet, ne possit pœnitere, *l.si alienam, §.1.l.senatus, §.mortis, ff. eod. & Novel.* 87. Qua in re donatio causa mortis distat à legato: Nam si hanc legem sibi ipse testator dixerit, *ne legatum, quod dedit, adimere possit*, hæc lex testatorem non tenet, ne possit pœnitere, *l. si quis*, *ff.de leg.* 3. Et ratio differentiæ est evidens, quia donatori legem dicit donatarius: ipse autem testator sibi solus legem dicit, & nemo tenetur ex ea lege, quam ipse sibi dixit, vel in legando, vel in donando, vel in vendendo, *l. quod autem, §. pen. ff. de don. inter vir. & ux.* At donatio causa mortis non tantum revocatur pœnitentia, & mutatione consilii, sed etiam convalescentia, puta, si eam fecerit, qui ægrotabat, metu mortis: vel etiam emenso periculo mortis, si quis imminente mortis periculo, citra adversam valetudinem aliquid donarit. Revocatur etiam, & exstinguitur morte donatarii, quæ modo contingat vivo donatore, *l. non omnis*, *ff. de reb. cred.* Et ne quis requirat definitionem: *Donatio causa mortis est, quæ confertur in casum mortis donatoris, nec ante perfecta esse intelligitur, quam mors ejus contigerit*, vel ut est in Inst. *Donatio causa mortis est, quæ propter mortis suspicionem fit ab ægroto, vel sano, cum quis alii rem veluti fiduciariam dat, ut finito periculo mortis sibi restituat, quod impendebat, vel si quid adversi contigerit, si quid eum humanitus fuerit*, ut loquitur Ennius, *tum eam rem ipse habeat*. Ennius: *Si quid me humanitus fuerit*, pro mihi. De ea mortis causa donatione sunt in hoc titulo *ll. quat.* quas sigillatim exponam. Primam legem glossæ, glossarumque comites nullo modo intellexerunt. Species, & sententia ejus hæc est. Quidam duobus rem donavit mortis causa, ea lege, ut altero mortuo portio ejus ad superstitem pertineret. Mortuo altero, habet superstes adversus heredem ejus fideicommissi petitionem, fideicommissi actionem, id est, quæ solet dari fideicommissario ex causa relicti sibi fideicommissi. Sed cur fideicommissi actionem? an in hac specie ullum fideicommissum intercessit? sic sane, quia donator fideicommissum si alteri ab altero vicissim reliquit, dum lege donationis cavit, ut altero mortuo portio deficiens ad superstitem pertineret. Et utique potuit fideicommissum relinquere, non tantum testamento, vel codicillis, sed etiam instrumento donationis, & lege donationi dicta, & epistola, & libello, etiam ab intestato (ut hoc casu, quo nullum donatorem fecisse testamentum proponitur) & alio quocunque modo, etiam nutu, *l. & in epistola, sup.de fideicom.* Et potuit fideicommissum relinquere à donatariis causa mortis, *l. ab eo, sup. de fideicommiss. l. cum pater, §. 1. D. de leg. 2. l.Seja, D. de dote praeleg. l. cum ii, §. 1. D. de transact.* Potuit, inquam, fideicommissum relinquere à donatariis causa mortis, quales illi duo erant donatarii. At non potuit fideicommissum relinquere à donatariis inter vivos: à donatario causa mortis potest relinqui, à donatariis inter vivos non item, *l.cum quis, §. pater, D. de leg.3.* nisi scilicet donatio inter vivos ab initio sit inutilis, veluti inter maritos, & convalescat morte donatoris, quoniam ab eo, qui eam donationem accepit, fideicommissum relinqui potest, *l. sequens, ff.de leg.2.* Propterea quod ea donatio, & omnis quæcunque donatio, quæ morte confirmatur donatoris, fideicommissi partibus fungitur, *l.12. sup. ad leg. Falcid.* Alioqui ab eo, cui recte donatum est inter vivos fideicommissum relinqui non potest. Quare prudenter Imperator in hac *l.* 1. hunc addit modum, si mortis causa donatio perficiebatur, id est, si duobus illis donabatur mortis causa. Nam si donabatur inter vivos, non potuit alteri ab altero fideicommissum relinqui: Igitur non potuit superstiti esse actio fideicommissi, quam lex dat. Sed si is, qui duobus donavit inter vivos, voluit post mortem alterius directo portionem demortui superstiti esse donatam, ei accommodabitur utilis repetitio ejus portionis, *l.3. sup. de donat. quæ sub mod.* non actio fideicommissi, quia a donatariis inter vivos fideicommissum relinqui non potest, & ita explicanda est *l.* 1.

Male autem vulgo in specie legis 1. *non fuisse fideicommissum, sed quasi fideicommissum*, id est, donationem causa mortis collatam in superstitem: quinimo revera fuit fideicommissum relictum instrumento donationis. Male item vulgo, *non esse actionem fideicommissi, sed utilem ex testamento*, quia utilia ex testamento non datur ubi non est testamentum, ut hic fuisse testamentum nihil proponitur. Et verum est, competere directam fideicommissi actionem, quæ non est actio ex testamento, sed actio ex fideicommisso, seu persequutio fideicommissi. Male etiam vulgo in specie hujus legis, *donationem causa mortis fuisse perfectam stipulatione*, puta altero alteri promittente partem suam in causam mortis, & ita substituto altero alteri, ut in *l. ut heredibus, de leg. 2. l. ei, cui, ff. de mort. caus. donat.* quia hoc modo donatio confertur in superstitem per stipulationem, non fideicommissum: citra stipulationem in superstitem confertur fideicommissum, non donatio causa mortis. Et lex loquitur de fideicommisso: Ergo non oportet fingere intervenisse stipulationem. Non debet autem videri mirum, si res donata mortis causa revocatur per fideicommissum, quia quodcunque pœnitentia revocari potest, & per fideicommissum revocari, & adimi potest, *l. quidam testamento, §. ult. ff. de leg.* 1. Sequitur *l.* 2. Species legis secundæ hæc est, cujus etiam vim non animadvertunt, nec sciunt ullo modo, quæ sit in ea ratio dubitandi. Species, inquam, hæc est: mulier habens filiam ex primo marito, nupsit secundo, & in dote ei danda cavit in casum mortis suæ, *dotem reddi fratri suo: potest* (ait lex) *quæ dotem dat, quam velit conditionem eidem doti dicere*, ut recte legit Haloander, non *adiicere*. Et ut hoc obiter admoneam, quod heri prætermisi in *l. ult. tit. sup.* etiam recte Haloander *fragilitatem*, ut in Basil. ἀσθένειαν, non, ut vulgo, *frugalitatem*. Et principium legis 4. *ejusd. tit.* ita est restituendum: *Cum confitearis te in fraudem alterius*, *&c.* Ergo, ut cœpi dicere, mulier in dote danda secundo marito cavit, si ipsa prior in matrimonio moreretur, dotem reddi fratri suo, & permisit fratrem stipulari in eundem casum sibi dotem reddi. Denique fratri donavit dotem causa mortis. Deinde mortua est soror intestata, & ei ex Senatusconsulto Orfitiano filia heres exstitit. Quid fiet, si in reliquia bonis matris filia non habeat integram Falcidiam, quæ omnino ei debetur? Et lex ait, eam suppleri debere ex donatione causa mortis collata in avunculum, quia ex constitutione Severi lex Falcidia locum habet etiam in donationibus causa mortis: & est verissimum, *l. 5. sup. ad leg. Falcid.* Neque obstat *lex 1. §. item si ita legatum, & lex acceptis, ff. eod.* quoniam, ut breve faciam, missa opinione Accursii, qui & in mortis causa capionibus putat legem Falcidiam locum habere, respondeo illam *l.* 1. *& l.*

& l. acceptis; non loqui de mortis causa donationibus, sed de mortis causa capionibus, in quibus verissimum est, non habere locum legem Falcidiam, excepto casu *legis pen. sup. ad leg. Falcid.* ne fraus fiat legi Falcidiæ. Mitto explicationem illius casus, ne sim longus, aut ne sim vagus à re proposita, & cum hæc dico, mortis causa capionem accipio specialiter: Nam generaliter mortis causa capio continet & hereditatem, & legatum, & donationem causa mortis, *l. 31. ff. eod.* Specialiter autem continet, quod conditionis implendæ causa datur, ut si quid legetur Titio sub conditione, *si 10. dederis heredi, vel extraneo*, ea decem heres, vel extraneus capit mortis causa, id est, per occasionem mortis testatoris. Eaque pecunia est mortis causa capio, ex qua non detrahitur Falcidia. Specialiter dicitur *mortis causa capio*, quia non habet aliud nomen. Et similiter quodcunque obvenit occasione mortis alterius, si vacat proprio nomine, veluti hereditatis, aut fideicommissi, aut legati, aut mortis causa donationis, mortis causa capio appellatur, id est, commune nomen facit suum proprium, & (ut imiter Aristotelem) communis nominis hereditatem capit, quod caret proprio, *7. Ethic. ad Nicomach.* In his mortis causa capionibus, quæ scilicet non sunt prædita alio nomine, lex Falcidia locum non habet, excepto illo casu. Etiam Accursius non advertit, quæ sit ratio dubitandi in specie hujus legis, quæ talis est. Plerique juris auctores donationes causa mortis comparant semper legatis: & ex *l. 4. h. tit.* id definitum est, mortis causa donationes comparari legatis, quod & veteres quidam juris auctores prodiderunt, ut in *l. Marcellus, §. ult. l. si debitor, l. illud, D. eod. l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patr.* Et comparamus mortis causa donationes legatis facto testamento, in quo sunt relicta legata: Nam ab intestato, quo casu non possunt relinqui jure Digestorum, non comparantur mortis causa donationes legatis, quia nulla legata sunt, quibus comparentur, nulla legatorum comparatio occurrit, ut ait *lex si filius, ff. de legat. præstan.* Et ideo in specie *legis 2.* quia mater fuit intestata, ut lex ponit, videtur in donationibus causa mortis non intervenire Falcidia exemplo legatorum, quod nullum occurrit ab intestato: Nam quod D. Pius constituit, ut ab intestato locum haberet Falcidia, *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* id tantum constituit in fideicom. non in donationibus causa mortis. Unde patet novam esse constitutionem hujus legis 2. quæ porrexit constitutionem Severi ad causam intestati, ut scilicet etiam ab intestato, non occurrente exemplo legatorum in donationibus causa mortis, locum haberet Falcidia. Denique novum est jus constitutionis istius, & constitutio singularis, quod illi ejus ingenii erant, ut nunquam potuerint animadvertere, nec etiam intelligant *leg. 3. h. t.* quæ ut perspicua fiat, explicanda est ex *l. 19. sup. de donat.* dum ait *l. nec fratri, &c.* Ut sit hic sensus: nec donationem inter vivos, nec donationem causa mortis jure perfectam posse revocari, & rescindi ab agnatis, veluti sorore donatoris, quod est verissimum, & eo jure utimur. *Il n'y à point de retrait lignagier: si ce n'est quand il y à bourse desliee*, id est, rem venditam, aut alienatam genere proximi venditori: agnati, oblato eodem pretio intra certum tempus ad se revocare possunt, non rem donatam. Et hoc voluit *l. 3.* rem donatam, vel inter vivos, vel mortis causa, & jure donatam à sorore, vel ab alio agnato, vel agnata, non posse revocari hoc colore, quod res donata profecta fuerit à parentibus, quod res fuerint majorum, ut *d. l. 19.* Vulgo dicitur, hic esse sensus leg. 3. ut si soror aliquid donaverit in casum, non mortis suæ, sed mortis fratris sui, ut id non possit revocare, quod est perspicue falsum, si adhuc vivat frater: quia donatio mortis causa pœnitentia revocatur, insecuta morte fratris, quia consummata est donatio, non revocatetur, quam tamen insecutam *lex 3.* non ponit. Et rectius Isidorus interpres Basilicon, ut nos posuimus, ponit donationem mortis causa in specie legis 3. fuisse factam à fratre in hunc casum, si quid ei humanitus accideret, ut veteres loquebantur, semper abstinentes à mortis nomine, tanquam male ominoso. Ex lege quarta, & ult. quæ facillima est, notandum est, donationem causa mortis, non indigere insinuatione, quo jure utimur, & ea tamen indigebat ex constitutione Constantini, *l. 1. Cod. Theod. de donat.* Verum exigit tamen donatio causa mortis, ut jure consistat, quinque testes, quia instar habet ultimæ voluntatis, & in omni ultima voluntate saltem quinque testes requiruntur, *l. ult. sup. de codicill. l. hac consultissima, §. pen. sup. de testam. l. un. §. sancimus, sup. de Lat. libert. toll.* Et ita in hoc valde distat mortis causa donatio à donatione inter vivos: Nam donatio inter vivos, quibus casibus non requirit insinuationem, scripto contenta est à donatore subscripto, nec requirit ullos testes ex *l. in donationibus, sup. de donat.* Differentiam, quam glossa notat in hac lege inter legata, donationes causa mortis, refutat Observatio 10. capite 28.



AD TITULUM LVII.

DE INFIRMANDIS POENIS COELIBATUS, ET ORBITATIS, ET DE DECIMARIIS SUBLATIS.

POTEST etiam recte hic titulus referri ad mortis causa donationes, quæ si fiant ei, quem lex Julia, & Papia prohibet capere, quem facit incapacem ex Senatusconsulto, veluti, si fiant cœlibi, aut orbo, qui ex lege Julia, & Papia capere prohibetur ex Senatusconsulto, in eadem causa sunt, qua essent legata ei relicta, *l. senatus, D. de mort. caus. donation.* Quod omnino cohæret cum fine tituli superioris, in quo generaliter statuitur, mortis causa donationes legatorum instar obtinere: qua re fit, ut leges Julia, & Papia non tantum pertineant ad hereditates, vel legata, sed etiam ad mortis causa donationem, ut nec has donationes cœlibes, vel orbi capere possint. Lex Julia, & Papia duæ sunt leges, sed quæ conjunctim solent tractari à Jurisconsultis. Lex Julia est vetustior lege Papia. Et prohibuit quidem lex Julia, & Papia cœlibem quidquam capere ex aliorum testamentis, nisi post mortem testatoris intra centesimum diem matrimonium contraheret, præterquam ex testamentis cognatorum, ut opinor, usque ad sextum gradum, ad quem usque etiam prætor ab intestato cognatos vocat, *§. ult. Institut. de success. cognat.* Denique lex Julia, & Papia nihil cœlibem voluit capere ex alienis testamentis, *orbum* autem voluit eorum, quæ sibi relinquerentur, non plus capere, quam semissem, quæ omnia recte colliges ex Ulp. *lib. regul. tit. 16. 17. &* 21. & ex Sozomeni libro 1. *Histor. Eccles. cap. 9.* Major igitur est pœna cœlibatus, quam orbitatis, quia cœlebs nil capere potest, orbus saltem ejus, quod relictum erit, semissem capiet, nec carebit universo. Et ratio est in promptu, quia matrimonium contrahere est in nostra potestate. In ea parte scilicet, legi Juliæ, & Papiæ obtemperare est in nostra potestate, quod si non facimus, si manemus cœlibes, merito plectimur toto, quod nobis relinquitur. At liberos suscipere, non est in nobis, sed in majestatis providentia, Psalmo 126. *Hæreditas domini filii:* id est, donum domini, more Hebraico. Et eodem Ulpiano auctore lex Julia, & Papia in orbo masculo definit ætatem viginti quinque annorum, in fœmina viginti, ut si quis ea ætate fuerit sine liberis, eorum, quæ sibi relinquuntur, semisse mulctetur. Unde cum Sozomenus scribat, eandem legem in cœlibe masculo definisse ætatem 25. annorum, qua cœlebs, qui esset, jus capiendi non haberet ex aliorum testamentis, præsumo, fœminæ etiam cœlibi præscriptam fuisse ætatem viginti annorum tantum. Ea enim lex Julia, & Papia tam fœminas coercebat, quam mares cœlibes, & orbos, ut Dio scribit 54. eam legem graves pœnas irrogasse, *τοῖς ἀγάμοις ϗ τοῖς ἀνάνδροις*. Cujus rei etiam argumentum præbet *lex 1. h. t.* quæ his pœnis legis Juliæ, & Papiæ utrum-

utrumque sexum liberat. Ergo ea lex utrumque sexum tenebat. Et de his pœnis cœlibatus, & orbitatis in dictis legibus Julia, & Papia, est accipienda *lex si is, qui heres, D. de vulg. subst.* Nam in illa lege, pœnas in testamento pati, id est, non posse capere ex testamento per legem Juliam, & Papiam, ob cœlibatum, vel orbitatem non posse solidum capere: & proculdubio de iis pœnis, licet hoc non extet, tractaverat Ulpian. *lib. Regularum, tit. de cœlibe, orbo, & solitario patre.* Ubi *solitarium* patrem vocat eum, qui unicum, & solum filium habet μόνον, τηλύγετον, ut Homerus loquitur, qui orbitatis quidem pœnam non patitur, quia non est orbus, qui unicum filium habet, sed leviorem pœnam, aut certe tanta præmia non habet, quanta pater plurium liberorum. Et secundum hæc, quæ exposui, leges, quæ loquuntur de iis, qui non solidum, sed partem tantum capere possunt (ut *l. 42. D. de leg. 2. l. cogi, §. ii, qui solidum, D. ad Senatusc. Trebell.* qui partem tantum capere possunt, id est, semissem: nam partem cum dicimus, semissem dicimus, *l. nomen, §. 1. D. de verb. sign.* hæ omnes leges accipiendæ sunt de orbis, qui ex testamentis relictorum tantum semissem capere possunt, altero semisse mulctantur coacto in fiscum. Unde Juvenalis Satyricus recte, *legatum omne capere eum, qui jura parentis habet.* Quia scilicet orbus semissem tantum capit, non omne legatum. Ambrosius Luc. 3. *Erat*, inquit, *deforme liberos non habere, quod etiam legum civilium fuit auctoritate mulctatum*, id est, Julia, & Papia: & mulctatum semisse, ut Sozomenus scribit, semisse relictorum. Tertull. libro de monogamia: *Apud Christum*, inquit, *legibus Juliis agi credunt, & existimant cœlibes, & orbos ex testamento Dei solidum capere non posse.* Tacitus 3. Annal. *Relatum est*, inquit, *de moderanda Papia Poppæa, quam senior Augustus post Julias rogationes incitandorum cœlibum pœnis, & augendi ærarii sanxerat. Nec ideo conjugia, & liberorum educationes frequentabantur prævalida orbitate.* Et ait, *augendi ærarii*, quia, quæ non capiebant cœlibes, recidebant in fiscum. Item auctor Panegyrici Maximiano, & Constantino dicti: *Leges hæ*, inquit, *quæ mulcta cœlibes notaverunt, parentes præmiis honorarunt, vere dicuntur esse fundamenta Reipubl. quia seminarium est juventutis, & quasi fontes humani corporis semper Romæ exercitibus ministrarunt.* Exprimit rationem legis Juliæ, & Papiæ in cœlibes, & orbos. At Tertullianus in Apologetico scribit, *Severum Imperatorem exclusisse leges Papias, quæ*, inquit, *ante liberos suscipi cogunt, quam leges Juliæ matrimonium contrahi*: qui locus est obscurus, nisi enucleetur hoc modo, ut qua ætate lex Papia voluit suscipi liberos, eadem etiam, ut ante dixi, lex Julia voluerit matrimonium contrahi. Fieri autem non posse simul eodem momento, ut existant nuptiæ, & liberi, sed prius matrimonium contrahere debere, marem intra vigesimum quintum annum, fœminam intra vigesimum, deinde liberos suscipere. Cui rei à contracto matrimonio, puto potius, quam præsumo, Severum Imperatorem præstituisse tempus illud, cujus facit mentionem Ulpianus in supradicto tit. 16. puta annum, & sex menses, id est, bis novem mensem, quia novem mensibus plerumque partus absolvitur, non autem sustulisse Severum pœnas cœlibatus, & orbitatis, quoniam hoc primus præstitit Constantinus in *l. 1. h. tit.* generaliter hac in re omnibus civibus Roman. concessa vacatione legis Juliæ, & Papiæ, quæ ante non fuerat concessa generaliter, concessa erat tantum vacatio secundarum nuptiarum: nam & secundæ nuptiæ his legibus imperabantur solutis primis: concessa, inquam, erat tantum vacatio secundarum nuptiarum, fœminis lege Julia à morte viri in annum, lege Papia in biennium: à divortio autem lege Julia in 6. menses, & lege Papia in annum & 6. menses, ut Ulpianus scribit eodem lib. tit. 14. Viris autem non legitur fuisse concessa ulla vacatio secundarum nuptiarum, quinimo sine ullo interstitio post primas nuptias viris erat cogitandum de secundis, non etiam fœminis, quas elugere virum oportet annum viduas permanentes. At viri non lugent uxores. Dederat etiam hac in re legis Juliæ, & Papiæ vacationem in omne tempus D. Claudius, ut scribit Svetonius in Claudio, id est, remiserat pœnas cœlibatus, & orbitatis civibus, qui navem fabricassent mercaturæ causa, quod Constantinus in hac lege dat generaliter omnibus, sublata lege Papia, & Julia, id est, sublatis pœnis, quas indicebant cœlibatui, & orbitati. Ac præterea in Codice Theod. ubi hæc lex plenior extat, Constantinus profitetur, se tollere tantum pœnas cœlibatus, & orbitatis, non etiam, quod eædem leges caverant, *ne vir, & uxor inter se solidum capere possent*, quo jure etiam hodie pleræque nationes utuntur. Moribus Biturigum vir ex testamento uxoris, aut uxor ex testam. viri nil capit. Et ratio Constantini est, quia fallaces plerunque blanditiæ, vix etiam opposito legum rigore, cohibentur: significat maritum, & uxorem plerunque blandis precibus, & fallaciis à conjuge exigere suprema judicia, & supremas liberalitates, quæ artes comprimendæ potius, quam incitandæ sunt, vel, ut ait *l. ult. C. Theod. de liber. exhib.* ille mutuus favor inter maritos reprimendus est potius, quam incitandus. Qua ex causa etiam lex Solonis *apud Plutarchum* non vult rata esse legata, quæ quis moriens conjugi reliquerit. Et hæc lex Julia, & Papia conjuges inter se solidum capere non permittit. Significat etiam Constantinus illo loco, dum ait, *fallaces illas blanditias vix cohiberi opposito rigore legis Juliæ, & Papiæ*, sæpe his legibus illudi per tacita fideicommissa, ut innuit *lex ult. D. de iis, quæ ut indignis auferuntur.* Et aperte *l. 1. inf. de iis, qui se deferunt, libro 10.* indicat, *uxorem ex testamento viri solidum capere non posse.* Et in quibus legibus invenies ita poni speciem, ut non possit aliquis solidum capere ex unius testamento, possit ex alterius testamento, ut *l. 6. D. de vulg. substitut.* id secundum jus vetus, & mentem auctoris accipias de conjuge, qui ex testamento conjugis solidum capere non potest, ex alterius testamento potest. Inde etiam Tertullian. 1. ad uxorem. *Tu modo*, inquit, *ut solidum capere possis hoc meæ admonitionis fideicommissum, Deus faciat.* Dico solidum, quia, ut Ulpian. scribit *eodem libro, tit. de decimis*, vir, & uxor inter se non possunt capere solidum, id est, assem: sed matrimonii nomine vir, & uxor capere possunt decimam partem bonorum, aut usque ad modum decimæ, si relinquatur à conjuge. Et præter hanc decimam, quæ conceditur matrimonii nomine, & honore, etiamsi ex alio matrimonio liberos superstites habeant, possunt tot decimas capere, quot liberos habent. Item communis filius unus *post nonum diem amissus*, unam decimam adjicit: duo autem filii communes post nonum diem amissi, adjiciunt duas decimas: post nonum diem, id est, postquam nomen in civitate habere cœperunt. Quoniam pueris parvulis nomen imponi solebat nono die, qui dies lustricus vocabatur, *& Nominalia*: cæteroquin amissi ante nonum diem nil adjiciebant parentibus, quia pro non natis habebantur, qui nondum sumpserant nomen. Et hæc omnia de decimis capiendis erant cauta lege Papia, & ex ea re Thalelæus eam cognominavit legem Papiam decimariam in *l. 1. sup. unde vir, & ux.* in qua tamen *jus antiquum* dici arbitratur habita relatione ad legem Papiam decimariam. Perperam, ut ostendit Observat. 3. c. 12. Ergo consequens est, id quod ponitur in *l. qui uxori, D. de aur. & arg. leg.* maritum uxori reliquisse decimam partem bonorum suorum, hoc esse secundum legem Papiam. Verum hac in parte primum legi Constantinum Imperatorem vacationem legis Papiæ dedisse omnibus navicularii Orientis, ut scilicet, etiamsi nullos haberent liberos, vir ex testamento uxoris, & retro uxor ex testamento viri, non decimam tantum, sed etiam assem caperent, *l. 7. C. Th. de Naviculariis*, quam postea vacationem omnib. generaliter dederunt Honorius, & Theodosius in *l. 2. h. tit.* cujus fit mentio in *l. ult. C. Th. de legit. heredib.* sublata lege Papia decimaria, quæ conjuges cogebat ad decimam, nec volebat invicem solidi esse capaces:

paces, *lex 2. hujus tit.* eos facit capaces affis, feu folidi. Et ad hanc legem fecundam referri debent hæc verba Rubricæ, *& decimariis fublatis*, decimariis legibus fcilicet. Verum ait *lex 2. virum, & uxorem inter fe capere folidum, fi relinquatur, nifi,* inquit, *id lex aliqua minuat*, non jam lex Papia decimaria, quæ abrogatur: fed lex alia, quam Papia, veluti lex Falcidia, ut ait Accurfius recte, & adde, vel lex Leonis, quæ hodie obfervatur, id eft, *lex hac edictali, fup.de fecund.nupt.* ut mulier, quæ fecundo marito nupfit, cum haberet liberos ex primo, non plus ferat ex bonis fecundi, vel non plus fecundus maritus ex bonis ejus ferat, quam cui liberorum primi matrimonii minimum relinqueretur, ex bonis aliunde quæfitis, quam ex primo marito.



AD TITULUM LVIII.

DE JURE LIBERORUM.

QUAM apte cohæreat hic titulus fuperiori, ex eo apparet, quod *l.1.h.t.* eft portio legis ult. tituli fup. Idque patet ex infcriptione, & fubfcriptione eadem. Et quod olim ex lege Papia beneficio liberorum vir, & uxor inter fe habebant folidi capacitatem, ut fi unum habebant filium communem fuperftitem, *ils fe pouvoient laiffer tous les biens l'un à l'autre en ce cas*: vel fi eum amiferant puberem: quia multum erat puerum perduxiffe ad pubertatem, vel fi amiferant *tres trimos*, id eft, nuper mamma depulfos, vel fi tres amiferant poft nonum diem, id eft, poft affumptionem nominis, quod Ulpianus fcribit *eod.lib. tit.16.* item mariti inter fe habebant folidi capacitatem, etiamfi liberos neque habuiffent, neque haberent, fi à principe jus liberorum impetraffent, quod etiam proficiebat matribus, id eft, ea impetratio juris liberorum, non tantum, ut folidum caperent ex teftamento viri, fed etiam ut ab inteftato filio forte unico fuccederent ex SC.Tert. ut *l.7. C.Th. de legitimis lib. l.9. C.Th.de infirm.iis, quæ fub Tyr.gefta funt, & Nov. Valent. de teft.* At lex prima hujus tit. non vult amplius jus liberorum impetrari, aut peti à Principe precibus oblatis, fed ultro, & generaliter, *l.1.* dat jus illud omnibus maritis, ut inter fe folidi habeant capacitatem, perinde, atque fi fpecialiter impetraffent jus liberorum. Lex autem fecunda idem jus liberorum ultro tribuit maritis, aut mulieribus, non patentibus, ut filio fuccedant ab inteftato ex Senatufconfulto Tertulliano.



JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII

In IX. Librum Codicis Domini Juftiniani.

AD TITULUM I.

QUI ACCUSARE NON POSSUNT.

Anno 1578.

HUNC librum Juftinianus vocat terribilem, *l.2. fup. de vet. jure enucl.* atque atrocem propter varias pœnarum atrocium caufas. Opus erit multæ, & variæ, atque antiquæ potiffimum cognitionis. Poft actiones civiles, quæ controverfias privatorum dirimunt, in hoc libro dantur criminales, quæ maleficia ulcifcuntur, & puniunt, & proprie accufationes dicuntur. Ut vero *lib.6. fup. & D.* 38. prius egit de iis, qui teftamenta facere non poffunt, quam de teftamentis ipfis: ita hoc libro primum agit de his, qui accufare non poffunt, deinde de accufationibus: qui ordo, etiamfi non fit ordo docendi, fecundum quem

A prius de re ipfa, quam de circumftantiis dicendum eft, & perfonæ numerantur inter circumftantias: tamen ordo eft refpondendi de jure, & in foro exercendorum judiciorum, ut fi quæratur, an valeat teftamentum, prius quæratur de perfonis, quam de regulis, & folemnitatibus juris, quæ in conficiendis teftamentis requiruntur, *l.4. ff.qui teftam. fac. poff. l.quidam, D.de jur. codicill.* Itemque fi quæratur, an recte accufatio inftituta fit, quærendum eft prius, an accufator juftus fit accufator, an accufare poffit, deinde an rite inftituta accufatio fit, & fecundum regulas juris civilis, an jufta fit accufatio, & folemnis. In quibufdam Codicibus primo titulo hujus libri præfcribuntur hæc verba generalia, *de criminib. & qui accufare non poff.* ut vulgo ante editionem Florent. libro 28. *Digeftorum, tit. 1. qui teftament. fac.*
B *poff.* hæc quoque verba generalia præpofita erant *de teftamentis*. Perperam, quoniam, ut jam pridem oftendi, in Digeftis, vel Codice nulli funt tituli generales, & meliores quoque Codices ea verba non habent. Hic igitur fit titulus primus hujus libri, *qui accufare non poff.* Unde intelligimus in eo demonftrari, vel enumerari eos omnes, qui accufare prohibentur, de quibus ordine, & figillatim eft dicendum. At primum quidem notandum eft, neminem pendente accufatione accufare poffe accufatorem fuum, qua de re agitur in *l.5. & 19.* & eft quæftio fatis difficilis de relationibus criminum, five de mutuis accufationibus, aut de anticategoriis, quæ fola quæftio hodie explicabitur. Primum fic ftatuo generaliter, neminem pendente accufatione accufare poffe accufatorem fuum, idque verum effe generaliter in omni
C crimine majori, minori, pari, id eft, fimili, vel æque magno, ut nullus quifquam accufatorem fuum poffit accufare, quamdiu eft in reatu, nifi hactenus, ut edat tantum infcriptionem adverfus accufatorem ex alterius criminis caufa, & deponat in judicio, ut *l.19. h.tit.* non etiam ut procedat ulterius, non ut ejus, quem detulit, nomen poftulet recipi inter reos, non ut litem conteftetur caufa perorata ex utraque parte, quod proprie eft accufare. Fabius Quintil. Declam. 287. *reum femel delatum non poffe abfolvi, nifi accufetur*, id eft, nifi lis conteftetur. Ergo aliud eft reum deferre, aliud reum accufare, edito libello infcriptionis. Defertur quidem reus, ut oftendit *l.3. ff.de accufat.* fed non agitur etiam ftatim. Aliud eft edere infcriptionem, quæ & fubfcriptio dicitur: aliud eum, qui poftulatus eft criminis, recipere
D inter reos, quod fit à prætore, qui legibus quærit poftulante accufatore. Seneca in Apocolocyntofi: *ducis illum ad tribunal Æaci: is lege Cornelia, quæ de ficariis lata eft, quærebat: edit infcriptionem, poftulat nomen ejus recipi*. Et in 3. Declamat. *In jus ad prætorem voco, & cum quantum volebam jocorum, convitiorumque effudiffem, poftulavit, ut prætor nomen ejus reciperet*. At in id, quod initio dixi generaliter verum effe, ut is, qui reus factus eft, nullum poffit crimen referre in accufatorem fuum, notandum eft, in hoc tamen effe differentiam inter majus, & minus crimen, vel par, quod ei, qui prior edidit libellum infcriptionis, five litem conteftatus fit, five non, par, aut minus crimen objici non poffit ei, qui occupavit infcribere in crimen. Et ita eft accipienda *l.19.* quæ loquitur tantum de pari, aut minori crimine. Et ita
E eam Græci interpp. recte acceperunt. Et quia loquitur tantum de pari, & minori crimine, confequens eft, aliud effe in majori crimine. Et fane ita eft, ut majus crimen poffit objici ei, qui edidit prior minoris criminis infcriptionem, fi modo litem conteftatus non fit, quæ eft fententia *l.1. h.tit.* Cujus fpecies hæc eft. Tu prior contra me infcripfifti, finge, in crimen legis Juliæ de vi privata, accufationem, five litem nondum conteftatus es: ego interim tibi objicio majus crimen, puta legis Corneliæ de ficariis, crimen cædis, & vulnerum. Lex ait, prius effe quærendum de graviori crimine, præpollere caufam majoris criminis, & ex eventu ejus caufæ majoris judicem æftimaturum, tibi permittenda fit, necne accufatio ex l.Julia de vi privata: Nam fi abfolutus fueris,

tibi esse permittendam: Itemque si condemnatus fueris sine capitis deminutione, ut si relegatus fueris, vel damnatus in opus publicum temporarium, & sine infamia, ut in casu *l.quid ergo, §.pœna, ff.de iis, qui not.inf.* Alioquin infamis non posset accusare, exceptis certis casibus, quibus etiam infami jus est accusandi. Et iis quoque casibus recte dices ei, qui ex causa gravioris criminis condemnatus est sine capitis deminutione permittendam esse accusationem minoris criminis, in quod prior inscripserat, antequam accusaretur de majori crimine, quod si fuerit ex ea causa damnatus in metallum, vel in opus publicum perpetuum, quo genere patitur capitis deminutionem, id est, amittit civitatem, & libertatem, & fit servus, ac peregrinus, tum ei non esse permittendam accusationem minoris criminis, quia capite minutus est, capitis minor est, ut jus accusandi non habeat, *l.5. D.de publ.jud.* Posui in specie hujus *leg.1.* te inscripsisse priorem in crimen minus, non litem contestatum: Nam si litem contestatus es, etiam post capitis deminutionem, quam forte alio accusante sustinuisti, inchoatam accusationem tibi implere licet, ut ait *l.deferre, §.fisc. ff.de jur.fisc. & d.l.5.* Inchoatur accusatio contestatione, & actione causæ, ex utraque parte. Et recte in *d.l.5.* inchoatam accusationem Græci interpretantur *προκαταβεβλῆσθαι*, quod est, *contestatam, propositam, fundatam*. Et ita fit (quod est notandum) ut capite deminutus, id est, servus, vel peregrinus, accusationem exsequatur, impleat, peragat, quam cœpit liber, & civis, quia scilicet initio tantum litis exigitur, ut sint justæ personæ, & idoneæ, quæ rem in judicium deducunt, nec recte institutum judicium, constitutumque inter justas personas, & legitimas, id est, inter cives, & liberos homines, fit irritum capitis deminutione alterutrius litigatoris. Sic igitur, si litem contestatus sit ante capitis deminutionem, quæ post ei contigit, inchoatam litem, & accusat. implere potest. Item, si litem sit contestatus, sive accusationem, ea pendente ab adversario, nec majus crimen ei objici potest, id est, post litem contestatam, quod recte notavit glossa *in h.l.1.* ad verbum, *respondeas*. Unde ita rem omnem concludamus: si is, in quem quis minus crimen inscripsit, contra ei objiciat majus crimen ante litem contestatam de minori crimine, prius est agenda causa majoris criminis: post litem vero contestatam nullius criminis majoris, vel minoris, vel similis, vel æque magni relationem, id est, *ἀντικατηγορίαν*, permitti. Et recte Gregorius Nazianzenus in Epistol. *Ut servem*, inquit, *legem judiciariam, & me prius purgem, & excusem, quam accusem adversarium: ἵνα νόμον φυλάξω, καὶ με πρῶτον ἀπολογίζωμαι*. Et vero quis non referret semper accusatori crimen aliquod, si referre liceret? Et si liceret accusatori referre crimen, quis non referret etiam judici? Quoniam (ut eleganter ait *l.1. Cod. Theod. de accusat.*) neque judex illius, quem punit, neque accusator illius, quem ad pœnam postulat, odium evitare potest. Et quamvis omne genus accusationis, seu relationis criminis, accusationis mutuæ, adstringat necessitas inscriptionis, tamen, ut ait rectissime *l.quamvis, inf. ad leg.Jul. de adult.* nonnulli nimio odio, & ira accensi proterve id faciunt: nec cohibet eos periculum inscriptionis. Fateor statim initio delati criminis mutuam accusationem admitti, sicut hodie mutua petitio, vel actio non admittitur, nisi ab initio litis, apud eundem judicem ex Novella 96. *§.ult.* quam Haloander male accepit de mutuis accusationibus, cum sit de mutuis petitionibus, sive mutuis actionibus civilibus. Et tamen in omnibus indistincte verum est, mutuas vel actiones, vel accusationes debere statim ab initio proponi apud eundem judicem, ut si mortuo aliquo statim uxor, & noverca mortui, se invicem veneficii accusent crimine pari, vel etiamsi extraneus reus adulterii, quem maritus defert, statim initio lenocinii crimen marito objiciat, ut in *l.quoniam, inf. ad leg. Jul. de adult.* quod etiam est par adulterio crimen, quia eadem lege, & eadem pœna lenocinium coercetur, qua adulterium, *l.2. §.lenocinii, ff.eod.* Paulo post delationem criminis adulterii, id est, post editam inscriptionem, & multo magis post contestatam accusationem, dico extraneum marito non posse referre crimen lenocinii, nec directo, nec in modum exceptionis, seu præscriptionis. Idque probo ex *d. l.2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus*. Nec obstat, quod exceptio lenocinii est peremptoria, & peremptoria exceptio quandoque post litem contestatam opponi potest, *l.8. sup. de except.* quoniam hoc ita verum est, ut possit exceptio peremptoria quandocunque opponi post litem contestatam, si relevet, vel allevet reum, vel si oneret actorem, hac quandocunque uti reo licet. At cum exceptio peremptoria, nec relevat reum, neque onerat actorem, quis non videt, eam inutiliter opponi, cujusmodi est exceptio lenocinii post delationem adulterii, quia non relevat reum adulterii, non onerat etiam accusatorem, id est, non subjicit accusatorem pœnæ lenocinii. Ergo frustra objicitur, videlicet ab extraneo reo facto adulterii: Nam ab uxore, quam maritus ream facit adulterii, recte quandocunque opponitur exceptio lenocinii. Et ratio differentiæ hæc est, quia uxor, quæ lenocinium objicit marito, retorquet in eum crimen, & cui licet in adversarium crimen retorquere, & dicere: Tu mihi auctor fuisti sceleris, cujus me incusas, *l. qui cum major natu 14. §. si libertus, ff. de bon. libert.* At extraneus objecto lenocinio non retorquet crimen, quoniam non ipse lenocinio pellectus est, sed mulier. Et refert quidem mulier marito lenocinii crimen, non quidem ut se purget, vel excuset: nec enim relatio lenocinii eam relevat, quia, ut ait *lex 5. de public. judic.* non relatione criminis, sed innocentia reus, vel rea purgatur. Et in causis criminalibus, sive mutuis accusationibus quoties permittuntur, non est compensationi locus, *d. l. 2. §. qui hoc dicit, l. si uxor 13. §. judex, ff. ad leg. Jul. de adult.* Cui tamen compensationi locus est in causis civilibus, etiamsi inter maritos agatur civiliter de malis moribus, & delictis. Et ita est accipienda *l. viro 39. ff. sol. matrim.* de mutua actione civili, non criminali, id est, de actione de moribus, in qua paria delicta mutua compensatione tolluntur, non de criminali. Unde sic dico, uxorem ream adulterii, recte marito referre crimen, non ut se excuset, nec enim ideo excusatur, aut evitat pœnam adulterii, sed ut oneret maritum, & pœnæ subjiciat, *d. l. 2. §. si publico*. Et valde notanda est hæc differentia inter extraneum, & uxorem. Et restat tantum illud modo, ut adnotemus, quemlibet reum postulatum, calumniam accusatori quandocunque objicere posse, ut *d. l. qui cum major natu, §. si libertus, l.1.inf. de calumniat.* Et eadem ratione, quia hæc allegatio calumniæ relevat reum, & pœnæ subjicit accusatorem, cui etiam se subjecit ipsemet inscribendo si calumniator probaretur. Et aperte *d. l. 19. h. tit.* ait, etiam accusatum, accusatorem suum accusare posse, si suam, suorumve injuriam persequatur. Calumnia accusatoris, accusati injuria est. Illa quoque relatio criminis quandocunque admittetur, quia relevat reum, si reus cædis dicat se jure occidisse, quod alius eum injuria prior lacessierit, quo exemplo utitur M. Tullius primo de Invent. *Itemque sciendum est, eum, qui reus criminis delatus est, nec accusatorem suum regulariter alio crimine, cujus allegatio eum non relevet, aut oneret accusatorem, neque alium quenquam, à quo non accusatur, accusare posse, quandiu est in reatu*. Quam sententiam & nostri Doctores omnes tuentur. Sic igitur statuamus; Qui est in reatu, neminem accusare potest, cum nec procurationem alienæ litis suscipere possit, *l. reum, sup. de procurat.* nec honores petere, *l. reus, ff. de mun. & honor.* & hoc est certissimum hoc tit. passim. Dubitabatur tantum de relatione criminis, de anticategoria, an reo esset permittenda adversus accusatorem ex alterius criminis causa, nihil habentis commune cum eo, cujus reus postulatus est in alium: constabat ei non esse permittendam accusationem. Et hujus rei præbet argumentum *l. pen. ff. de accus.* quæ ei, qui est in reatu capitali, permittit fiscalem causam pecuniariam deferre, suspenso crimine

capi-

capitali, inquit, quod ibi male Budæus interpretatur, id A est, interim nulla facta condemnatione, quoad peregerit delationem causæ fiscalis, alioqui damnatus non posset deferre fiscalem pecuniariam causam, *l. deferre*, *§. 1. ff. de jur. fisc.* Denique fiscalis pecuniariæ causæ delatio, reo criminis capitalis permittitur, non accusatio. Sed dubitabatur, an saltem permitteretur mutua accusatio, quod jam satis ostendi non esse regulariter admittendum.

Ad L. II. Si cautiones, *quibus Secundinus solutam Eugenio pecuniam probare se dicit: tutores, vel curatores tui suspectas, ut falsas habent, proprio nomine (cum non liceat alieno) non prohibentur in crimine falsi subscribere: Nec enim facile vel tutores, vel curatores, qui ex officio periculo suo res pupillorum, vel adolescentium administrant, sententia notantur, nisi evidens eorum calumnia judicanti apparebit.* B *P.P. 12. Kal. Octob. Anton. A. & Geta Cons. 206.*

EX hac l. 2. intelligimus, neminem accusare posse alieno nomine, sed de professo, & cominus proprio nomine consistere, & accusare quemque debere. Et ut alieno nomine nemo lege agere potest, *l. nemo*, *ff. de reg. jur.* ita nec alieno nomine lege judiciorum publicorum cuiquam accusare licere. Sed ut in legis actionibus excipitur tutor, & curator, qui nomine pupilli, vel adolescentis lege agere potest, etiam non præstita cautione de rato, *l. vulgo, ff. de administ. tut.* Ita ex *h. l. 2.* ostendam, tutorem, & curatorem nomine pupilli sui accusationem instituere posse, vel nomine adolescentis, cujus curam gerit. Inscripta est *l. Ingenuo*, & in ejus leg. contextu etiam recte Haloander scripsit, *Ingenuo*. Verum in in- C scriptione, *Ingenuus*, est filius impubes, qui patri supervixit: in contextu, *Ingenuus*, est pater, qui vita decessit relicto filio impubere. Idem fuit nomen patri, & filio. Et ut omnem speciem legis retexam, finge: Egerunt tutores, vel curatores tui adversus Secundinum ex chirographo ei à patre tuo creditæ pecuniæ: Secundinus probavit, se eam pecuniam patri tuo solvisse, prolata cautione, id est, apocha, ut glossa recte interpretatur, sive professione solutæ pecuniæ, *quittance*: eam apocham tutores, vel curatores tui habent suspectam, ut falsam, & fictam, & volunt adversus Secundinum subscribere in crimen falsi ex lege Cornelia, quod solum crimen hodie moribus nostris exigit accusatoris inscriptionem: jure autem civili omne crimen, omne genus accusationis, ut ait *l. quamvis*, *inf. ad leg. Jul. de adulter.* D Quæritur autem in hac specie, tutores, vel curatores tui an possint subscribere in crimen falsi? Et lex ait, posse, nec vereri calumniæ infamiam, si forte non obtineant, quia hoc faciunt, inquit, *ex officio, & periculo*, sic est legendum, sic etiam legit Haloander, id est, non sua sponte subscribunt in crimen falsi, sed magis ex necessitate officii sui, ne res pereat pupillo, cujus omissi periculum subirent, *l. 1. ff. de tutel. & rat. distrab.* Et ita *l. tutorem* 22. *ff. de his, quæ ut indign. aufer.* tutorem, qui falsum testamentum dixit nomine pupilli sui, vel qui libertum patris sui capitis accusavit nomine pupilli sui, non perdere legata sibi in testamento relicta, quod falsum dixit nomine pupilli sui, & non repelli à bonorum possessione contra tabul. liberti sui, à qua repelleretur, si libertum suum capitis accusasset suo nomine, nec obtinuis- E set: quoniam in hac specie libertum capitis accusavit non nomine suo, sed nomine pupilli sui, & officii necessitas, & tutoria fides eum excusat; & quia non jure suæ personæ, ut ait lex, sed pupilli jure, & nomine accusavit, ideo judicem nullam ei calumniæ notam irrogaturum, si non obtinuerit, qui non suis simultatibus sub nomine pupilli accusationem instituit, sed coactus necessitate officii, ne desereret rem pupilli, & urgente forte matre pupilli, vel cognatis, vel libertis paternis pupilli sui. Denique tutorem in eo, quod fecit non proprio nomine, propriam pœnam non mereri, puta calumniæ pœnam. Et ita Apulejus 1. Apol. *Æmilianum dedisse libellum inscriptionis, quo se reum magiæ deferebat nomine non suo, sed privigni admodum pueri, & adscripsisse se ei adsistere, tanquam patronum, ut obtentu ejus ætatulæ*, inquit, *ipse insimulationis falsæ, id est, calumniæ non plecteretur*, quia scilicet, qui alieno nomine accusat, non tenetur de calumnia, nimirum quia ipse non est proprie accusator, sed is, cujus nomine accusat, sive dat libellum. Is est vere accusator, ipse defensor, & quasi patronus tutor, ut ait *d. lex tutorem, in fine*. Videmus ergo in *l. tutorem*, tutorem instituisse accusationem falsi pupilli nomine, non proprio, & ideo non timere infamiæ, & calumniæ notam, quam utique timeret, nec posset effugere, si suo nomine accusationem institueret. Idem etiam videmus in *l. Polla*, *sup. de iis, quibus ut indig.* tutorem pupilli sui nomine, non suo falsum testamentum dicere. Et tamen *l. 2. h. tit.* ponit tutorem falsam apocham dixisse proprio nomine, qua submovebatur pupillus repetens pecuniam, aut tutor pupilli nomine repetens pecuniam Secundino à patre creditam. Denique ponit l. 2. tutorem subscribere in crimen falsi proprio nomine, non pupilli, & tamen si non obtinuerit, sententia judicis non notari, quod ex officio suo id fecerit, quod incubuerit officio suo hoc facere. Quod si ita ponas, restabit ex hac *l. 2.* primum hæc sententia. *Tutorem suo nomine publico judicio accusare posse*. Quo quid est certius? Nam judicium publicum patet omnibus sine discrimine. Carebit igitur hæc lex ratione dubitandi. Ac præterea, si suo nomine accusavit, omnino falsum est, quod subjicit, eum non teneri calumniæ nomine, si non peregerit reum, & condemnaverit: Nam inscriptio, quam fecit suo nomine, eum pœnæ calumniæ alligat, maxime, cum necesse non habuerit ex officio suo nomine subscribere in crimen falsi, & subscribere potuerit nomine pupilli sine metu calumniæ, ut in *d. l. tutorem, & d. l. Polla*. Quamobrem semper existimavi in *h. l. 2.* esse scribendum pupilli nomine, non proprio nomine tutorem subscripsisse in crimen falsæ apochæ, & rationem dubitandi tum eam esse, quam exprimunt hæc verba legis (*Cum non liceat alieno*) quia scilicet regulariter non licet accusare alieno nomine. Unde dubitabatur, an saltem pupilli nomine, vel adolescentis. Et ait licere tutorio officio, vel curatorio, sive tutorio, & curatorio nomine, non jure propriæ personæ, non proprio nomine. Certe procuratorio nomine non licet accusare, *l. pen. §. ad crimen, ff. de public. judic.* Sed neque sub alterius cujusquam nomine, cujus tutores, vel curatores non sumus, accusare licet, & si accusamus, habemur pro calumniatoribus, *l. nostris*, *inf. de calumniat.* Perinde igitur est, dum hæc *lex 2.* ait, *cum non liceat alieno nomine*, ac si diceret, dico tutores, & curatores pupilli nomine subscribere in crimen falsi, quia alieno nomine subscribere non possunt, sed pupilli, & adolescentis nomine possunt. Et hoc posito certe verissimum est, quod sequitur, tutorem etiamsi non obtinuerit, calumniæ non notari, quia pupilli nomine egit: nisi evidens calumnia fuerit, id est, nisi manifesto appareat, tutorem fuisse abusum pupilli nomine, ut pupilli nomine suis simultatibus indulgeret, & calumniaretur innocentem, non ut bona fide rem pupilli administraret, alioquin calumniæ non tenetur, qui non suo nomine accusavit, sed pupilli, vel adolescentis. Et placet valde, quod ait *l. non est*, *sup. de administrat. tut.* sub prætextu nominis pupillorum tutores, vel curatores scientes mala fide calumniosas actiones impune non instituere. Et ita in *d. l. Polla*, tutor calumniæ damnatur, quamvis nomine pupilli egerit de falso testamento, quia sciens retractaverat crimen falsi, de quo cum coheredibus suis ea transegerat, cui pupillus heres extitit, sciebat non licere retractare crimen falsi, de quo transactum est. Et interim ea *lex Polla*, probat exceptionem *leg. transigere, sup. de transact.* ut de crimine non inferente pœnam sanguinis non liceat transigere citra .i. præter falsi accusationem, quæ licet non inferat pœnam sanguinis, tamen de ea transigere licet. Ut vero diximus in hac *l. 2.* esse legendum, *pupilli nomine*, non *proprio nomine*: ita etiam Theodorum Græcum interpre-

tem legisse apparet ex hac adnotatione in hanc legem, partim Latina, partim Græca, quæ talis est, alieno nomine *τοῦ ἄλλου συγκατηγορῶν δικαστηρίῳ οὐκ ἀτιμοῦται, εἰ μὴ ἀναφαίνηται συκοφαντῶν* : quæ est summa hujus legis. *Is, qui alieno nomine instituit publicum judicium, non notatur infamia, nisi evidenter probetur esse calumniatus* : abusus, scilicet alieno nomine, dolo malo. Et tamen alter Græcus interpres, nempe Thalelæus legit, ut vulgo legitur, *proprio nomine*, *ἰδίῳ ὀνόματι*, quod plane demonstrat, hoc mendum esse vetustissimum, & insedisse jam olim, quod tamen res ipsa non possit ferre, nec mirum, si insederit hoc loco, cum & in Pand. Florent. in hac ipsa quæstione, in *d. l. tutorem*, manifestissimo mendo scriptum sit, tutorem instituisse accusationem falsi testamenti suo nomine, cum omnis contextus legis illius satis longe demonstret, ut etiam omnes libri habent, esse legendum, *tutorem accusationem instituisse pupilli nomine, non suo nomine*. Interpretes viderunt quidem hanc scripturam non posse sustineri, si scribamus in hac *l.2.* proprio nomine, sed utcumque maluerunt eam tueri, quam quod verum est confiteri : utcumque eam tuentur falsis, & calumniosis rationibus. Primum sic statuunt, pupilli nomine tutorem non posse subscribere in crimen, & ideo legem ponere, & statuere, ut subscribat proprio nomine. Nec obstare *l. tutorem*, *& l. Tolla*, quæ aperte dicunt, tutorem subscribere in crimen nomine pupilli, quia in his locis, inquiunt (*nomine pupilli*) id est, pro pupillo, nomine tamen proprio, non pupilli nomine : quæ interpretatio secum ipsa pugnat, nec simul esse potest, ut quis pro pupillo, & nomine proprio accuset, quoniam pro pupillo nil aliud est, quam nomine pupilli, & nomine pupilli, nunquam aliud quidquam est, quam pro pupillo. Hæc autem non possunt stare simul, ut quis nomine pupilli, & nomine proprio accuset. Et rectissime Theophilus noster in tit. *de his, per quos agere possum.* nomine proprio, & pro se, idem esse, nomine alieno, & pro alio idem esse: nomine pupilli, & pro pupillo semper idem : sicut pro se solvere pecuniam, est suo nomine : pro alio solvere, est alieno nomine, *l. si filiusfamil. ff. de in rem vers. l. Papinian. ff. mand.* Falsum etiam est, quod respondent aliter ad *leg. Tolla* ; in ea tutorem de falso egisse civiliter nomine pupilli, non criminaliter, quia non potuit agere criminaliter nomine pupilli, sed proprio tantum, inquiunt : Falsum, inquam, hoc est, quia non minus egit tutor in *dicta lege* de falso testamento criminaliter, ut significant illa verba, *falsum testamentum dixit*, quæ accusationem significant nomine pupilli, quam in *l. tutorem*. Et ut demus, non concedamus, tutorem in *l. Tolla* egisse falsi civiliter nomine pupilli, tamen non possunt negare, eum egisse criminaliter nomine pupilli in *l. tutorem*. Denique si effugiant utcunque *leg. Tolla*, non effugient *leg. tutorem*. Falsum est etiam, quod ajunt, *Pupillum non posse accusare criminaliter, nec consentiente tutore*, quia generaliter verum est, pupillum cum de re ejus agitur, & injuria, admitti ad accusationem falsi ex consilio tutorum, & curatorum, ut ait *lex 2. §. 5. ff. de accusat.* Et *Paulus 5. Sent. tit. 12. ætati, inquit, ejus, qui accusat testamentum, succurri solet, si non obtinuerit, in id, quod amisit, maxime*, inquit, *si tutoris, vel curatoris consilio actio sit instituta*. Utroque loco exigit consilium, quod est quasi patrocinium tutoris, & curatoris in instituenda à pupillo accusatione : non exigit auctoritatem, quæ longe distat à consilio. Sed notandum, hodie tamen exigi etiam auctoritatem tutoris, vel curat. ex constitutione Justiniani, *l.4. sup. de auctorit. præst.* Et pupillum accusare posse, ex eo apparet, quod tutor potest accusare nomine pupilli, quo genere non tutor est accusator, sed pupillus. Et id probat effectus rei, sive exitus. Nam pupillus, cujus nomine instituta accusatio est, sustinet pœnam temerariæ accusationis, non tutor, *d. l. tutorem*. Falsum est etiam, & valde captiosum, quod Bartol. ait in hac lege, ut se expediat difficultate, in quam nos deducit *l.2.* si in ea legatur *proprio nomine* : quod, inquam, ait Bartol. tutorem posse inscribere in crimen falsi, proprio nomine accusare autem non posse pupilli nomine. Movetur argumento *legis ult. infr. de injur.* ex qua lege vir illustris inscribit in crimen injuriarum suo nomine, procurator ejus, inquit, accusat. In quo argumento erat aperta fallacia, qui in *l. ult.* dominus, ad quem res pertinet, inscribit in crimen, hic non dominus, id est, tutor. Item verius est, ibi dominum, cui est facta injuria, virum illustrem, non tantum esse inscriptorem, sed etiam accusatorem suo nomine, cum & sententia ei dicatur nominatim, vel in eum, ut ea lex ait. Bartolus facit in casu proposito, inscriptorem tutorem, accusatorem pupillum : Nam si pupilli nomine accusatio instituitur, pupillus accusator est, ut dixi jam. Hoc vero nunquam contingit, ut alius sit subscriptor, alius accusator. Et postremo etiam falso exponit hæc verba hujus legis, *cum non liceat alieno*, id est, pupilli nomine, inquit, ut sit hic sensus, tutorem proprio nomine subscribere in crimen falsi, proprio nomine accusationem instituere, quia non potest subscribere pupilli nomine, quod jam ostendi esse falsum ex *l. tutorem*, *& l. Tolla*. Et præterea si hæc fuisset mens hujus legis, dixisset, *cum non liceret tuo* : quia ante dixit, *tui tutoris*. Deinde si proprio nomine egit tutor, male subjiceret, tutorem non prohiberi agere suo nomine, quoniam hoc facit officio suo, nec veretur periculum calumniæ : Nam ex eo sequeretur, eum, qui sua sponte vult accusare nulla cogente necessitate officii, prohiberi accusare publico judicio, propter periculum calumniæ. Itaque permaneo in prisca mea sententia, quod ad hanc l. attinet.

Ad L. III. Qui crimen publicum *instituere properant, non aliter ad hoc admittantur, nisi prius inscriptionum pagina præcesserit, & fidejussor de exercenda lite adhibitus fuerit a sin vero post satisdationem præsentes non fuerint, edicto admonendi sunt, ut veniant ad causam agendam, & si non adfuerint, non solum extra ordinem æstimatione judicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem, & circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, dependere cogentur.*

EX *l.3.* intelligemus, eum accusare non posse judicio publico, adde, vel extraordinario judicio ex *l. ult. ff. de furt.* qui non inscripsit in crimen, id est, qui non edidit libellum inscriptionis, cujus formula proponitur in *l.3. ff. de accus.* L. Tit. professus est, se Mæviam l. Jul. de adult. ream deferre, quod dicat eam cum C. Sejo, in illa civitate, domo illa, consulibus illis, mense illo, adulterium commisisse. Cui libello præponi debet dies, quo editur, & annus, id est, Consules, & postponi subscriptio ejus, qui crimen intendit. Huic enim libello is, qui crimen intendit, subscribere debet sua, vel alterius manu, si literas nesciat, ut ait *d. l.* quo fit, ut hanc professionem modo inscriptionem nominemus, modo subscriptionem. Vis autem ejus hæc est, ut pari supplicio vice talionis subjiciat accusatorem, si non obtineat, quoniam dixit in inscribendo in crimen, profiteor : quo verbo spondet, & in se recipit, ultroque obligat se, & obstringit oneri peragendi, & pervincendi rei. Vis ejus hæc est, ut alterutram partem digna legum tenere possit auctoritas, ut ait *l. pen. t. seq.* ubi alias legitur, *austeritas*, sed Basil. probant, *auctoritas*, *αὐθεντία*. Symmach. in Epist. ad Theod. Imperatorem, *Nostis*, inquit, *quid habeat conditionis inscriptio : Provisum enim est, ne temere in alieni capitis discrimen irrueret, nisi qui idem prius se pœnæ sponsione vinciret*: id est, pœnæ calumniæ, cujus tacitæ sponsioni se devincit, qui libello inscriptionis profitetur, se reum deferre criminis certi. Vis ejus igitur hæc est, ut & accusator rei conditionem sustineat, ut ait *l.8. C.Th. de accus.* ut similitudinem custodiæ patiatur, *l.2. in fine, infr. de exh. reis, l. ult. tit. seq.* ubi similitudo custodiæ, non est imago quædam custodiæ, sed eadem prorsus custodia, sub qua ipse reus constituitur initio litis, dum judex reperiat cognitionis discrimen aliquod inter reum, & accusatorem, ut in *d. l. ult.* Similitudo pœnæ, quæ tenet accusatorem, si non obtineat, est talio, id est, talis pœna, qualem convictus reus subiisset. Inscriptio prior est vocatione in jus, *l.2. infr. de exhib.*

lib. reir: prior litis conteſtatione, *l.in Senatuſconſultum, §. qui poſt, ff.ad SC. Turp.* atque adeo inſcriptio prior eſt accuſatione. Unde *h.l.3.* ait, *paginam inſcriptionum præcedere debere*. Et *l.7. ff.de accuſat. præcedere debere ſubſcriptionem in crimen*. Et *l. ult. tit. ſeq. In cauſis criminalibus*, inquit, *dignum eſt, ut præponantur inſcriptiones, quæ magnitudinem criminis, id eſt, qualitatem, & tempus deſignant:* tempus admiſſi criminis debet deſignari, id eſt, conſul, & menſis, ut patet ex formula inſcriptionis, non dies, vel hora: non tam arctè, vel abſcile: ſed deſignatur ab accuſatore tempus, *ἐν ἔτει, ἐν πλαισίῳ*, id eſt, annus, & menſis, non dies, & hora admiſſi ſceleris. Et hoc quidem, non quod in criminibus, quæ certo tempore finiuntur, veluti adulterii, & peculatus, quæ finiuntur quinquennio, vel injuriarum, quod finitur anno, non inquam, quod in eis tempus computetur à menſe in menſem, quoniam computatur à die in diem, *l.6. ff. de obligat. & act.* Sed quod non ſit nimis arctandus, qui venit ad accuſationem reipubl. vindicandæ cauſa: Nam omnis accuſatio præcipue reſpicit vindictam publicam, & exemplum publicum, puniunturque crimina, non quod ſint commiſſa, ſed ne deinceps paria crimina ullus admittat, & ut omnis diſcat non admittere. In cauſis civilibus, & pecuniariis, etiamſi de crimine agatur, ut ſi quæratur furti civiliter in duplum, vel quadruplum, vel ſi de poſſeſſione agatur vi erepta interdicto momenti, vel ſi de abacto uno pecore agatur, qua de re agitur civiliter actione furti, vel ut dixi, interdicto unde vi, non criminaliter, non eſt neceſſaria inſcriptio: non omnis mentio criminis exigit inſcriptionem, ſed ſufficit in cauſis civilibus libellus conventionis, & editio actionis: in criminalibus cauſis neceſſaria eſt profeſſio, & inſcriptio, tacitaque ſponſio, imo expreſſa ſponſio, & ſatisdatio peragendi rei. Et hujus differentiæ inter civilia, & criminalia judicia probandæ gratia, Græci Interpp. *in l.3. & 7. ff. de accuſat.* & alibi, ſæpe ſolent adducere *l.4. ſup. de ſport.* quæ eſt conſtitutio Græca, in illo loco, *κ̓ βιβλίον αὐτοῖς ἐπιδοθῇ, ἢ γραφὴ ἐπὶ ἐγκλημάτων*, ut ſcilicet, *βιβλίον* exigatur, & ſufficiat in cauſis civilib. *γραφὴ* in criminalibus, quem locum non facile erat reperire. Quodam autem tempore fuit in arbitrio judicis admittere accuſatorem, etiam ſine inſcriptione, *l.5. C. Th. de accuſ.* & tamen tunc, ut etiam ſit hoc tempore, quo non exigitur inſcriptio, præterquam in crimine falſi, non ideo minus accuſator, qui non ſubſcripſerat in crimen, & non obtinebat cauſam, calumniæ damnabatur, hoc eſt, pari vindicta afficiebatur. Id vero, ut inſcriptionis exactio ſit poſita in arbitrio, & poteſtate judicis, quodam reſcripto Imp. Anton. cautum fuiſſe teſtantur Impp. Valens, & Gratianus, & Valentin. *in l.ult. C.Th. ad l.Corn. de falſ.* qui & idem probant etiam in crimine falſi, ut non exigatur inſcriptio, niſi ita judici viſum fuerit, ut jam ex ea conſtitutione inſcriptionis neceſſitas, & ſolemnitas non ſit ordinarii juris, ut fuit olim, ſed in arbitrio judicis. At jus vetuſtius, & conſtitutiones cum eo conſentientes Juſtin. magis approbavit, ut in omnibus criminibus exigatur vinculum inſcriptionis, ne quis facile proſiliat ad accuſationem, cum ſciat, multam ſibi accuſationem calumnioſam non futuram, cum per libellum inſcriptionis ſe ipſemet accuſator pari ultioni ſubjiciat, ut, inquam, exigatur ipſo jure, etiam ſine arbitratu judicis. Verum ab hoc jure ordinatio Accur. *in h.l.3.* excipit multos caſus, & ſi unum, vel alterum excipias, omnes alios inconſiderate. Unum ex *l.nequis, ſup. de Judæis*, quæ facit quidem publicum crimen, ſi Judæus in matrimonium ducat Chriſtianam, vel contra Chriſtianus Judæam, ſed non remittit vinculum inſcriptionis. Alterum eſt huic ſimile exemplum, aut exceptio, ex *l.Apoſtatar. ſup. de apoſt.* quæ facit tantum publicum crimen apoſtaſeos, quod omnib. liceat intendere in apoſtatam, ſive ut poſteriores loquuti ſunt, magaritam: ſed non remittit vinculum inſcriptionis: ea de re nullum verbum illo loco. Adfert etiam tertium ex *l.levia, ff.de accuſat.* quod l. dicat proconſulem levia crimina debere, aut poſſe diſcutere de plano: de plano quid eſt? ſtando, non ſedendo pro tribunali, nil aliud: & ille eo verbo ſignificari arbitratur, ut ea debeat diſcutere ſine inſcriptione accuſatoris, quod eſt falſum: Nam ut quivis alius libellus, ita etiam libellus inſcriptionis de plano dari poteſt, *l miles, §.ſexaginta, ff.ad leg. Jul. de adult.* Et hodie videmus, quotidie dari libellum judici eunti in prætorium. Quartum caſum ſumit ex *l.un. inf. de abigeis.* Potuiſſet ſimiliter addere ſimilem ex *l.momentariæ, ſup. unde vi*, quoniam hæc dicit, de poſſeſſione vi erepta agi ſine inſcriptione, per interdictum unde vi, quia agitur civiliter, non criminaliter. Et illa quoque *lex unica*, ait, de cauſa abigeatus alias quæri cum inſcriptione, ut ſi quis plura pecora abegerit, qui plane tenetur criminaliter extra ordinem ut abigeus: alias quæri ſine inſcriptione, veluti abacto uno tantum pecore, quod fit civiliter actione furti, non crimine abigeatus: Et ideo non eſt neceſſaria inſcriptio. Addit Accurſius quintum caſum ex *l.ea quidem, tit. ſeq.* quæ lex non loquitur de accuſationibus: igitur nil pertinet ad id, quod propoſuimus in accuſationib. requiri inſcriptionem, ſed loquitur de elogiis, & notoriis, ſive notariis (utroque nomine dicuntur recte à notis, quibus præſcribuntur) officialium, ſeu apparitorum, quibus magiſtratui denuntiant quædam crimina: in iis elogiis non eſt neceſſaria inſcriptio, quia nec ſunt ſolemnes accuſationes, & tamen denuntiatorem non ideo minus occupat pœna calumniæ, ſi evidens fuerit calumnia, licet non inſcripſerit in crimen, quod non denuntiavit *l.ult.* quæ eſt conſtit. Græca, *inf.de cuſtod. reor. l.1. inf.de curioſ. lib.12.* ubi curioſi ſunt illi officiales, qui inquirunt de criminibus, & qui etiam curam habent curſus publici. Et hoc eſt, quod ait *l.ab accuſatione, §.nuntiatores, ff.ad SC. Turp.* denuntiatores debere aſſiſtere ſuis elogiis, ſive notoriis, quæ pertulerunt ad judicem, id eſt, probare debere, quod denuntiaverunt, aut ſufferre pœnam calumniæ. Hæ igitur 5. exceptiones Accurſ. ſubmoveantur: quæ retineri poſſint, videamus. Fateor maritum, qui jure mariti uxorem facit ream adulterii, non adſtringi vinculo inſcriptionis, nec timere calumniæ pœnam, etiamſi non obtineat. Et ita evidenter proditum eſt in *l.quamvis, inf.ad l. Jul. de adult.* Et ratio eſt, quia maritum excuſat juſtus dolor, quem animo conceperat, & quo ductus inconſulto proſilierat ad accuſationem. Is juſtus dolor eſt amor iratus, ut ait Sen. *in Hercule Oeteo*. Et eadem ratione mulier, quæ ſuam, vel ſuorum injuriam perſequitur ex SC. quo id nominatim cautum eſt, non ſubſcribit in crimen, *l.2. inf. de calumniat. l.5. & 12. hoc tit.* Poteſt mulier accuſare publico, vel extraordinario judicio, vel agere populari actione, ſi res ad eam pertineat, non aliter. Et ideo ait *l.5.* ſi filii tutores, vel curatores habeant, & agatur de falſo inſtrumento, ex quo adverſarius filiorum cauſam obtinuit, eam rem non pertinere ad matrem, quia filii tutores, & curatores habent, qui ex officio debent exſequi falſi accuſationem: & ideo, quaſi res ad matrem non pertineat, hoc caſu non poterit ipſa inſtituere falſi accuſationem. At cum res ad eam pertinet, id eſt, cum perſequitur ſuam, vel ſuorum injuriam, admittitur ad accuſationem, nec neceſſe habet ſubſcribere, quia nec calumniæ pœna tenetur, ſi non probaverit, quod intendit, quod SC. cautum eſt, propter fragilitatem, & temeritatem naturæ, quæ facile eam impellit ad perſequendam injuriam, quam facile ſibi perſuadet factam eſſe ſuis, vel ſibi. Ex quo ſequitur, quod ſi mulier ſuæ, vel ſuorum injuriæ accuſationem inſtituerit, & poſtea deſiſtat, non incidit in pœnam SC. Turp. qua tenentur deſertores accuſationum ſine abolitione, quia qui non inſcribit in crimen, & calumniæ non tenetur, etiam non tenetur pœna hac SC. Turp. ſi deſiſtat ſine abolitione principis, *l.in SC. §.eos, ff. ad SC. Turp.* Et hoc verum eſt in hoc caſu, cum mulier perſequitur ſuam, vel ſuorum injuriam. Quo ſolo caſu extra cauſam majeſtatis, & annonæ publ. mulieri jus accuſandi eſt, *l.4. & 9. & 14. h.tit. l.1. & 2. ff. de accuſ. l.5. inf.ad l.Fab. de plagiar. l.19. inf. ad l.Cor. de falſ. l. 3. §. ſed & ſi mulier, ff.de lib. hom. exhib. l.6. ff. de pop. act.* Et verum hoc eſſe,

hoc

hoc casu, ut si desistat, non incidat in SC. Turpil. ostendit *l. 4.* ut scripta est, *ff. ad SC. Turpil.* Nec obstat *l. pen. inf. ad SC. Turp.* quæ ait, mulierem persequentem suam, vel suorum injuriam, si pactu habito cum adversario destiterit, incidere in pœnam SC. Turpill. Sed hoc ideo, quia turpiter depecta est de sua, vel suorum injuria. Non igitur quæ quoquo modo destitit, incidit in SC. Turp. sed quæ per turpem depectionem destiterit, ut est legendum *in l. 2. inf. de abol.* Illo loco, *per deceptionem* est legendum *per depectionem*, ὑπερβιβασμὸς τῶν στοιχείων: nam legendum *per depectionem*, ut in Basilicis, κατὰ σύμφωνον. Eadem ratione si pater persequatur cædem filii sui, vel filius patris, non habet necesse subscribere, *l. ult. ff. de publ. judic. l. 4. inf. de calumniator.* Alias his personis exceptis, quæ justa causa impelluntur ad accusationem, & facile excusantur temere instituta accusatione, alias, B inquam, hi, qui persequuntur suam, vel suorum injuriam, non sunt immunes vinculo inscriptionis, nec pagani, nec milites, ut ait *l. 3. & 10. h. tit.* Postremo fateor etiam, quod ait glossa, eum, qui accusatori suo refert crimen calumniæ, vel lenocinii uxor marito in modum exceptionis, quia hic etiam directo non accusat, sed opponit exceptionem, eum non inscribere, quia hoc non est accusare, sed se defendere, ut *l. 1. inf. de calumniat. l. qui cum major natu, §. si libertus, ff. de bonis libert. l. 2. §. si publico, ff. ad leg. Jul. de adult.* At præter inscriptionem etiam ex hac leg. 3. est notandum, eum, qui accusare vult, debere satisdare de lite exercenda, ut *l. 1. inf. ad SC. Turp. l. 5. §. sunt qui putant, ff. de his, quib. ut ind.* id est, ut satisdet se perseveraturum in crimine usque ad sententiam, *l. 7. ff. de accus.* Post satisdationem si non affuerit judicio, qui C ostentarat se velle accusare, & litem contestari cum reo, edictis evocatur, & contumax extra ordinem punitur arbitrio judicis, non talione, quia non damnatur, quod calumniatus sit, qui necdum accusavit, sed quod judicio, ut caverat, non adfuerit. Et ita est accipienda *l. 3.* Nam supinus est error Græcorum, qui hanc partem *legis tertiæ* accipiunt de reo, qui vocatus in jus non venit, ut contumax extra ordinem puniatur, & agnoscat sumptus, quos accusator fecit in hunc diem, quia non est hic ordo juris, sed qui delatus est reus, requiritur, & exhibetur, ducitur, prehenditur, & non inventus, adnotatur inter reos, &c. quæ exponit *l. 2. inf. de exhib. reis.* Et manifestum est, verba legis 3. accommodari tantum posse ad eum, qui crimen intendit, ut si quemadmodum cavit, judicio non adsit, edictu admonitus, puniatur extra ordinem, & reo D in jus vocato refundat sumptus litis, & viatica .i. sumptus itinerarios litis, ac cætera viatica, ut *l. eum, quem temere, ff. de judic.* Dixi accusare non posse eum, qui ipse accusatus est, qui est in reatu, nec alium quenquam, nisi suam, suorumque injuriam persequatur, neque accusatorem suum eo crimine, cujus relatione neque relevetur ipse, neque oneretur, & pœnæ subiiciatur accusator, *l. 1. h. tit.* Dixi alio nomine, quam pupilli, vel adolescentis .i. tutorio, vel curatorio, neminem posse accusare, *l. 2.* Dixi etiam accusare eum non posse, qui non edidit libellum inscriptionis, nec satisdedit, se perseveraturum in crimine usque ad sententiam in *l. 3.* libellum inscriptionis, qui & delationis dicitur, esse accusatori periculum calumniæ, ut ait *l. 15. h. tit.* Sicut (quod notandum) judici, qui ex scripto sententiam ferre debet, ut cautum est E legib. Libellus, ex quo sententiam dicit, est periculum improbitatis, vel stultitiæ suæ. Et inde titulus: *de sententiis ex periculo recitandis* .i. ex libello, quia periculum est judici existimationis, si perperam judicaverit. Præterea dixi mulierem, aut militem publico judicio non posse accusare, nisi suam, suorumve injuriam persequatur, in *l. 4. 5. 8. 9. 10. 12. 14. h. tit.* Nunc addo eum etiam, qui ab accusatione se discedere professus est, eundem eodem crimine iterum accusare non posse, ut in *l. 6. h. tit. l. 3. & 4. inf. ad SC. Turpill.* qui, inquam, professus est, expressim, vel tacite nil refert: Nam & ab accusatione discedere .i. desistere, & liti renuntiare videtur, qui intra tempus à judice definitum non perfert accusationem, licet nominatim ei non renuntiaverit. Non perfert accusationem, inquit *l. 7. h. tit.* non peregit reum, inquit *l. ab accusatione, §. destitisse, ff. ad Senatusc. Turp.* Perferre ergo accusationem est peragere reum, ut perferre litem, *l. 6. ff. de col. dot.* perferre actionem, *l. cum filius, ff. de leg. 2.* perferre causam, *l. quærebatur, ff. ad Senatusc. Turp. l. 16. ff. de inof. test.* & in multis aliis locis. Plin. 5. Epist. *causam Vicentinorum eo animo, quo susceperat pertulisset.* Et Apul. 7. *Fisci advocatus nostram causam pertulerat*, id est, rem perduxerat ad sententiam. Ita in *l. 7.* perferre accusationem, *& l. ult. inf. ad Senatusc. Turp.* Loquimur autem de eo, qui ultro destitit ab accusatione, & in totum deposuit animum peragendi rei sine abolitione, id est, sine venia omittendæ accusationis, qui proprie dicitur tergiversator .i. qui desistit ab accusatione sine venia Principis, quam ob causam incidit in pœnam SC. Turp. quam si sustinuerit, infamis fit, *l. spurii, §. qui judicii, ff. de decur.* Infamis fit, inquam, & ideo nec eundem, nec alium quenquam postea accusare potest. Et generaliter est accipienda *l. 2. ff. ad Senatusc. Turpil.* dum ait, eum, qui destitit, amplius accusare non posse, id est, neminem accusare posse. Quod etiam idem juris est ex *l. Julia publ. jud.* in prævaricatore, id est, qui causam criminis perfunctorie agit, & se vinci patitur, *l. 5. ff. de prævar.* Idem etiam juris est in calumniatore ex lege Remmia, qua puniuntur calumniatores, *l. 4. ff. de accus.* Quamvis autem tergiversator neque alium quenquam accusare possit, neque eundem reum repetere, tamen alius poterit eundem reum accusare eodem crimine, etiamsi cum priori accusatore, & tergiversatore jure licito transegerit, quod aperte demonstrat *l. 5. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Et errant hac in re Græci interpretes in *l. 6. h. tit.* dum ajunt, eum, *qui jure transegit, puta de crimine inferente mortem, cum suo accusatore, nec postea ab alio accusari posse.* Fateor non posse ab eo, cum quo jure transegit: nec posse ab alio, pernego. Ad hoc etiam observandum est in specie *l. 7. h. tit.* mulierem suam, suorumque injuriam persequentem, quæ non pertulit accusationem intra tempus à judice definitum, liti quidem videri renuntiasse, ut ait *lex 1.* id est, non posse repetere reum, sed alium accusare non prohibebitur, si res ad eam pertineat, alio crimine, quia licet destiterit à priori accusatione, tamen non incidit in pœnam Senatusconsulti Turpilliani, excepto uno casu, ut dicebam nudiusquartus, si turpiter depecta sit, *l. pen. inf. ad Senatusc. Turp.* Extra hunc casum, si alio modo destiterit, non incidet in Senatusconsultum Turpillianum, non committit in SC. Et ratio hæc est, quia mulier, quæ admittitur ad accusationem, non subscribit in crimen, & calumniæ non tenetur, si non obtineat, quod probavi jam ante. Et is tantum incidit in Senatusconsult. Turpil. cum quo de calumnia agitur, non is, cum quo agi non potest de calumnia, *l. in Senatusc. §. eos, ff. ad Senatusc. Turpil.* Nec obstat *l. abolitionem, inf. ad leg. Jul. de adult.* in qua plurimum laborat Accurs. Lex ait, *maritum, qui desistit ab accusatione adulterii, & non peragit adulterium, incidere in SC. Turp. nimirum quasi accuset extraneum*, ut in specie *l. abolitionem, subscribit in crimen, & ita calumniæ tenetur.* At secus esset, si accusaret uxorem adulterii ex sola suspicione: Nam hoc casu non subscriberet in crimen, nec calumniæ teneretur, *l. quamvis, eod. tit.* Ergo nec desistens ab accusatione uxoris, incideret in SC. Turpill. Et ita res explicanda. At vero quod dixi, *mulierem, quæ accusationem instituit, suarum injuriarum gratia, desistentem sine abolitione, non incidere in Senatuscons. Turp.* id aperte respondit Papinianus in *l. 4. ff. ad Senatusc. Turpil. Mulier*, inquit, *quæ falsi crimen injuriæ propriæ omisit. non incidit in Senatusc. Turp.* Unde quidam Jacobus Curtius, quoniam legerat in *l. 1. §. accusationem, eod. tit. ad SC. Turp.* Papinian. respondisse, *Mulierem, quæ jure non instituit accusationem .i. non suarum injuriarum gratia, desistentem, non incidere in Senatusc. Turp.* male suspicatur in *d. l. 4.* quod sit ex responsis Papiniani, esse addendam negationem ex *d. §. accusationem*; ut legamus, *Mulier, quæ falsi crimen, non injuriæ*

pro

propriæ, quæ ſuſpicio non eſt admittenda ullo modo: Nam nunquid potuit Papinianus utrumque reſpondere, cum & utrumque ſit verum? mulierem, quæ deſiſtit à crimine injuriæ propriæ, vel non propriæ, non incidere in Senatuſc. Turpil. itaque ne ſequamur Curtium, & pergamus ad reliqua. Frater fratrem publico judicio accuſare non poteſt, quod ita eſt intelligendum, ſi objiciat fratri capitale crimen. Nam charitatis ratio, & neceſſitudinis exigit, ne hoc poſſit audere frater in fratrem, *l.13.hoc tit.* ne hoc poſſit audere impune, ut oſtendit *d.l.13.* Nam levius crimen impune objicere poteſt, id eſt, non capitale, veluti l. Julia de vi privata, vel l.Julia de ambitu, *l.18.hoc tit.* Valde pia eſt, & humana illa conſtitutio, ut frater fratrem magni, & capitalis criminis jure publico reum facere non poſſit. Sed à Chriſtianis plus exigitur ab eo ipſo, qui nos Chriſtianos fecit, ut ne dicat quidem frater fratri, *μωρέ*, id eſt, ſtulte, quod Syriaca lingua dicitur, *Sote*, unde proculdubio traximus noſtrum *ſot*, & ne etiam frater fratri dicat racha, id eſt, *κενέ*, id eſt, inanis homo, vel follis, ut in noſtro idiotiſmo à folle, ab inanitate ventoſæ follis dicimus, *un fol.* Dixi autem jure publico, quia impune objiciet frater fratri, ab eo vitæ ſuæ inſidias fuiſſe paratas, & hoc ſolum recte videtur, & mater filio objicere, *l.14. hoc tit.* Sed interim monendi eſtis, hodie neminem jure publico accuſare poſſe, ſive ſuam, ſive publicam, & alienam injuriam perſequatur, nulla eſſe publica judicia moribus noſtris, quæ pateant omnib. ſed de re, quæ ad nos pertinet, de crimine, quod nos pertingit, ſive reſpicit, poſſumus tantum agere civiliter, *pourſuivre noſtre intereſt civil.* Criminaliter autem agere, hoc eſt, vindictam publicam perſequi, ſolus fiſci advocatus poteſt, cujus juris nullum veſtigium reperies in libris noſtris, & in aliis auctoribus: reperi tantum unum locum in Hiſtor. Sacra Sulpitii Severi, qui ait, Maximum Imp. Gall. adverſus quoſdam Epiſcopos appoſuiſſe accuſatorem patritium quendam fiſci patronum. Multa uſus induxit, quæ jus civile non probat: ut illud etiam, ut rei abſentis, & contumacis imago comburatur, vel furcæ affigatur, quod uſus tantum admittit in graviſſimis criminib. non invenies ſcriptum in jure noſtro. Et inveni tantum locum unum apud Trebellium Pollion. in Celſo 27. Tyranno, qui tamen & id injuriam vocat: *Novo*, inquit, *injuriæ genere imago Celſi in crucem ſublata eſt, quaſi patibulo ipſe Celſus videretur affixus.* Memini etiam me legere alium quendam locum ea de re, quem tamen hodie nunquam mea memoria potuit reperire. Infames, quod jam attigi, etiam plerunque non poſſunt accuſare, quod hæc verba l. 3. ſignificant, *ſi tibi exiſtimatio integra eſt.* Nam infamis eſt is, cujus eſt deintegrata exiſtimatio, qui plerunque non admittitur ad accuſationem, imo nec ad popularem actionem, *l.4. de popul. act.* niſi ſuarum injuriarum gratia, ut *l. 4. ff. de accuſat.* Veluti damnatus judicio publico, non admittitur ad accuſationem alterius, quia eſt infamis, & aliquando etiam eadem ratione damnatus non judicio publico, ut ex Senatuſc. Turpil. ex quo non eſt publicum judicium, *l. 3. §. ult. ff. de prævaricat.* & tamen eo judicio damnatus fit infamis, nec alium poteſt accuſare, ut in *ſupra d.l ſpurii, §.qui judicii.* Idemque eſt in delatore, qui citatus ad edictum non reſpondit, ex *l.2. §.Senatus, ff. de jur. fiſc.* At notatus cenſorio judicio non prohibetur alium accuſare, quia nec cenſor infamem facere poteſt, ſed tantum prætoris edictum, vel lex, vel Senatuſc. Marcus Tullius pro Cluentio: *In omnibus legib.* inquit, *quibus eſt exceptum de quibus cauſis alium accuſare non liceat, iſtud ignominiæ genus*, id eſt, *cenſoria nota, non comprehenditur.* Addamus etiam eum, qui duos reos delatos habet ex diverſis criminibus: nam ex uno crimine plures deferri poſſunt, *l. 1.inf. ſi reus, vel accuſat. mort. fuer.* Patet igitur, eum, qui duos reos diverſorum criminum habet delatos, non poſſe tertium accuſare alio quodam crimine: niſi ſuam, vel ſuorum injuriam perſequatur, *l.16. h.tit. l.qui accuſare, ff. de accuſat.* quæ addit rationem, ut cohibeatur affectatio turpis quæſtus: Nam accuſatorib. præmia deferebantur, quorum affectatione ne plures reos pluribus legibus faciant; vetatur lege Julia judiciorum publicorum plures, quam duos reos, eodem tempore delatos habere, quod etiam probat *lex inter, §.ult. ff.ad l.Jul. de adult.* Et ait *l. 16.* ut tertium quis accuſet, qui duos accuſatos perſequitur, hoc non permitti contra præſcripta legis, nimirum Juliæ, ut in *l.hos accuſare, §.lege, ff.de accuſ.* Ubi manifeſto obſervatio 6. docet eſſe legendum, lege Julia judiciorum publicorum non admitti eum, qui eodem tempore queritur *de tribus reis*, niſi ſuarum injuriarum gratia, non *de duobus reis*, nam ut ſupradictæ leges oſtendunt, de duobus reis queri licet eodem tempore. Et ultimum hoc eſt, etiam familiares, & domeſticos noſtros, licet ſint ingenui homines nos accuſare non poſſe: libertos patronos ſuos, vel patronorum heredes, nec ſuarum injuriarum gratia poſſe criminaliter accuſare, civiliter poſſe: nec item ſervos audiri adverſus ſuos dominos, imo puniri graviter, ſi quid deferant in dominos ſuos, *l.17. pen. & ult. hoc tit. l.6. & 7. inf.de delator.* Excipitur tantum crimen majeſtatis, in quo etiam eſt honeſta proditio ſervi, & hoc ſignificatur breviter in *C. Th. hoc tit.* ne præter crimen majeſtat. ſervus dominum, vel libertus patronum, aut familiares accuſent. Separantur ſervi à familiarib. ut in *l.pen. h.tit.* Nam familiares ſunt ingenui, qui in domo noſtra verſantur, & agunt, interdum tamen accipiuntur pro ſervis. Seneca *Epiſtola 47. Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores noſtri dominis, omnem contumeliam ſervis detraxerint, dominum patremf. appellarunt ſervos (quod etiam in mimis adhuc durat) familiares.* Et hoc ſenſu Ammianus Marcel.28. *ſubito perculſi familiares, hebetatis ſenſibus dominum non defenderunt.* Illud poſtremo non omittam errare in hoc titulo *legem 11.* quæ alio loco rectius fuiſſet poſita, quia non eſt de iis, qui accuſare non poſſunt, ut cæteræ omnes: ſed hoc tantum vult, eum, qui dolo malo incendium fecit, qui incendit ædes, aut villam alienam, vel acervum, & micam, ſeu metam frumenti, teneri lege Cornelia de ſicariis, quod & verum eſt, *l. 1. l. ſi quis dolo, ff. ad leg. Corn.de ſicar.* & capite punitur ex ea lege. Exſtat ſeveriſſima conſtitutio Friderici Imperat. in incendiarios in Chronico Abbatis Urſpergenſis. Imo ex leg. 12. tab. incendiarii vivi exuruntur pœna convenientiſſima, ut igne pereat, qui igne abſumpſit aliena *l. qui ædes, ff. de incen. ruin. naufr.* Fortuita incendia ita non vindicantur, quæ culpa, & negligentia noſtra contingunt, non dolo malo: aut civiliter exercentur, aut modice vindicantur, *l. capitalium, §. incendiarii, ff. de pœn.* Civiliter vindicantur actione legis Aquiliæ. Eſt etiam alia actio ex 12. *tab.* qua civiliter vindicantur, quæ dicitur incenſarum ædium actio, uno tantum in loco juris, *l.juriſgentium, §.ſi paciſcar, ff.de pact.* & ab uno interprete Græco Thalelæo, *ſup.l.1.de lege Aquil.* Et eſt actio in duplum, ut indicat *Paulus 5. Sentent. tit.3.*



AD TITULUM II.

DE ACCUSATIONIBUS, ET INSCRIPTIONIBUS.

A PERSONIS, de quibus dixit 1. titulo, tranſit ad rem ipſam, hoc eſt, accuſationes, & inſcriptiones, qui eſt ordo exercendi judicii, & reſpondendi de jure. Inſcriptiones, ſive delationes, denuntiationes, querelæ præcedunt, accuſationes ſequuntur, *l.3. tit.1. l.pen. hoc tit. l.7. ff. eod. l. 2. inf. ut intr. cert. temp. crimin. qu. ter.* Quod & ratio exigendæ inſcriptionis demonſtrat, quæ proponitur *l. 5. Cod. Theod. eod. ut ſopita ira*, inquit (quoniam ſæpe irati proſiliunt ad accuſationem) *& per hæc ſpatia, quibus exequuntur inſcriptionis ſolemnitatem mentis tranquillitate recepta, omnes ad ſupremam actionem, cum ratione veniant, atque conſilio.* Supremam actionem vocat accuſationem. Inſcriptio eſt præludium accuſationis. At in hoc tit. prius dantur leges de accuſationibus, quam de inſcriptionib. quæ fuit ratio incipiendi tituli in hunc

mo-

modum: *de accus. & inscript.* quod in eo priores sint leges de accusationibus, posteriores de inscriptionibus, nempe *l.13. & 15. & pen. & ult.* Est etiam de inscriptionibus nonnihil in *l.8. hoc tit.* ut inscriptio, vel fiat ex libello, id est, edito libello, vel deponatur apud acta. Unde in *l.1. infr. ad Senat. Turpill.* inscriptionem deponere, id est, deponere apud acta, non dato libello. Et *l.13.* docet ne servum quidem hominem accusari posse, nisi præcesserit inscriptio. Et *l.15.* ne potentioribus quidem viris, puta illustribus, aut spectabilibus remitti necessitatem inscriptionis, si velint accusationem instituere in aliquem. Quod utique verum est etiam eo casu, quo criminalem injuriarum causam per procuratorem agere possunt, ut *l. ult. infr. de injur.* Nam ipsi viri illustres inscribunt in crimen injuriarum, deque eo adversarium accusant, cum & eis, & in eos ad extremum sententia dicatur ex eadem l. Et procurator tantum est minister agendæ, & exequendæ causæ jure singulari, quia regulariter nemo agit causam criminalem per procuratorem. *Lex pen.* punit officialem judicis, qui in judiciale secretum vel (ut loquitur *secretarium*) quod est auditorium judicis, introducit accusatorem, qui non subscripsit in crimen: nec enim debet accusator admitti in secretarium judicis, antequam subscripserit in crimen, quod parat intentare. Cæteræ, quæ sunt in *l.pen.* & quæ sunt etiam in *l.ult.* de accusatoris inscriptione, & periculo, memini me exponere in *l.3. tit.1.* ut ex *l.ult.* hoc tantum nobis notandum restet, reum de se in quæstione confessum, vel etiam extra quæstionem (ut postea dicam) non torqueri, vel interrogari in alios, conscios puta, & participes. Quod etiam *lex ult.* ait, esse ex auctoritate juris veteris, & puto eam intelligere rescriptum D. Pii, de quo in *l. repeti, §.1. ff. de quæst.* Is, qui de se confessus est, non torquetur in caput aliorum, ut Divus Pius rescripsit. At multi sunt in jure loci, qui huic sententiæ adversantur, loci innumeri, quibus dicitur reos criminum de sociis interrogari, & socios prodere per tormenta, in quæstione socios nominare, quod utique fit non in exceptis criminibus quibusdam, ut glossa voluit in *l. ult.* non in maximis criminibus tantum, sed etiam in omnibus. Et eo jure utimur. Quid est ergo, quod ait *l. ult.* de se confessum non interrogari de aliena conscientia, id est, de consciis: nemine de proprio crimine confitentem, esse scrutandum de aliena conscientia, ut ait, cum restent innumeri loci, ut dixi, quibus dicitur, reos criminum interrogari de sociis: Verum hoc jure nunquam fit, nisi cum reus convictus est, cum manifesti criminis reus tenetur, cum est deprehensus ἐπ' αὐτοφώρῳ, quod verbum Græci auctores usurpant, non in furto tantum, sed in quolibet genere criminum, ut Demosthenes loquitur, παρ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, *sur le faict*: Nam hic damnatur, etiamsi nihil confiteatur. Nam quod quædam nationes observant, ut nec convictus quidem damnetur, nisi confiteatur, hoc jus nostrum non admittit, quod alterutro est contentum, vel ut convincatur, vel ut confiteatur, *l. qui sentent. inf. de pœn.* Ergo convictus, de sociis recte interrogatur: confessus, non convictus, non interrogatur in socios, vel in alios. Et ratio est optima, quia cum habeatur confessus pro damnato, facit ut desperatus ad delationem aliorum confugere possit, *l. deferre, §.1. ff. de jur. fisc.* Et hoc est, quod ait Paulus *1. Sent. tit.12.* qui de se confessus est, in alios torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua salute desperavit. Excipio solum mandatorem criminis, qui criminis est professor, & machinator, de quo confessus interrogari potest, tanquam de auctore primo sceleris, ut *l. prius, ff. ad SC. Syll.* non de consciis omnibus. Itaque hac in re constituenda est differentia inter convictum, & confessum: ut hic, qui sibi non pepercit, qui se noluit servare, qui servatus fuisset deficientibus probationibus, nisi se suo ore prodidisset, & damnasset, ut, inquam, hic non interrogetur in alios: ille interrogetur, qui convictus non confessus est, nec tamen ei facile fides habeatur, ut *l.4. inf. de quæst.* Et quod ait glossa in *l.ult.* confessi responsionem præsumptionem facere, non plenam probationem, hoc ego de convicto dicendum puto, non de confesso: quia frustra, & prorsus inutiliter interrogatur, cum legibus cautum sit, ne interrogetur. Nec facio differentiam inter confessum ex interrogatione, vel quæstione, & ultro sua sponte confessum, sicut etiam *l. ult.* non facit differentiam, in qua in Cod. Theodos. adduntur hæc verba, quæ referam, quoniam vulgo corruptissima sunt. *Nemo credat sponte fingenti, commonitoriis, secretisque mandatis fidem penitus abnegamus.* Et hæc de legibus h. t. quæ pertinent ad inscriptiones. Cæteræ sunt de accusationibus, & non tantum de accusationibus publicorum judiciorum, sed etiam de extraordinariis accusationibus, de quæstionibus extraordinariorum judiciorum, ut *l.1.* quæ est de termino moto, qui erat positus in agro finium regundorum causa, de termino exarato, vel effosso, aut evulso, cujus criminis executio est extraordinaria, ut ait *l.1.* id est, certam legem non habet, quæ huic crimini irroget certam pœnam, sed ejus coercitio relinquitur arbitrio judicis: Nam quæ de termino moto proponitur actio certæ pœnæ ex lege Agraria Julii Cæsaris, ea non est actio criminalis, sed civilis, & popularis: Nam nulla est actio popularis, quæ sit criminalis: omnes sunt forenses, seu civiles. Et ita est explicanda *l.ult.* de *term.mot.* quam Accurs. in *l.1. h.t.* explicat tribus, aut quatuor modis, nec quidquam agit. Verissimum .n. est (quod ille omisit) proponi in *l.ult.* actionem civilem ordinariam ex lege Julia, criminalem ordinariam nullam esse de termino moto. Et ita Paul. *1. Sent. tit.16.* in eum, qui per vim terminos dejecerit, vel amoverit, extra ordinem animadvertitur. Extraordinaria etiam est accusatio, de qua agitur in *l.10. hoc tit.* id est, nulla certa lege prodita, scilicet in eum, qui venditat litigatori sententiam judicis hoc obtentu, sive prætextu, quod judex sibi sit summus amicus, & valde familiaris, aut quod etiam judex sit venalis, denique quod possit ab eo facile quamcumque sententiam volet, redimere, vel obtinere. Qui, inquam, ita venditat sententiam judicis litigatori certo pretio convento pro ista opera, & *l.10.* ait utrumque crimen contrahere, venditorem, & emptorem, illicitum hoc esse commercium. Utitur *commercii* verbo. Ergo loquitur de emptore, & venditore eventus sententiæ, & utrumque censet esse puniendum. Non definitur pœna, est igitur extraordinaria. Hujusmodi venditorem Sidonius Apollinaris vocat venditorem intercessionum, alii venditorem fumorum, qualem etiam plerique jam notarunt ex Lampridio, Alexand. Imperat. suffocari fumo jussisse, pœna convenientissima, ut pereat fumo, qui vanos fumos vendidit, sicut ex legibus igne perit, qui incendium fecit. Dixi puniri eum, qui venditavit sententiam judicis litigatori, forte dicens se sententiam facile redempturum à judice, quamcunque volet, ex *l. item apud, §. idem ait, D. de injur.* quæ sola ex iis, quas adducit Accurs. in *l.10.* ad rem propositam facit, & de eo loquitur, qui vendidit eventum sententiæ judicis, *velut daturus pecuniam*, sic legitur Florentiæ recte, non, *velut laturus pecuniam* à litigatore pro ista opera, sed velut daturus pecuniam judici, id est, corrupturus judicem. Nam & sic Græci legunt, ὡς ἂν δέῃ παρέχειν τῷ ἄρχοντι χρήματα. Et sic dixit quodammodo judicem esse venalem, & facile data pecunia depravari posse. Quare lex ait injuriam fieri judici, & judicem sibi factam injuriam ulcisci posse. Non ergo quolibet casu, qui vendidit intercessionem suam, vel fumos, injuriam facit judici, sed hoc solo casu, cum dixit, se impetraturum sententiam in rem litigatoris, data judici pecunia, cum hoc est pollicitus litigatori, quod est maxime notandum. Græci interpretes non intellexerunt *h. l. 10.* Nam putant ejus l. hanc esse sententiam: eum, qui promittit impunitatem cædis, ei, qui cædem facturus est, in æquo esse ei, qui cædem fecit, mandatorem perinde puniri, atque homicidam: utrunque puniri: quod dicit quidem *l.5.* non etiam *l.10.* sed id, quod ante retuli, & Latini interpretes intellexerunt. Addamus, hunc titulum non tantum esse de accusationibus, sed etiam de notoriis, seu notariis apparito-

rum

rum præsidis provinciæ, quæ notoriæ, etsi accusationes non sint, nec desiderent inscriptionem apparitorum, tamen proximæ, & affines sunt accusationibus, nec minus tenent apparitorem, qui denuntiat crimen judici, quam accusatorem, *l. 7. & 14. h. tit.* Et hoc est, quod dicitur *eos debere assistere suis notoriis*, id est, præstare esse veras suas notorias, sua elogia, & relationes. Nam ut ait *l. ab accusat. §. nuntiatores, ff. ad SC. Turpil.* Nam quod *l. 7.* vocat notorias, id *l. 14.* vocat relationes publicarum personarum. Et ita in veteribus glossis, *ex notaria, ἐκ τῆς ἀναφορᾶς*, id est, *ex relatione*. Alias dicuntur notariæ, ut in *l. 1. sup. de off. comit. sacrarum largit.* Et passim in collatione dierum aliquot cum Donatistis apud D. August. modo notariæ, modo notoriæ, à notis nimirum, quibus consignabantur, ut indicant Donatistæ eodem lib. dum postulant sibi gesta edi conscripta, quod nesciant notas. Non igitur, ut vult glossa, notoria sunt dicenda, quasi res notas invulgarent: sed notariæ, vel notariæ, id est, relationes transmissæ ad judices singularis literis, vel aliis brevibus notis, seu compendiis, de criminibus commissis in provincia. Quod *lex 8. hoc tit.* ostendit, plerunque fieri per stationarios milites: & *l. 31. C. Theod. de episcop. & cler. notoriis apparitorum*, inquit, *quos stationarios appellant*, Optatus Afer, *superstationarios*, quod essent dispositi in provinciis per certas stationes, maxime cohibendorum, aut retengendorum latronum gratia, ut docet Sveton. in *Julio*, & *Tiberio*, & Tertull. in *Apologetico*, ut Euseb. *in lib. de locis Hebraicis* scribit, inter Æliam, id est, Hierusalem, & Hiericum in loco, qui à Græcis dicebatur *ἀνάβασις πυῤῥῶν*, id est, ascensus sanguinariorum, rubrorum, seu latronum, fuisse stationem, seu castellum militum ad auxilia viatorum. Et ille est locus, qui in Evangelio notatur fuisse infamis latrocinii, in quo ob eam rem Romani habebant stationem dispositam militum, quo remedio uti præstaret hodie. Et ostendit *lex* 18. stationarios milites denuntiare tantum crimen, non etiam audire accusatores, sed adeundum esse præsidem provinciæ, tantum habere jus denuntiandi præsidi, præsidem æstimare, an elogio apparitoris, seu militis sit credendum, nec ne: nec enim hisce elogiis, seu notoriis temere credendum est, nec etiam, ut ait *l. 14.* emendicatis suffragiis decretorum, id est, commendationibus civitatis, quæ dicuntur *ψηφίσματα* sæpe à Marco Tullio in Verrinis, id est, decreta decurionum, quibus reum aliquem laudant, atque commendant: emendicatis, non enucleatis suffragiis temere credendum non est. Et ita emendicatis suffragiis in *l. 7. inf. de Palatinis sacrarum largit. & l. 75. C. Theod. de decurionibus*. In hoc tit. hæc potissimum quæstio tractatur, an reus per alium defendi possit, vel an accusator per alium accusare possit, & an absens reus damnari, vel accusator absens litis damno coerceri possit absoluto reo. Ret est omnino male explicata à Doctor. nostris, maleque perducta in usum fori, tanquam ex jure nostro fiat, quia quod usu receptum est hac in re, tanquam ex jure nostro, id hodie planum faciam, nulla, aut parva admodum parte cum jure nostro congruere. Et primum quidem ita distinguo: aut servus factus est reus, aut liber homo: si servus factus est reus, sive præsens sit, sive absens, per dominum, vel procuratorem domini, vel per alium pro domino defendi potest, *l. 2. h. tit. l. servus, D. de publ. judic. l. servis, D. de appellat.* Et ratio hæc est, quia dominus non tam videtur reum defendere, quam rem patrimonii sui, cum servum suum defendit, quem in patrimonio habet: & interest cujusque suum tueri patrimonium, & defendere, maxime cum dominus, vel alius nomine domini servum criminis postulatum hactenus tantum defendat, ut pro eo offerat competentes allegationes, ut purget innocentiam ejus, & eum sibi conservet, & præterea, satisdet servum judicio sisti, *l. si servum, ff. de accusat. l. 2. de custod. reor.* & vero, ut sistat eum in judicio, *l. 2. h. tit.* non etiam, ut pro eo sustineat condemnationem, quoniam etiam si defensorem habuerit dominum, in personam ejus fiet condemnatio, non in personam domini, quæ est sententia *l. 2.* Nec obstat, quod in noxalibus actionibus, ex delictis servorum dominus his actionibus conventus, suffert condemnationem, nisi servum noxæ dedat, quia noxales actiones non sunt criminalia judicia, sed civilia, *l. quid sit, §. quod ajunt, ff. de ædil. edict.* Nos de criminalibus judiciis loquimur, in quibus condemnationem is tantum suffert, qui criminis factus est reus, non dominus ejus, ne pœna egrediatur auctorem criminis. Et ad hæc etiam si dominus non defendat servum suum in criminali judicio, si nolit defendere, teneri accusatori actione ad exhibendum, ut eum servum producat. Et ita est accipienda *l. 1. sup. de noxal. act.* quoniam est conjungenda *cum l. 2. h. tit.* ut probat similitudo inscriptionis, & subscriptionis. Ideoque contra quam sentiat Accurs. in *d. l. 2. de noxal.* ea lex accipienda est de servo criminaliter accusato, nec defenso à domino, quoniam quem defendit dominus, utique sistere debet. At & quem non defendit, ut exhibeat, potest conveniri actione ad exhibendum. Ex quo sequitur non tantum eum, qui acturus est noxali actione, in dominum agere de servo exhibendo, ut constat, sed etiam eum, qui accusaturus est servum criminaliter, quive accusat, quod maxime est notandum. Est etiam cum hac *l. 2.* conjungenda eodem argumento inscriptionis, & subscriptionis *lex 1. inf. de injuriis*. In qua hoc tantum habetur, nec servis alienis licere facere injuriam. Quam sententiam glossa, & interpretes omnes dicunt esse accipiendam active, & passive argumento conjunctionis harum legum. Dico esse tantum active accipiendam, ut & servus alienus, si fecerit injuriam, injuriarum criminaliter accusari possit. Et hæc quidem in servo locum habent. In libero homine, qui reus postulatus est, aliud est dicendum: Namque is, sive præsens sit, sive absens liber homo reus postulatus, neque per procuratorem, neque per alium quenquam, etiamsi satis offerat reum judicio sisti, defendi potest. Et hanc differentiam inter servum, & liberum puto exposuisse Modestinum lib. 6. differentiarum, ex quo sumpta est *d. l. si servum*. In qua dicit dominum, qui servum defendit in judicio capitali, sistendum satisdato promittere juberi, lege scilicet publicorum judiciorum, ad differentiam scilicet liberi hominis, qui reus postulatur capitali judicio, quem nemo potest defendere, etiamsi paratus sit sistendum satisdato promittere, quia generaliter, neque ad accusandum in criminalibus causis procurator, vel alius quisquam nomine accusatoris, vel rei admittitur, &, ut ait *l. pen. §. 1. ff. de publ. judic.* multo magis ad defendendum reum procurator non admittitur. Cur multo magis? quia scilicet in judicio criminali magis est necessaria exhibitio, & præsentia rei, quam accusatoris, ut componatur cum testibus (*pour les confronter*) ut ex voce ejus, & habitudine, ex constantia, vel trepidatione prudens judex eruat veritatem. Attamen causæ absentiæ rei reddi possunt per procuratorem, vel alium quemlibet nomine absentis, ne judex festinet ad condemnationem, sed eam differat amico allegante justam causam absentiæ, *d. l. pen. l. absens, ff. de procur.* Quoniam hoc non est suscipere integram defensionem causæ, sed tantum excusare absentiam (quod in foro *exoiner* dicitur) quod verbum male dominus Budæus deduxit ex Græco verbo *ἐξόμνυσθαι*, cum sit ex Latino Barbaro, quod in legibus Germanorum sæpe legitur, exidoneare aliquem, id est, non esse idoneum affirmare eum, qui in præsentia judicio adsit, aut adesse possit. In causa igitur criminali excusatio quidem absentiæ admittitur, sed non defensor totius causæ. Et ita est accipienda *lex. 3. hoc tit.* dum ait, reos absentes per procuratorem defendi posse, id est, eorum absentiam redditis justis causis defendi, & excusari posse, non integram causam defendi. Et ita etiam recte Joannes accepit legem *servum, §. publice, D. de procurat.* dum ait, *publice utile esse, ut quilibet absentis defensionem suscipiat, & ejus innocentiam excuset*. Quid hoc est? Innocentia non indiget excusatione. Intelligit ergo, ut absentiam ejus excuset allegando justitiam absentiæ, quod quodammodo est in-

A innocentia absentis. Hoc vero *l.3. hoc tit.* ait, permittere leges publicorum judiciorum, ut absentis rei quilibet absentiam excusare possit differendæ condemnationis gratia, quæ utique differtur excusatione recepta à judice, non aliter: Nam poterit reprobari, eaque reprobata sequetur condemnatio absentis. At *lex pen. D. de publ. jud.* hoc ait esse permissum Senatusconsulto, non legibus publicorum: hæc non sunt contraria: Nam Senatusconsultum intelligere oportet factum ad leges publicorum, quod & legum appellatione continetur. Et ita sæpe legimus idem modo factum lege, modo Senatusconsulto, nimirum Senatusconsulto facto ad eam legem, ampliando, vel interpretando eam legem, ut quod in Institut. legimus, *minorem 25. annis, non posse manumittere, nisi causa probata apud consilium ex lege Ælia Sentia:* hoc Senatusconsult. tribuitur in *l.1. ff. de offic. consul.* Et eodem B loco Cajus 3. *Institut. si quis injustas nuptias contraxerit per errorem, ex quibus liberos susceperit*, liberos ei suos heredes esse, si modo post mortem parentis errorem probaverint. Et hoc ait esse etiam ex lege Ælia Sentia, vel SC. Proinde etiam dicamus in proposito, absentiam rei cuilibet excusare leges publicorum permittere, vel Senatusconsultum. Sed transeamus ad graviora. Ait *l.3. reos capitalium criminum absentes, &c.* Rei non sunt ante litem contestatam. Ergo loquitur *l.3.* (& nos ita sensimus, intelleximusve ab initio hujus tractationis) de reis absentibus post litem contestatam, vel ut ait *l.inter, ff. de publ. judic.* cognitione suscepta, quod Accursio recte est, *lite contestata*, & Basilica, *μετὰ προκάταρξιν*, id est, *post litem contestatam:* hæc tria idem possunt, lite contestata, judicio accepto, nomine rei recepto, cognitione C suscepta. Instituta igitur quæstio est de reis absentibus post litem contestatam: nam ante litem contestatam, qui delatus, nondum factus est reus, si absit per contumaciam, non damnatur, non accusatur, sed adnotatur inter reos delatos in commentariis, seu actis judicum, ut requiritur *l.6. hoc tit.* Eaque adnotatio promulgatur edicto, ut veniat in notitiam ejus, qui delatus est, *l.1. ff. de requir. reis, nec absent. damnan.* Nec tamen ea adnotatio importat publicationem bonorum, vel condemnationem ullam, licet ab ea appellari possit, *l.2. sup. si pend. appell. mors interven.* Sed bona adnotati obsignantur sigillo publico impresso: nondum etiam coguntur in fiscum: quam obsignationem bonorum, ut alii plerique notarunt, nostri interpretes vocant adnotationem, D perperam, cum adnotatio sit id, quod supra exposui, non consignatio bonorum. Verum adnotationem, si reus intra annum non venerit, post annum sequetur bonorum, quæ interim fuerunt obsignata, publicatio, & infamia absentis, *l. ult. ff. de req. reis.* Non autem sequitur absentis condemnatio, post annum quidem, qui litem contestatus non est, nisi sit leve crimen .i. non capitale. Et hoc vult *l.absentem, §.adversus, ff. de pœn.* Post annum igitur sequitur quidem confiscatio bonorum, & infamia propter ademptionem bonorum, sed non condemnatio, quæ scilicet adimat vitam, vel civitatem, vel libertatem, non condemnatio gravis, sed levis, puta pecuniaria, vel relegatio, quæ capitis deminutio non est. At si post litem contestatam reus absit per contumaciam, hoc est, ut ait *d. l. inter*, si per triduum, per singulos E dies ter citatus non respondeat (sunt verba l.) & ter citatus voce præconis, vel buccina, ut apud Plutarchum in Gracchis, *ἀνακαλεῖσθαι ἐπὶ σάλπιγγι*, reum criminis capitalis, qui edicto non obtemperat, evocari buccina. Is, inquam, qui ita per contumaciam abest post litem contestatam, condemnatur quocunque crimine, etiam capitali, nisi præsto sit, qui ejus absentiam excuset, & excusatio recipiatur (nam recepta excusatio condemnationis dilatio est) per triduum autem per singulos dies ter citare in *d. l. inter*, est, quod vulgo dicimus, *per tres breves dies*, fateor. Nec tamen secundum verba *l. inter*, tres illi dies, sunt 9. dies, ut vulgo exponunt, ita ut reus intra 9. dies ter citetur, inter primam, & secundam, & inter secundam, & tertiam citationem, intermisso duorum dierum spatio, ut fit, quod spatium 9. dierum etiam imperite Imbertus in Institutionibus forensibus vocat trinundinum, cum trinundinum, non novem, sed 27. diebus constet, si non ignoramus, quid sit Latine loqui. At nego in *d. l. inter*, triduum accipi pro novem illis diebus, in quibus absens reus ter citandus sit. Nego etiam in ea lege, triduum accipi pro triduo continuo, & consequenti. Sicut nec in *l.12. tab.* de denuntiatione testimonii apud Festum, cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum, id est, ad domum ejus, qui denuntiatus est, obvagulatum ito, id est, proclamatum ito, & denuntiatum testimonium: in ea lege tertios dies non accipio pro tribus consequentibus se, sed pro trinundino, id est, ut primo die denuntiato, vel citato teste, vel reo, intermittantur dies novem, quibus constat singulum nundinum, vel singulæ nundinæ: Post nonum diem iterum citato reo, ut æque intermittantur novem dies, tertium autem citatus, ut adsit saltem nono die, atque ita, ut trinundino citetur, & unaquaque vice, in novemquoque nundino ter præcone eum inclamante, ille, ille, ille. Nam & Coriolanum lego apud Dionysium Halicarnassæum 7. & Plutarch. in Coriolano, juberi adesse *εἰς τρίτην ἀγοράν*, id est, trinundino, seu tertio mercatu: & leges quoque promulgari trinundino, tertiis diebus, & confirmari apud Macrob. *1. c.16. & 3. c.17.* Et ad trinundinum proxime accedit, quod legimus in causis civilibus absentem tribus edictis evocari, per singula edicta intermisso spatio 10. dierum, seu decimi diei incipientis, non expleti, quoniam spatium illod respicit ad solemne illud trinundinum, quo & rusticani coibant in urbem, ut pleno foro res ageretur, & innotesceret etiam rusticanis, *l.ad peremptorium, & seq. ff. de jud.* Quod etiam ita fit in causis civilibus post litem contestatam, si quis absit deserta lite, ut ad eas leges etiam Græci notant, *μετὰ προκάταρξιν*, & facit *lex contra, §.1. D. de re judic. & l.liberto, §. litem, ff. de negot. gest.* Item, ut in civilibus causis *d. §. litem*, ita etiam in criminalibus absentia rei, vel etiam accusatoris post litem contestatam potest per alium excusari: absentia rei, ne damnetur eo crimine, quo fuit accusatus, ne damnetur *μονομερῶς*, id est, una tantum parte præsente, se absente. Accusatoris autem absentia, ne calumniæ damnetur d. *l. inter*, qui posset calumniæ damnari, quod abfuerit post litem contestatam per contumaciam, id est, quod tribus diebus ter citatus non responderit, & reus absolveretur, si non reciperetur excusatio absentiæ: & tamen si ante litem contestatam post inscriptionem is, qui in crimen inscripsit, per contumaciam absit, calumniæ non damnatur, sed extra ordinem, ut ait *l.3. tit.1.* quod est levius, quam calumniæ pœna, & gravius, quam Senatusconsulti Turpill. pœna, ut ait *l.absentem, §. pen. ff. de pœn.* Quoniam pœna Senatusconsulti Turpill. est tantum pecuniaria. Loquimur ergo de reo, vel de accusatore, qui post litem contestatam abest per contumaciam, cujusque absentiæ ratio ab alio non allegatur, vel allegata non recipitur: Nam qui ita abest, condemnari potest *μονομερῶς*, nec condemnatus appellare potest, *l. ex consensu, §. ult. de appell.* Dico, si absit per contumaciam: Nam si post litem contestatam absit citra contumaciam, puta non peracto ordine citationum, non servata supradicta solemnitate juris, & tamen damnetur reus ut contumax, ipso jure nulla est sententia. Accusator quoque, si post litem contestatam absit citra contumaciam, neque calumniæ, ut contumax damnari potest, neque reus absolvi, ut ait *l.4. hoc tit.* Non potest absolvi, inquit, *ex una postulatione* (quod est id, quod Græci dicunt, *μονομερῶς*) cui est adversum, causa cognita, seu cognitionaliter in legibus nostris: Nam cognitionaliter est utraque parte præsente. Et ideo, quia ipso jure sententia nulla est, qua condemnatur is, qui abest post litem contestatam citra contumaciam, causa ex integro agi potest etiam absoluto reo, qui erat præsens, ut ait lex 4. & ex integro apud eundem judicem, vel apud successorem ejus, ubi supplendum est, *quod magis est.* Nam videtur se corrigere, ut sæpe hoc modo se corrigunt

rigunt auctores nostri, ut apud eundem causa ex integro non agatur, sed apud successorem ejus, argumento *l. 1. sup. de sentent. præfector. præt.* vel apud superiorem judicem, ut in *l. 6. h. tit.*

Ad L. IX. Qui de crimine publico *in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Si tamen ex eodem facto, plura crimina nascuntur, & de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audientiam accommodabit: Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat. P.P. quarto Kalendar. Septemb. Basso. 2. & Quintiano Coss. 289.*

Ad L. X. Idem AA. & CC. Uriæ: Qui explicandi *negotii spem (cujus finis in judicis potestate, ac motu situs est) pollicetur: non minus ob illicitam sponsionem crimen contrahit, quam qui ad hujusmodi promissiones mercium contra disciplinam publicam adspirat.*

EX lege nona notandum est, eum, qui criminis publici ab aliquo reus delatus, vel factus est, ab alio ejusdem criminis reum deferri non posse, ut in *l. hi tamen, §. ult. ff. eod.* Crimen publicum dico, cujus persecutio omnibus patet, cujus executio cuilibet ex populo in commune permittitur, *l. quamvis, inf. ad leg. Jul. de adulter. l. lege Cornelia, ff. ad leg. Cornel. de fals.* Joannes Chrysostomus in illa homilia, qua disserit de illo loco Pauli: *Modico vino utere, &c. Commune*, inquit, *est crimen, publicum delictum licet cuique volenti accusare:* definitio est publici criminis. Verum etsi publicum crimen pateat omnibus, tamen præventioni locus est, id est, qui prior occupavit accusare, cæteros excludit populares suos. Dixi reus delatus, vel factus, vel (ut ait *l. 9.*) in accusationem deductus, & nondum absolutus, vel nondum exemptus ex reis, ut is pendente accusatione, quam quis prior instituit, non possit ab alio eodem crimine accusari. Quod tamen ita est intelligendum, ut si fuerit absolutus priori accusatione, videatur quidem ab alio posse revocari, & eodem crimine accusari, quia & in criminalibus causis, sive accusationibus, res inter alios judicata, aliis non nocet. Et sane ea ratione, qui altero accusante est absolutus, si ab alio revocetur, & eodem crimine accusetur, non potest eum repellere exceptione rei judicatæ, quia inter alios judicata est, *l. pen. sup. quib. res judic. non noc.* quæ lex est conjungenda cum hac *l. 9.* ut similitudo inscriptionis, & subscriptionis probat. Verum iniquum est, ut sæpius de eodem crimine quæratur, ut qui uno accusante absolutus est, rursus eodem crimine accusetur ab alio, alioquin nunquam cuiquam constaret fides, seu ratio innocentiæ suæ. Et ideo, quod potest colligi ex *d. l. pen.* altero accusante absolutum, ab alio revocari, & repeti posse, non est perpetuo verum, sed ita debet intelligi, si de prioris accusatoris perfidia, prævaricatione, & collusione constiterit, tum alter accusator admittitur. Et ita cautum est lege Julia public. judiciorum, *l. 3. ff. de prævar. l. 3. §. si tamen posteaquam, ff. de lib. hom. exhib. l. 11. h. tit.* Est etiam alius casus, quo reus absolutus ab alio revocari, & de eodem crimine accusari potest, si à reo judicem constiterit pecunia fuisse corruptum, qua de re disputat M. Tull. in Partition. Et puto hoc casu etiam à priori accusatore, qui victus est per sordes judicis, reum repeti posse, nec dum ab alio quolibet, argumento *l. 1. sup. de pœn. jud. qui mal. judic.* At si ipse accusator corruptus sit, & prævaricatione accusatoris liberatus reus sit, non potest quidem repeti reus ab eodem accusatore, qui prævaricatus est, sed ab alio repeti potest, ubi scilicet (ut ante dixi) de prævaricatione prioris constiterit. Est etiam tertius casus, quo reus bona fide absolutus incorrupto judice, incorrupto accusatore ab alio repeti potest, si suam injuriam, suumque dolorem persequatur, ut si extraneo accusante mulier adulterii absoluta sit incorrupto judicio, maritus eandem accusationem instaurare potest, si possit allegare idoneas causas, quibus impeditus non potuit extraneum prævenire, vel si ignoravit extraneum eam accusationem instituisse, *l. 7. §. 1. ff. eod. l. 4. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* His tribus casibus reus absolutus alio accusante, ab alio eodem crimine reus fieri potest. Loquor de eodem crimine, eademque accusatione: Nam si reus fuerit absolutus uno crimine, non est dubium, eum ab alio altero crimine accusari posse, ut in specie *l. 11.* absolutus homicidii, post ab alio accusari potest, non homicidii, cujus absolutus est, sed latrocinii, aut seditionis, & tumultus concitati in Rempub. quod in ea *l. 11.* appellatur crimen pastorum, quam ob rem liquido non constat. Sed verum est Imperatores Diocletianum, & Maximianum, qui auctores sunt legis 11. respexisse ad suam ætatem, qua pastorum ingentem manum, seu potius exercitum exercuisse innumera latrocinia, & miserabili direptione vastasse villas, vicos, castella, oppida, didici ex Mamertino in panegyrico iisdem Imperatoribus dicto: sub iis scilicet Impp. rusticos, & pastores latrocinia exercuisse, & seditionem commovisse erga Rempublicam, quo respicit hæc lex. Et verba Mamertini hæc sunt: *Illud malum tua Cæsar, nescio, utrum magis fortitudine repressum sit, an clementia mitigatum, cum militares habitus ignari agricolæ appetiverunt: cum arator peditem, cum pastor equitem, cum hostem Barbarum suorum cultorum rusticus vastator imitatus est.* Nota est etiam seditio, quam olim concitavit in Sicilia Athenio pastor, ut Florus scribit in Epitome rerum Roman. de quo etiam M. Tull. in Frumentaria. Hoc ergo certum est, eum, qui uno crimine absolutus est, veluti homicidii, mox ab alio latrocinii, & seditionis reum postulari posse, quia non objicitur idem crimen. At idem crimen reo absoluto ab eodem, vel ab alio objici non potest, exceptis supradictis tribus casibus. Hinc quæritur, quid sit dicendum, si reus absolutus non sit, quem quis reum detulerat, sed jure transegerit cum priore accusatore salutis suæ redimendæ causa. Et hoc casu licet ab eodem, qui jure transegit, repeti non possit, memini tamen me alias dicere, ab alio tamen, qui non transegit, repeti posse, ut *l. 3. §. ult. ff. ad leg. Jul. de vi publ.* ne res inter alios transacta aliis noceat. Et ita Accursius recte sentit in *l. 11. h. tit.* & in *l. transigere, sup. de transact.* Rursus quæro, quid sit dicendum, si non sit absolutus reus, sed exemptus ex reis, id est, si nomen ejus commentario reorum abolitum sit. Facio differentiam inter absolutum, & exemptum ex reis, sive eum, cujus nomen abolitum est: quoniam absolutione omnimodo purgatur innocentia, & crimine reus liberatur. Exemptione ex reis pœna liberatur, non crimine. Pœnam demas licet, culpa perennis erit, *l. ult. inf. de generali abolit.* Eximitur autem quis ex reis variis modis, vel si libellus inscriptionis legitime ordinatus, & conceptus non fuerit, *l. 3. §. quod si libelli, D. eod. Nomen*, inquit, *rei aboletur, si libelli inscriptionum legitime concepti non sunt.* Sed hoc casu reus repeti potest ab eodem accusatore, vel ab alio. Quod plane demonstrat, non liberari eum crimine, nomine abolito. Eximitur etiam quis ex reis ultro desistente accusatore sine abolitione, id est, sine venia omittendæ, non peragendæ accusationis: Nam non solus reus abolitionem petit, ut vulgo dicimus, abolitionem tantum existimantes peti à reo, cum etiam ab accusatore petatur, quem pœnitet institutæ accusationis. Cæterum si sine abolitione accusator destiterit, licet non possit eundem reum ipse eodem crimine repetere, *l. 2. ff. ad Senatusc. Turpil. l. 6. tit. 1.* tamen alius eum repetere potest, *l. hi tamen, §. ult. ff. eod.* Eximitur etiam nomen ex reis interveniente publica abolitione, & indulgentia Principis, quæ nunquam est perpetua, sed temporaria, propter ferias aliquas, aut publicam lætitiam. Cæterum finitis feriis reus repeti potest ab eodem, vel ab alio, *l. aut privatim, D. ad Senatusc. Turp.* Paulus 5. *Sentent. tit. de abolit.* Post publicam abolitionem reus à suo delatore repeti potest intra trigesimum diem, postea non potest. Nam ut etiam ostendit *d. l. aut privatim*, huic rei, id est, repetendo reo, qui exemptus fuit ex reis pro-

propter publicam abolitionem, sunt præfiniti dies 30. A Eximitur etiam ex reis privata abolitione, quam vel ipse reus petat mortuo accusatore pendente accusatione, vel impedito, quo minus accusare possit, vel ab accusatore ipso. Et hoc casu repeti etiam reus potest intra trigesimum diem ab alio, *l. t. §. ult. D. eod.* non ab eodem, nisi ex speciali permissu principis, ut in *l. t. inf. de abolit.* At præterea ex hac *l. 9.* notandum est, aliquando ex uno, eodemque facto duo, vel plura crimina nasci, ut si quis vi illata uxorem alienam vitiaverit, ex hoc facto nascitur duplex crimen, adulterii, & vis publicæ, & tunc dividi possunt crimina, ita ut ab uno reus deferatur lege Julia de adulteriis, ab alio lege Julia *de vi pub.* apud eundem judicem, qui tamen non poterit de uno crimine pronuntiare, quin etiam de alio cognoscat, quia sunt connexa crimina, quæ ex uno facto pendent. Neque B huic sententiæ legis 9. obstat *lex Senatus, ff. eod.* quæ ait, ob idem crimen neminem pluribus legibus reum fieri posse, idque senatum censuisse, puto Senatusconsultum factum auctore Tito Vespasiano, quem Svetonius nominatim scribit vetuisse, de eadem re agi pluribus legibus. Ut ecce de læsa majestate sunt tres leges, lex Julia, lex Cornelia, lex Apuleja, an iis omnibus legibus reus læsæ majestatis deferri potest? Minime, sed tantum una. Verum ut respondeamus, manifestum est, Senatusconsultum loqui de uno, eodemque crimine, & facto: *l. 9.* loqui de uno facto quidem, sed non de uno, & eodem crimine. Illud in comperto est, unum pluribus legibus de pluribus, & diversis criminibus in accusationem deduci posse ab eodem, vel à diversis. Quidni? hoc est certissimum: quoniam singula publica crimina vindicari pu- C blice interest. Sed hujus rei, quæ & per se satis erat nota, & explorata, comprobandæ causa male Accurs. adducit in medium *l. 3. §. sed si aliud, ff. eod.* quoniam ea lex non loquitur de pluribus criminibus, quibus quis reus factus fuerat, sed sententia ejus §. hæc est, quæ ducitur ex principio legis: si quis libello inscriptionis deferat mulierem ream adulterii, eum debere libello notare locum, in quo adulterium commisit, & personam, cum qua commisit, & annum, & mensem. Tota lex pertinet ad legem Juliam de adulteriis, ut inscriptio legis docet. Sed ejus legis innumera erant capita, quandoquidem non tantum puniebatur, qui, quæve adulterium commiserat, sed etiam, qui domum suam præbuerat, ut materfamil. stuprum pateretur, vel qui deprehensum adulterum dimiserat, vel qui pro comperto stupro pecuniam accepe- D rat, qui omnes tenebantur lege Julia de adulteriis: & quacunque ex causa quis deferatur reus lege Julia de adulteriis, ex hac vel illa lege, *§. Sed si aliud*, ait easdem circumstantias in libello notandas esse, quas initio dixit notari debere, cum mulier dicitur adulterium commisisse. Et hæc est sententia ejus §. de pluribus criminibus in unum libellum collatis adversus unum, eundemque, quamvis jure fiat, in eo tamen §. neque vola, neque vestigium de pluribus criminibus, quibus quis reus factus fuerit.



AD TITULUM III.

DE EXHIBEND. VEL TRANSMIT. REIS.

POST inscriptionem ejus, qui reum detulit, de qua superiori titulo actum est, sequitur ut judicio reus exhibeatur, producatur, sistatur, quo accusari, & lis cum eo contestari possit. Quare si peregre comprehensus sit reus præmisso libello inscriptionis, cum delatore, qui libellum edidit, qui subscripsit in crimen, ad suum forum transmittendus est, ut ibi exhibeatur, & accusetur solemniter. Priorem esse inscriptionem exhibitione ostendit hujus tituli *l. 2.* Exhibitionem autem priorem esse accusatione solemni, vel litis contestatione, argumentum est, quod nemo absens accusatur, & quod ad exhibendum agat, qui alienum servum accusaturus est, *l. 2. sup. ad exhib.* Non fit autem exhibitio rei sine speciali præcepto judicis, *l. 3. h. tit.* quoniam hac in re apparitoris solius sine judice nulla potestas est, apparitori non est manus injectio, nisi jusserit judex. Denique is demum reus exhibendus est judicio, quem judex exhiberi jubet: transmittendus, quem ad se jubet transmitti, misso plerunque aliquo ex officio, id est, ex apparitione sua ad eum deducendum, & exhibendum, ut significat *lex 2. h. tit.* illo loco: *Qui ad exhibendum missus est*, vel etiam literis scriptis ad collegam suum, ut in *l. solent, D. de custod. reor.* dicitur eleganter, præsides provinciarum, in quibus delictum admissum est, solere scribere ad collegas suos, ubi rei agere dicuntur: omnes præsides provinciarum invicem collegæ sunt, quod maxime notandum est ex illo loco. Scribere igitur ad collegas suos, id est, alios præsides provinciarum, ubi degunt rei, & desiderare, ut ad se remittantur, & ad provinciam, in qua deliquerunt, ut in ea de iis sumatur exemplum, cum prosequutoribus, ut ait, id est, cum manu militum, vel paganorum idonea, quæ reos prosequatur, & ducat cum prosequutione idonea, ut ait *lex 7. sup. de defensor. civit.* Ultro etiam præsides nonnunquam reos, quos comprehenderunt, remittunt ad proprium forum, veluti ad præsidem provinciæ, in qua crimen admiserunt, *l. si cui, §. ult. de accusat.* vel militem, qui in provincia deliquit, solent remittere puniendum, & excutiendum, seu audiendum ad magistrum militum, si hoc criminis, ac personæ qualitas exigere videatur, quæ est sententia *l. t. h. tit.* Nam potest quidem etiam de milite, qui in provincia crimen admisit, pœnam sumere præses ejus provinciæ, *l. ult. ff. de accusat. l. 3. de re milit. l. 1. inf. ad leg. Cornel. de sicar.* secundum id, quod vulgo dicitur: *unumquemque sortiri forum, ubi crimen contraxit, nec posse ab eo loco, in quo crimen contraxit, se subtrahere, nec revocare domum, opposita præscriptione fori*, quoniam quo loco quis contraxit obligationem qualemcunque, eo se debet defendere. Contraxit delinquendo obligationem. Ergo ubi deliquit, respondere debet, *l. omnem, D. de jud. & d. l. si cui, §. pen. l. t. sup. ubi de crim. agi opor.* Ergo est quidem præsidi jus animadvertendi in militem, qui in provincia sua deliquit, sed est etiam in ejus arbitrio, aut sane plerunque præses solet pro causæ merito, & qualitate personæ militem in provincia reum postulatum cum elogio remittere ad magistrum militum, vel ad ducem, sub quo militat, *d. l. 3. de re mil. & d. l. de militibus, ff. de cust. reor.* Sicut curatoribus regionum, & viarum, qui & viocuri dicebantur apud Varronem, Julius Capitolinus scribit D. Marcum permisisse, ut vel ipsi punirent, vel ad præfectum urbi puniendos remitterent eos, qui ultra vectigalia ab aliquo quicquam exegissent. Et hujusmodi remissionis, sive rejectionis frequens est mentio in jure, ad præfectum urbi, vel alios majores judices, ut *l. t. §. solent, ff. de off. præf. urb. l. ult. ff. de offic. præf. vig. l. 1. §. ult. ff. de susp. tut. l. 13. sup. de fidejussor.* Et similiter notandum est, esse in arbitrio præsidis provinciæ, in qua crimen admissum est, vel præhensum reum punire, cujuscunque provinciæ sit, quia non potest se subtrahere foro, in quo deliquit, vel ex causa eum remittere ad præsidem provinciæ, unde is homo est, nec in eum directo quicquam statuere, *l. non dubium, ff. de custod. reor.* Sed remittere, ut ait, cum elogio, id est, cum notaria, ut loquuntur, & relatione sua, qua declaret, quid in eo homine compererit, quod facere solet, ut ait *d. l. non dubium*, cum cognovit, & constituit, id est, cum ei causa cognita de crimine constitit. Sic ea verba accipienda sunt: Nec enim incognita causa, inexcussa, vel inexplorata cum elogio remittendus est, aut sane elogium confici nullum potest de reo ab eo, cui de re non liquet. Igitur recte ait, tum eum remittere reum ad præsidem provinciæ, unde is reus est, unde domo profectus est, cum cognovit, & constituit, id est, constitit, ut Græci interpretantur, ὅτι διέγνω ἢ εὕρηκε τὸν κεκριμένον ἁμαρτάνοντα, id est, *cum cognovit, & comperit reum deliquisse*, quod est, cum ei constiterit de crimine: & ita constituit, & constituisse, & constituere accipimus in *l. adulter, §. ult. D. ad leg. Jul.*

l.ul.de adulter. l.Imperator , *§.si centum* , *D. de legat.* 2. *l. procurator* , *§.ult. D.rem rat. hab.* Ita Salustius in Jugurt. *agmen constituit* , id est, *consisit*. Et Hyginus de Beronice : *reliquam exercitus copiam constituisse*. Ex eo ergo intelligimus non confici elogium de reo , cum quo remittatur ad alium judicem , nisi ab eo , qui cognoverit de crimine , cuique licuerit de crimine . Elogium igitur esse certam quandam criminis comperti asseverationem , & quasi prædamnationem rei : sed tamen ex integro causam disceptari oportet à judice , ad quem reus cum elogio remissus est , eaque iterata disceptatio , & cognitio , quæ fit quasi re integra , iterata auditio , & examinatio rei proprie *ἀνάκρισις* dicitur *l.Divus Adrianus* , *D. de custod. reor.* quasi retractatio judicii jam finiti , & *in Novella* 143. & *in Act. Apostol. cap.*25. Sic fit , ut de reo quodammodo bis judicium criminale exerceatur , sicut secundum jus vetus Fabius in Institutionibus posuit præjudicia de reis deportatis , ac si bis de eis deportandis foret statuendum : sicut Herodianus septimo , Gordianum scribit , damnatis exilio fecisse potestatem sui defendendi , & retractandi judicii , hoc est , permisisse *ἀνάκρισιν* , sicut in Historia Sacra Sulpitii Severi legimus , Priscillianum gemino judicio maleficii auditum , & convictum fuisse , & nominatim iterari judicium necesse fuisse , quod plane dixi quodammodo contingere reo cum elogio remisso ad alium judicem . Ad hæc notandum est , reo , qui ex longinquo exhibendus est , beneficio *l.*2. *hoc tit.* quod confirmat etiam *lex ult. C. Theod. eod.* humanitatis gratia dari triginta dies post vocationem in jus ad componendam rem suam familiarem , & parandos sibi sumptus itineris , & litis , nec statim , atque judex de eo exhibendo , vel remittendo pronuntiavit , deduci eum , vel exhiberi debere , nec eum ut addit *l.* 2. qui ad exhibendum reum missus est pretio corruptum , spatium hoc, seu laxamentum triginta dierum prorogare , aut coarctare posse . Verum *d.l.ult. C. Theod.* interim , id est , intra illos triginta dies , vult reum constitui sub moderata , & diligenti custodia , quæ non impediat compositionem rerum suarum : *lex* 1. *hujus tit.* ait simpliciter sub custodia illa , sub moderata , & diligenti custodia . Et licet diligens custodia aliquando vincire permittit , ut in *l.*1. *§.diligenter* , *D. de fugit.* cum magistratus municipales admonentur , ut servos fugitivos diligenter custodiant , ne evadant , eo sermone permittitur magistratibus municipalibus , etiam vincire servos fugitivos . Et tamen in hoc proposito diligens custodia non complectitur carcerem , & vincula , quoniam (ut cavetur *l.*2. *hoc tit. & l.si confessus* , *D.de custod. reor.*) nemo reus carcerem patitur , & vincula , antequam convictus , vel confessus sit , tum patitur vincula , donec de eo pronuntietur , non antequam convincatur , vel crimen agnoscat , nisi grave aliquod crimen admiserit , quod protinus pœnam carceris commereatur , ut *l.*3. *D. de custod. reor.* Et ita est accipiendum, quod ait *lex* 1. *tit. seq.* reum judicio exhibitum , in vincula publica esse conjiciendum , videlicet etiamsi necdum convictus , vel confessus sit : ut non sit generaliter verum , sed pro qualitate criminis , quod objicitur , puta si sit maximum crimen , & (ut ait ipsa lex 1.) si criminis qualitas , etiam catenarum acerbitatem postulaverit , & *l.*2. *ejusd. tit.* si crimen dignum sit claustris carceris , & custodiæ squalore . Hoc casu excepto , reus comprehensus , vel exhibitus , necdum convictus , vel confessus , jure nostro non conjicitur in carcerem , vel vincula , sed fidejussoribus committitur , qui caveant de sistendo , & exhibendo eo , ubi judex requisierit eum , vel traditur militibus , vel servis publicis civitatum , ut in Epistola Plinii ad Trajanum de custodiis , vel traditur mancipibus , sive optionibus carcerum , vel lictoribus , vel aliis officialibus judicis , ut in domo eorum contineatur ; quam custodiam officii vocat *l.*1. *inf. ad Senatusconf. Turpil.* Et ita etiam custodiam esse accipiendam , ut ante dicebam in *l.*1. *hujus tit.* demonstrat *l.*2. *Cod.Theod. eod. tit.* Cujus pars est *d. l.*1. dum ait , *comprehensos reos ex officio non recedere* , id est, *haberi sub custodia* , *& observatione officii* . Aliquando reus sibi ipsi committitur , id est , juratoriæ cautioni judicio sisti , veluti , ut ait *lex* 1. *D.de custod. reor.* propter honorem , vel propter dignitatem ejus . Separat ea lex honorem à dignitate , & (ut Græci interpretantur) honorem vocat *ἐντροπήν*, vel reverentiam oris, ut illo loco.

lætos oculis afflarat honores

à qua etiam honesti viri nominantur , ut plane possis dicere , honorem esse naturæ beneficium , dignitatem principis , vel populi , & omittere distinctionem Accursii inter dignitatem honorariam , & codicillarem , & dignitatem in actu positam , & administrationem Reipublicæ . Sibi etiam committitur reus (ut ait *d.l.*1.) propter amplissimas facultates , quia facultates loco pignorum , aut fidejussorum sunt . Qua ratione generaliter in omnibus aliis causis possessores rerum immobilium juratoriæ cautioni committuntur , hoc est , suæ religioni, nec ab eis satisdatio requiritur , *l. pen. D. qui satisd. cog. l.ult. inf. de princip. agent. libr.* 12. *l.* 26. *&* 27. quarum altera est Græca, *sup.de Episcop.aud.* Non est dubium etiam, quin pro innocentia personæ , quæ accusatur , sit ea suæ fidei committenda , ut ait *d.l.*1. pro innocentia personæ . Mitto interpretationem Accursii , puta , si præsumptio magna subsit innocentiæ , aut calumniæ , ex adversa parte: sic ea verba sunt explicanda , ut idem sit , sicut è contrario , cum præsumptio facit adversus homicidii reum , ut ait *l.ult. tit. sequent.* quæ est constitutio Græca , tum reum ex vinculis causam dicere confestim , donec de eo pronuntietur , nec solvi vinculis , etiamsi paratus sit dare fidejussores judicio sisti , quia multa movent judicem ad suspicionem , & præsumptionem malam, quæ omnia instruunt judicem , quomodo , & quando uti debeat carcere , & vinculorum pœna . Nam & si non proprie , improprie tamen in carcere est pœna,& supplicium.



AD TITULUM IV.

DE CUSTODIA REORUM.

TITULUS est de custodia reorum , & observatione eorum , qui rei postulati sunt , & judicio exhibiti , nec de qualibet custodia , sed de carcere tantum , & vinculis publicis . Hæc est summa , & diligens omnium maxime custodia , ut in *l.si quis filio* , *§.ejus* , *D.de injusto, rupt.irrito test.* carcerem haberi diligentioris custodiæ gratia , & *l.aut damnum* , *§. solent* , *D.de pœn.* non ad puniendos , sed ad continendos homines carcerem haberi , cohibendos , cœlandos , & veluti cancellis quibusdam circumscribendos , Qui nobis dicuntur cancelli , per deminutionem , ut notant grammatici , antiquis dicebantur cancri : qui nobis cancellus , illis cancer , ex quo factus est carcer : ad continendos igitur homines , non ad puniendos . Recte : Nam si forte aliquando carcer usurpatur ad pœnam , non ad custodiam , hoc fit extra ordinem non jure legitimo , & ordinario , ut cum quis ex causa delicti æternis tenebris , & vinculis mandatur , quod jus Pontificium admittit , quia jus est extraordinarium . Et idem etiam jus civile admisit , sed non rite , & ordine , sed extra ordinem. Et ita proculdubio intellexit M. Tullius in 4. Catil. cum dixit , *Sempiterna vincula esse inventa ad singularem pœnam nefarii sceleris : singularem* , id est , *extraordinariam :* Nam ordinaria pœna est communis , non singularis . Omnis rei duplex est usus , proprius , & improprius , ut Aristot. docet 1. *Polit.* hoc exemplo , *calcei usum proprium esse , ut inducatur in pedes :* improprium , ut commutetur cum pecunia , vel alia re . Utamur alio : vestis usus proprius est , ut frigus depellat , & corpus tegat , quoniam hujus rei gratia potissimum est reperta vestis . Improprius usus vestis est , ut etiam adhibeatur ad ornatum corporis , & dignitatem : & tamen vestem eam , quæ corpus ornat , non tegit , nudat potius , nec corpori ullum , aut pudori auxilium adfert , quales erant Coæ , & La-

& Laconicæ vestes, & rallæ, eas, inquam, vesti potius quam ornamentis adnumeramus, quia eo nomine primum sunt repertæ, quæ est sententia *l. quamvis*, *D. de auro, & argento leg.* Ac similiter dicamus, carceris usum proprium esse, ut contineat reos: improprium, ut puniat, nec minus carcerem dicamus eum, qui punit, quam qui continet, & custodit. In quo tamen, & improprie semper dicitur inesse pœna aliqua, ut in *l. 2. h. tit. l. 3. D. eod.* quia tædium, & vis publica, & nota quædam, ut signif. *l. 3. §. lege, D. de testibus*, non tamen infamia, quæ minuat existimationem, quia nec carcer, nec vincula corpori injecta auctoritate publica per se sola irrogant infamiam, *l. 1. sup. ex quib. caus. inf. irr.* Porro non omnes rei carcere, & vinculis sunt continendi, & constringendi, sed (ut heri dicebam) graviorum tantum criminum rei, vel qui convicti, aut confessi sunt, ex *l. si confessus, D. de custod. reor. l. 2. tit. sup. l. 2. h. tit.* Illo loco, *cum de admisso constiterit, pœnam carceris sustineat*, non antequam constiterit: vel etiam quos ab initio statim onerant præsumptiones certæ, & jure proditæ, ex *l. ult. h. tit.* quæ est constitutio Græca Justiniani ad Mænam præfectum prætorio. Præsumptio innocentiæ allevat custodiam, *l. 1. D. de custod. reor.* & contra præsumptio noxæ exacerbat custodiam. Magna vis est præsumptionis apud judices, non temere quidem susceptæ, quia nec ullum judicis arbitrium est in capienda præsumptione, sicut nec in æquitate definienda, sed ut ejus tantum æquitatis, quæ jure scripto prodita est: ita ejus tantum præsumptionis, quæ jure prodita est, judex est, arbiter, & sacerdos. Addamus etiam, servos capitali crimine postulatos, si à domino non defendantur, id est, si dominus, vel alius pro domino sistendos eos satisdato non promittat, in vincula publica conjici, servos, qui indefensi derelinquuntur, protinus in vincula conjici, & ita caveri lege Julia publicorum judiciorum cujuscunque criminis rei facti sint, *l. 2. de custod. reorum*. Unde ibidem eleganter quærit Papinian. quod indiget nostra interpretatione, an si postea dominus, qui dereliquerat servum indefensum, suscipiat ejus defensionem oblata satisdatione judicio sisti, an possit eum vinculis liberare, quibus tenetur ex lege Julia, vel in quæ fuit conjectus, quod initio à nemine defenderetur. Et rentat Papinianus, non posse dominum postea suscepta defensione eum solvere vinculis, quibus datus est semel, hac ratione, quia edicto Domitiani cavetur, abolitiones reorum ex Senatusconsulto factas non pertinere ad servos, qui sunt in vinculis, compeditos, & vinctos ex causa criminali, quod à nemine defenderentur: abolitiones, inquam, reorum factas ex Senatusconsulto. Ibi (*ex Senatusconsulto*) non est, ut glossa voluit, ex Senatusconsulto Turpill. quod non est de abolitionibus reorum, sed de pœnia accusatorum, qui prævaricantur, & tergiversantur, sed ex Senatusconsulto pro re nata facto ob lætitiam aliquam publicam, ob rem prospere gestam, ut *l. si interveniente, D. ad Senatusconf. Turpill.* cum Senatus ob lætitiam publicam, & gratulationem aliquam indicit ferias, & solvit reos vinculis, & eximit reatu. Hæc abolitio reorum pertinet tantum ad cives, qui sunt in reatu, & vinculis, non ad servos, quia (ut ait *d. lex. 2.*) lex ipsa servum absolvi vinculis prohibet, donec de eo pronuntietur: lex ipsa, id est, lex Julia publicorum judiciorum, non ut vult glossa, edictum Domitiani, secundum quam tamen legem Juliam, etiam ex Senatusconsulto forte facta publica abolitione reorum, non solvuntur servi vinculis, donec finiatur judicium. Sic legitur rectius in *l. Domitianus, D. ad Turpill.* ex illo loco *l. 2.* legem ipsam prohibere vinctos servos absolvi, donec de eis pronuntietur, id est, donec judicium finiatur: quia scilicet Senatus, qui abolitionem reorum decernit, de solvendis civibus, & eximendis reatu sentit, non de servis, quoniam ei curæ est lætitia civium publica, non servorum. Abolitio igitur publica non pertinet ad servos, qui sunt in vinculis ex causa criminali. Unde etiam videbatur, nec vinctum semel servum vinculis, posse liberari domino satisdante, & defensionem offerente. At certe Papinianus in *d. l. 2.* ait, hanc interpretationem esse perduram, & pernimium severam. Et esse humanius, si servus domino absente, vel per inopiam satisdare nequeunte, conjectus fuerit in vincula, ut non post longum temporis spatium, si veniat dominus, & servum defendere, & pro eo satisdare sit paratus, servum vinculis exsolvi, & domino interim restitui, dum judicium peragitur, ut ei operas, quas debet, exhibeat. Et hæc est sententia *d. l. 2.* Non est omittendum his omnibus casibus, quibus diximus, reos ex vinculis causam dicere, nunquam recte eos in vincula conjici, nisi hoc fiat ex præcepto speciali judicis, ut definit constitutio Græca *hujus tit.* In urbe, ex præcepto majorum judicum: in provinciis, ex præcepto præsidum, vel defensorum civitatum. Hoc est notandum, defensoribus civitatum jus esse ducendi noxios in vincula ex supradicta constitutione, in qua etiam illud valde pium est, & humanum, quod statuit, ut Episcopi (quæ pars legis etiam est repetita in *l. 22. de Episcop. aud.*) ut Episcopi κατὰ τετράδα, vel παρασκευὴν invisant custodias, id est, ut ecclesia loquitur, feria quarta, qui est dies Mercurii, & feria sexta, qui est dies Veneris, & Parasceve dicitur, Sabathi, scilicet: utraque feria olim in ecclesia feria fuit esurialia, ut Plautus loquitur, feria castui, & jejunio dicata, & omni pietati igitur. Quapropter vult lex, ut altero horum dierum Episcopi invisant custodias. Et hos tantum dies olim fuisse dicatos castui, & jejunio constat ex *canone jejunia, de consecrat. distinct.* 3. & Petri Alexandrini *Can.* 15. τετράδι καὶ παρασκευῇ νηστεύειν. Nunc notandum ex *l. 1. h. tit.* eos, qui conjecti sunt in vincula, non esse durioribus, vel arctioribus vinculis continendos, veluti manicis, aut pedicis, sed laxioribus catenis, quæ plerunque & militem simul continent custodiendo reo præpositum, ut Seneca quodam loco ait eandem catenam, & militem, & custodiam copulare. Item custodias, id est, reos, qui custodiuntur, non debere locari in ima, & tetra sede carceris, non debere mandari, ut ait *h. l. 1.* tenebris intimæ sedis, quæ dicitur in Actis Apostol. cap. 16. ἐσωτέρα φυλακή, *intima custodia*, sed ita locari debere, ut cœlo liberiore fruantur, & solo salubriore. Et l. rationem addit, ne pœna, & squalor carceris perimat reos. Simulac indicit pœnam stratoribus, & ministris, si per eos fiat, ut rei perimantur in carceribus: & judicibus, si hanc rem inultam reliquerint. Ac plane hæc l. indicat, stratores esse officiales judicum, quibus custodia carceris commissa est, qui & statores dicuntur, ut statum, pro stratum legimus in Pandect. Florent. *l. si prius, §. 1. D. de aqua, & aqua pluv. ar.* & à stando potius habent nomen, ut ille Manilii locus indicat:

Carceris, & duri custos, quo stante superbe
Prostratæ jaceant miserorum in limine matres.

Et ex vita Cypriani edita à Pontio, & à Paulo Diacono, intelligimus, alium esse stratorem equi, qui sustollit dominum in equum, alium stratorem officii judicum, cui rei custodiendi traduntur. Illud præcipue ex hac lege 1. notandum censeo, non probari peremptionem reorum, quæ fit in carcere, certe nec eam, quæ fit auctoritate judicis. Et tamen olim constat, propter facinus Appii decemviros, qui populo secessionis causam dederunt, consensu populi jussu necatos in carcere, *l. 2. §. initium, D. de orig. jur.* & alios plerosque criminum reos ex variis auctoribus. Et solet etiam plerunque ita fieri in Italia. Moris etiam erat Imperatoribus Triumphantibus, ut duces devictos in carcerem occidendos mitterent. Trebellius Pollio in Æmiliano 21. tyranno: *strangulatus in carcere captivorum veterum more perhibetur*. Et in Panegyrico dicto Constantino Constantii filio: *Captivi Reges*, inquit, *cum à portis usque ad forum triumphantium currus honestassent, simulatque in Capitolium currum flectere cœperat Imperator, abrepti in carcerem*

rerem

cerem necabantur. Sed hoc omne fit extra ordinem: Nam ordo legitimus hic est, ut in foro publice supplicium consummatur in reos. Josephus 7. capite 17. νόμος ἐστὶ Ῥωμαίοις ἐπὶ τοῖς, &c. *Lex est Romanis, ut in foro morte plectantur, qui morte dignum crimen admiserunt*. Et, quod etiam hodie fit, ut damnati extremo supplicio ducantur ad supplicium irretiti laqueo, aut boja, *la hart au col.* Idem servasse Romanos, idem auctor ibidem demonstrat his verbis, βρόχῳ δὲ, &c. *Laqueo*, inquit, *irretitus tractus est in forum pœnæ consumendæ gratia*. Et Svetonius in Vitellio: *Religatis post terga manibus, injecto cervicibus laqueo, veste discissa, seminudus in forum tractus est, inter magna rerum, verborumque ludibria, per totum viæ Sacræ spatium, reducto coma capite, ceu noxii solent.* Sic igitur solebant noxii ad supplicium duci. Postremo etiam illud adnotandum est ex *l.* 2. auditum reum publice apud acta, & convictum, vel confessum, etiamsi non sit grave crimen, protinus conjici in vincula: qui enim est confessus, aut convictus, eo est diligentius asservandus, donec iterum eductus carcere publice audiatur apud acta. Ex quo intelligimus, cognitionem reorum quodammodo iterari, & judicium criminale ex *l.* 2. Quo de more diximus fieri, cum semel velit lex, auditum reum, & convictum, & confessum, iterum audiri publice apud acta. Nec omittam, quod proponitur in *l.* 3. ut alius sit carcer virorum, alius fœminarum, nec etiam, si viri, & fœminæ crimine jungantur, vel pœna etiam jungantur carcere. Verum ex *Novella* 134. nulla ex causa mulieres conjiciuntur in publicum carcerem: sed dantur monasterio servandæ, vel honestioribus fœminis. Qua de causa apparet, legem tertiam non approbari Novella dicta Justin. quæ vult, proprium esse carcerem mulierum, cum Novella nulla ex causa velit fœminam pati molestiam carceris. Et ideo in Basilicis non est posita hæc lex tertia.

Ad L. IV. Ad commentariensem *receptarum personarum custodia, observatioque pertineat: nec putet hominem abjectum, atque vilem objiciendum esse judici, si reus modo aliquo fuerit elapsus: Nam ipsum volumus hujusmodi pœna consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. Sin vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit: adjutorem ejus pari jubemus invigilare cura, & eadem statuimus legis severitate constringi.*

SEquitur in lege quarta, custodiam reorum non tantum pertinere ad stratores, vel janitores carceris, qui etiam clavicularii dicuntur, sed etiam ad ipsum commentariensem, id est, qui conficit commentaria, & rationes in carcere receptarum personarum, *qui tient, & faict l'escrove*. Marcus Tullius libro de supplic. *Rationem carceris diligentissime confici, quo quisque die datus sit in custodiam*. Quod & ita fit etiam hodie ex officio commentariensis, vel adjutoris ejus, cujus opera ei uti licet, dum abest, & incumbit, non tantum ratio carceris, sed & custodia custodiarum: Nam in hoc tractatu custodiæ nomen est ambiguum, cum non tantum pro re ipsa accipiatur, & observatione reorum, sed etiam pro personis; ut ergastula etiam, & carceres, & metalla accipimus pro personis, imo & crimina, ut illo loco, *Crimine ex uno disce omneis*, id est, ex *uno criminoso*. Et ita in Psalmo, καθέδρα λοιμῶν, id est, λοιμικῶν, cathedra pestium, id est, pestilentium hominum, ut 1. Machab. cap. 10. & 15. ἄνδρες λοιμοί, id est, λοιμικοί, & Actorum 14. ἄνδρα λοιμὸν, id est, λοιμικόν. Sed addit lex quarta, non excusari commentariensem, si evaserit custodia, & hujus rei culpam conferat in janitorem carceris, vel alium viliorem ministrum: sed amissa custodia, sufferre commentariensem ipsum eam ipsam pœnam, quod mirum est, quam sustinuisset custodia, quæ evasit. Nec novum hoc est. Nam & qui reum sisti promittit, nec sistit, eam pœnam sustinet, quam reus sufferret, *l.* 13. *sup. de fidejussor.* Et ita alius pro alio suffert pœnam, sicut judex aliquando pro reo, cujus crimen dissimulat, *l.* 3. *in fine, sup. ne sanct. baptisma iteretur*. Denique de commentariensi recte in *l. omnis, C. Theod. de administrat. pub. off.* Commentarienses debere exosa miseris claustra custodire, & *l. ult. h. tit.* debere trigesimo quoque die judici suggerere numerum custodiarum, & causam carceris cujusque, sive custodiæ, & ætatem etiam cujusque custodiæ, & ordinem, seu qualitatem, quæ omnes constitutiones admodum piæ sunt. Restat præter ea, quæ dixi, ut amplius aliquid adnotemus ex constitutione Græca Justiniani, ut iis etiam satisfaciamus, qui etiam Græcarum constitutionum studiosi sunt. Nec enim satis ea constitutio emendatæ luci exposita est à quibusdam. Primum illo loco, quo agitur in ea constitutione de servis carcere liberandis, id est, condemnandis, vel absolvendis intra diem vigesimum, ne diutius de eis, aut propter eos domini laborent. Illo, inquam, loco, pro τιμωρουμένους, ἢ τοῖς δεσπόταις παραδιδομένους, disjunctim, non conjunctim scribendum est, ἢ τοῖς δεσπόταις παραδιδομένους, hoc sensu, ut servi, qui ob crimen aliquod conjecti sunt in carcerem, intra diem vicesimum, vel puniantur, si noxii sint, vel si innoxii, absoluti domino restituantur, ne diutius eorum opera dominus careat, & confestim, vel eos amittat, vel recipiat. Deinde alio loco, quo agitur de liberis hominibus datis in carcerem, ut statim de eis pronuntietur, si facti sint rei seditionis, vel turbatæ pacis, quia scilicet seditionis causa moram non recipit, *l. si quis filio, §. quid tamen, in fine, D. de injusto, rupto, &c.* Alia autem ex causa detenti, ut datis fidejussoribus carcere liberentur, vel si fidejussores dare, si satisdationem implere nequeant, ut quamprimum judicentur, puta, si sint detenti ex causa civili, & pecuniaria, vel ex causa criminali leviore. Nam & ex causa pecuniaria jure nostro debitor, etiamsi in id non se obligavit, postulatu creditoris potest conjici in carcerem, *l.* 1. *& l. ult. sup. qui bon. ced. poss.* At qui ex hac causa conjecti sunt in carcerem, vel ex crimine leviore, aut sunt committendi fidejussoribus, aut non inventis fidejussoribus, de iis quamprimum pronuntiandum est. Homicidii vero, alteriusve criminis capitalis rei, ut judicentur, summum intra dies triginta. Hoc vult constitutio Justiniani, quæ subjicitur, si non ii, qui sunt in carcere, litem trahant, ne finiatur statim, vel intra dies 30. sed conditio rei, qua de agitur, talis sit, ut statim finiri non possit, vel intra dies 30. tunc detentos ex causa civili, vel non capitali crimine, esse committendos juratoriæ cautioni, & carcere liberandos, cum res desiderat longiorem disquisitionem, nec potest statim, vel intra mensem expediri, ubi loco horum verborum, satis erit adnotare prima verba, ἐὰν δὲ μακροτέρου χρόνου πλείονος, &c. Omnino scribendum est, ἐὰν δὲ ἡ χρεία πλείονος, id est, si vero opus fuerit longiore temporis spatio, διδόσθαι αὐτὸν ἐπὶ ἐξωμοσίᾳ, id est, committi ipsum sibi, id est, fidei, & religioni suæ. Sequitur in eadem lege, reos homicidii factos ex relatione publicarum personarum, veluti ex relatione, & notaria stationarii militis, vel curiosi, vel apparitoris judicis, vel magistratus municipalis (quod trahi potest etiam ad quoscunque reos capitalis criminis carcere inclusos) hos, inquam, intra 6. menses esse judicandos, si res non possit expediri intra dies 30. nec committi fidejussoribus, & publicas personas pari cum reo, quem detulerunt, fortuna retineri, id est, perinde subire periculum calumniæ, & talionis, atque si subscripsissent in crimen, ut *l.* 7. *sup. de accus.* Reos autem factos capitalis criminis, non ex relatione publicarum personarum, sed ex accusatione privatorum, & solemni inscriptione, fidejussoribus committi, si præsumptio contra eos evidens, & magna non faciat: aut non inventis fidejussoribus, omnimodo detineri in carcere, & causam dicere ex vinculis, judicium autem finiri intra annum. Et hæc est sententia constitutionis Justiniani, quæ valde notanda est: Nam ex ea intelligimus biennium, quod ab eodem Justiniano præscribitur finiendis causis criminalibus, *l. ult. inf. ut intra certum tempus*, tunc duntaxat procede-

re,

re, cum reus non est conjectus in carcerem, nec dicit causam ex vinculis. Alioquin hæc *l. ult.* quæ præscribit annum, pugnaret cum altera *l. ult.* quæ præscribit biennium. Et in hac parte h. l. etiam mendum est, quod emendabitur hoc modo ex Basilicis, *εἰ δίχα ἐγγραψάμενος αἴτιος ἐγένετο τῆς ἐνοχῆς*, id est, si quis adversus alium subscripserit in crimen, vel si quis subscribens in crimen, causa fuerit alteri reatus, *τῆς ἐνοχῆς*, vel ut alias legitur, *τῆς ὑποχῆς*, & postremo valde in hoc singularis est constitutio hæc, quod aperte definit, etiam in causis criminalibus cessioni bonorum locum esse, si reo fuerit irrogata pœna pecuniaria. Locus est singularis, & summe notandus.



AD TITULUM V.
DE PRIVATIS CARCERIBUS INHIBENDIS.

CUSTODIÆ nomine superiori titulo intelligitur tantum publica custodia, ut in *l. vinculorum, D. de verb. signif. & l. succurritur, D. ex quibus caus. major.* quia privata custodia illegitima, & illicita est, ut *h. tit.* ostendit, in quo tanquam rei læsæ majestatis puniuntur privati homines, qui se gerentes pro magistratibus privatam custodiam exercuerint, simul atque judices, & Principes officiorum, ut ait, id est, primates apparitionis judicum, qui hæc crimina dissimularunt. Pœna definitur in *l. 1.* esse supplicium ultimum, quia est crimen læsæ majestatis, se pro magistratu gerere, quod facit, qui privatum carcerem exercet, qui adversarium privato carcere cohibet. At mitiorem pœnam statuit Justinianus *l. 2. hoc tit.* quæ est constitut. Græca, nempe infamiæ pœnam, & periculi litis, propter quam quis adversarium privato carcere cohibet, & ut pœnam carceris sustineat tot diebus, quot privatam custodiam exercuerit. Denique prohibetur privatus carcer, & custodia. Neque his constitutionibus obstat *l. capite, D. ad l. Jul. de adult.* quæ viro permittit adulterum cum uxore deprehensum, quem nolit, aut non liceat occidere, retinere domi suæ, aut ubi deprehendit horis diurnis, nocturnisque 20. Quoniam hoc l. Jul. permittit, non carceris specie, sed testandæ rei gratia tantum, ut vir testes inducat futuro testimonio, reum deprehensum in adulterio. Non obstat etiam, quod ex lege 12. tab. debitorem non facientem judicatum, creditori licebat vincire nervo, & compedibus. Primum, quia jus illud exolevit. Deinde, quia etiamsi, qui contruduntur in carcerem, maxime ex causa criminali, sæpe vinculis continenatur: differentia tamen est inter carcerem, & vincula. Carceris, & custodiæ nomina publica sunt, quia nullus est carcer privatus, aut custodia privata. At vinculorum nomina sunt etiam privata, *d. l. vinculorum*, cum & metallici sint in vinculis, & a dominis servi vincti in ergastulum, vel pistrinum conjiciantur. Et similiter etiam olim debitores, tanquam servi, ibant in nervum, jubente creditore, qui ob eam rem apud Hesychium dicuntur *ἐγκλαστικοί*, quia nervus ille cruribus injiciebatur.



AD TITULUM VI.
SI REUS, VEL ACCUSATOR MORTUUS FUERIT.

EX hoc tit. intelligimus, morte accusatoris accusationem extingui, *l. ult. hoc tit.* crimen non extingui, & culpam, quia reus ab alio accusari potest, *l. 3. §. ult. D. de accusat.* At morte rei crimen extingui, & pœnam, & causam bonorum rei confiscandorum, quoniam heredi ejus, qui mortuus est in reatu, testamentario, vel legitimo, bona auferri non possunt, si sua morte defunctus fuerit, non si sibi reus ipse mortem adsciverit: Nam hoc casu bona heredi ejus auferuntur, & confiscantur, videlicet, si cum sibi mortem consciverit, reus fuit criminis, cujus pœna erat mors, aut capitis deminutio, & consequenter publicatio omnium bonorum, cujus criminis conscientia sibi mortem consciverit, quia hic habetur pro confesso, convicto, & judicato, *l. pen. h. tit. l. 3. §. 1. D. de bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.* Excipiendus est reus læsæ majestatis, ex causa perduellionis tantum, puta, quod hostili animo erga Rempub. vel Principem rebellavit, & insurrexit, hoc est summum crimen majestatis, *le premier chef de leze Majesté*, qui hujus criminis reus moritur in reatu, etiam post mortem condemnari potest. Denique post mortem bona ejus confiscari possunt, & memoria ejus accusari, & damnari, *l. ult. D. ad leg. Jul. majest. l. 4. sup. de heret.* interdicto posteris nomine ejus: ut solebant, quorum memoria damnata erat, consulum nomina fastis aboleri, quia interdictum erat nomen eorum posteris. Hoc est damnare memoriam, quam tamen Princeps nonnunquam restituit. Julius Capitol. in Pertinace, *Quæstionem majestatis penitus tulit, cum jurejurando, revocavit etiam eos, qui deportati fuerant crimine majestatis, eorum memoria restituta, qui occisi fuerant.* At qui ex alia causa reus est majestatis, non perduellionis, morte ejus, crimen, & pœna extinguitur, ut si reus fuerit ex causa tit. sup. quod privatum carcerem habuerit, vel etiam, ut in *l. 1. hoc tit.* quod desertor militiæ fuerit, quod etiam est crimen majestatis, *l. 2. D. ad l. Jul. majest.* Hæc est sententia *l. 1. h. tit.* quæ est Græca constitutio, & constat uno tantum versu in Basilicis: *ἐὰν στρατιώτης λειποτακτήσας τελευτήσῃ, λύεται τὸ ἔγκλημα: si miles, qui deseruit ordinem suum, sive exercitum, defunctus sit, solvitur crimen.* Quod tamen videtur pugnare cum *l. 4. inf. de re milit.* quæ ait, *defunctorum in desertione bona confiscari.* Nam si confiscantur, non est igitur extinctum crimen desertionis. Sed ita distinguendum, ut loquatur *d. l. 4.* de eo, qui in desertione est defunctus, quod est apertissimum, perinde atque apertissimum est ex ipso tit. *l. 1. h. tit.* loqui de eo, qui defunctus est, non in desertione, sed in reatu, cum insimularetur olim desertæ militiæ. Nunc etiam quæritur, an etiam reus, qui condemnatus est, & appellavit, si pendente appellatione moriatur, habeat heredem, id est, an morte rei condemnati, quæ contingat pendente appellatione, crimen, & pœna extinguatur. Et hac de re eleganter ita definitur *l. ult. hoc tit.* aut specialiter priori sententia bona sunt publicata, aut tacite. Si specialiter, ut si relegatus sit, & damnatus in dimidiam partem bonorum redigendorum in fiscum, ac deinde mortuus sit pendente appellatione, crimen extinguitur: extincta persona, pœna personalis extinguitur. Cæterum quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur, sicut nec quæstio bonorum scelere quæsitorum unquam extinguitur, quoniam scelere parta, etiam mortuo reo, omnimodo restitui debent, *l. Lucius, D. de jure fisc. l. si quis cum, & l. cum falsi, D. ad leg. Cornel. de fals.* Quare receptum est actionem repetundarum, vel residuorum, vel peculatus morte non finiri, quia est de bonis scelere partis, quæ quæstio est perpetua. Et sic etiam bonorum, quæ sententia judicis specialiter adempta sunt, persecutio est perpetua, quæ fisco competit. Aliud est dicendum, si tacite bona adempta sint, ut si reus sit deportatus, vel si damnatus sit ultimo supplicio, id est, morte, quæ sententia tacite adimit bona omnia: Nam hic, si moriatur pendente appellatione, morte ejus pœna, & crimen, id est, causa capitis, quæstio bonorum extinguitur, & transmittuntur bona ad heredes ejus, aut bonorum possessores. Et ita in multis partibus juris multum interest, exprimatur aliquid, an tacite intelligatur: Nam uno perempto ex eis, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod est æque expressum. At perempto expresso, perimitur etiam id, quod tacite insuit. Et hoc ostendit *l. ult. h. tit.* & *lex 3. sup. si pend. accusat. mors inter. l. 1. D. eod.* Postremo illud etiam notandum est ex *l. 2. h. tit.* morte rei crimen extin-

extingui in persona ejus, non in persona correorum, videlicet si plures eodem crimine simul rei facti sunt, quod fieri potest, *l. 19. D. de accusat.* Non licet quidem plures reos, quam duos separatim eodem tempore delatos habere ex diversis criminibus, ut cavetur l. Julia, sed licet eodem tempore, & eodem crimine plures simul deferre reos, quo caso mors unius in eo solvit crimen, & accusationem, non in correis. Et ita morte rei principalis, quod & maxime notandum ex *l. 4. h. tit.* puta morte ejus, qui falsum instrumentum fabricavit, non auferri facultatem ejus accusandi, qui postea eodem instrumento falso utitur sciens, prudensque: Nam & qui sciens falso utitur, reus est falsi, *l. 2. sup. de fide instrument.* Itemque mortuo mandatore cædis, qui est principalis reus, quia auctor cædis, integrum est accusare eum, qui cædem fecit eadem ratione, *l. 5. sup. de accusat.*

AD TITULUM VII.

SI QUIS IMPERATORI MALEDIXERIT.

JAM à titulo 5. cœpit tractare de crimine læsæ majestatis, in quod incidere in eo titulo docuit eum, qui habet privatum carcerem: nec male dicam etiam tit. 6. ad crimen læsæ majestatis pertinere, quia à definitione ejus tituli, ut scilicet morte rei crimen extinguatur, exceptum intelligitur semper crimen perduellionis, quod est summum crimen læsæ majestatis. Sed quia & ex aliis causis quamplurimis committitur crimen læsæ majestatis, vel dicto, vel facto: de eo, quod dicto committitur, agitur in hoc tit. 7. *si quis Imper. &c.* de quo etiamsi aliquando fuerit judicium majestatis læsæ, ob dicta scilicet, & voces impias jactatas in principem, vel in tempora, ut ait nominatim constitutio h. t. quoniam, qui tempora incusat, tacite principem ipsum incusare, & oblædere videtur. Tamen ex constitutione h. t. nullum ob eam rem judicium, nullave pœna temere constituitur inconsulto principe, quia ait l. si id ex levitate processit, contemnendum est: si ex iosania, miseratione dignissimum est: sin autem ab injuria, & mente mala, remittendum est, quod non significat esse remittendum ad principem, ut ipse de eo statuat, ut voluit Accurs. sed ut Græci rectius interpretantur hoc loco, remittendum, id est, *συγγνωστέον*, venia donandum est, etiamsi ab injuria processerit maledictum, quia bonus princeps injuria non potest affici, quam & de se ipso rationem reddit Titus Imperator apud Dionem, cum sustulisset quæstionem læsæ majestatis ob convitia, *ἐγὼ μὲν οὐδὲν ἐφ' ᾧ ὑβρισθῆναι, ἢ προπηλακισθῆναι δύναμαι, οὔτε γὰρ ἄξιον τι ἐπηγορίας ποιῶ, οὔτε μοι μέλει τῶν ψευδῶς λεγομένων: Ego, inquit, injuria, & contumelia affici non possum, quia nil mihi extitit, quod reprehensionem mereatur, & nihil mihi sunt curæ, quæ falso de me jactantur.*

AD TITULUM VIII.

AD LEGEM JULIAM MAJESTATIS.

IN hoc titulo ostenditur, & ex aliis plerisque causis bonos principes non admittere quæstionem læsæ majestatis, puta, quod judex per imprudentiam pronuntiaverit contra constitutiones principis, *l. 1. hujus tit.* vel quod quis pejeraverit per principem, quod perjurio violaverit nomen principis, *l. 2. hujus tit.* & ex multis aliis quoque causis, levioribus scilicet, Alexander in *l. 1.* ostendit, se remisisse quæstionem læsæ majestatis, dum ait, *etiam ex aliis causis majestatis crimina cessant meo seculo*, & utique cessabunt, si forte quis pronuntiaverit contra constitutiones principum. Alii principes, & ex levi causa instituebant judicium majestatis, ut Antoninus Carac. apud Spartianum, quod quis fecisset, urinam ubi positæ erant statuæ principis, vel quod quis ex imaginibus principum coronas detraxisset, ut alias poneret, & adjicit statim, quod tamen non pertinet proprie ad crimen læsæ majestatis, sed ad crimen veneficii, aut maleficii, Antoninum etiam damnasse eos, qui tertianis, quartanisve remedia collo annexa gestassent, quæ Græci vocant *περίαπτα*, & *περιάμματα*, quod forsitan servari æquum esset: Nam & Constantinum Imperatorem legimus apud Ammianum Marcellinum libro 19. ut veneficos damnasse eos, qui remedia tertianæ, vel alterius doloris collo gestassent. Et Carolus Magnus lib. sexto legum, & constitutionum suarum *cap. 72. ut*, inquit, *phylacteria, & falsæ inscriptiones, & ligaturæ, quæ imprudentes febribus, vel aliis pestibus opitulari credunt, nullo modo fiant, quia*, inquit, *magicæ artis insignia sunt*. Verum ad rem. Removentur ergo primum in hoc titulo leviores causæ instituendi judicii de majestate, quibus remotis *l. 1. & 2.* & cæteræ omnes constitutiones referuntur ad crimen perduellionis, quod & rebellionis dicitur ab auctoribus, & impietatis, vel *ἀσεβείας*, & sacrilegii crimen, quo qui tenetur, hostis publicus esse judicatur, summum, & maximum crimen dicitur, *l. 7. C. Theod. de indulgent. crimin.* In eo vero crimine multa singularia recepta sunt. Primum quidem, ut crimen perduellionis morte nocentis non extinguatur, sive ante reatum moriatur, sive in reatu ipso, *l. pen. & ult. hujus tit.* Alia tamen crimina morte extinguuntur, vel mortalitate potius, ut ait *lex ult. D. eod.* quia non qualiber morte, non morte sibi conscita in reatu capitali. Mortalitas est mors communis, & naturalis, non adscita mors. Recte igitur dicuntur cætera crimina mortalitate extingui: ut vero crimen perduellionis mortalitate non extinguatur, sed post mortem nocentium inchoari, aut peragi possit, hoc jus manare ex constitutione D. Marci ostendit Paulus in *l. pen. hujus tit.* & Martianus in *l. ult.* quorum Jurisconsultorum verba, non ulli constitutioni Græcæ (ut vulgo opinantur: nullam enim constitutionem Græcam in hoc titulo desiderari Basilica patefaciunt) sed constitutionibus Latinis in hoc tit. à Triboniano subjecta sunt, quod in Digestis prætermissa essent. Idque huic uni titulo contigit, ut ei subderentur post constitutiones verba Jurisconsultorum prætermissa, scilicet in Digestis. Illud etiam ex eodem Paulo, & Martiano in *l. pen. & ult.* intelligimus, hoc esse singulare in crimine perduellionis, ut servi, qui ex alia causa in caput domini non torquentur, ex hac causa torqueantur, ut *l. pen. sup. qui accus. non possunt*, *l. servum, inf. de delator. lib.* 10. Et recte *l. 2. C. Theod. ne præter crimen majestatis servus dominum accuset*. *In hoc crimine etiam servis esse honestam proditionem: nam & hoc facinus tendere in dominos*, id est, dominos rerum, quales sunt principes. Sed omisi, quod in *l. pen.* Paulus probat, ex constitutione Marci factum esse, ut quæreretur de læsa majestate Imperatoris etiam post mortem nocentis, & ut post mortem bona ejus vindicarentur fisco. Id ait jussisse Divum Marcum in persona Depitiani, utpote Senatoris, quod socius extitisset Cassiani furoris. Nam illud certum est, Avidium Cassium rebellasse adversus D. Marcum, ejusque factionis socios fuisse plurimos. Et Paulus ait, unum ex eis, nempe Depitianum, sic habent fere omnes libri, nullus Druncianum, ut vulgo legitur contra fidem historiæ, quæ prodit, Divum Marcum pepercisse Druntiano genero Cassii: Depitianum igitur utpote Senatorem, post mortem hujus criminis fuisse damnatum, bonis publicatis, & fisco addictis. Cur ait, utpote Senatorem? quoniam ipse vetuerat, ne ob eam rem Senatus quicquam statueret in ullum Senatorem, quamobrem ipsemet decrevit de hoc Senatore, de quo nec Senatus ipse decernere poterat, ut si mortuus esset, bona ejus publicarentur, quod socius fuisset, & satelles Cassianæ conjurationis. Sed pergamus ad alia, singulare etiam hoc est in crimine perduellionis, ut damnati ex

ea causa non lugeantur, *l. liberorum*, *§. non solent*, *D. de iis, qui not. inf.* ut non petantur sepeliendi post sumptum de eis supplicium, *l. 1. D. de cadav. punit.* & ut eo crimine omnes omnino, qui postulantur, vel etiam qui in eo ad testimonium provocantur, cum res exigit, torqueantur cujusque ætatis, conditionis, vel dignitatis fuerint, *l. Decuriones*, *inf. de quæst. l. de minore*, *D. eod. tit. l. 3. & 4. hoc tit.* Aliorum criminum reos tormentis dignitas, vel ætas eximit. Alii recte petuntur sepeliendi, alii lugentur, sed non qui damnati sunt majestatis; hi cujuscunque sint dignitatis, tormentis subjiciuntur, & quæstionibus. Joannes Chrysostomus homilia 13. *Ubi est*, inquit, *crimen læsæ majestatis*, *dignitas nil proficit*. Et Ammianus Marcellinus 19. *Ubi majestas pulsata defenditur*, *à quæstionibus*, *vel cruentis nullam leges eximere fortunam*, quin etiam, quod in hoc crimine singulare est, ex *l. 3. hoc tit.* accusatores, si manifestissimis indiciis, & argumentis non convicerint reos, & ii, quorum opera, vel consilio ad accusationem prosilierunt, etiam tormentis subjiciuntur. Necesse est reos læsæ majestatis convinci manifestis indiciis, priusquam torqueantur, aut torquebuntur potius accusatores ipsi. Et ita in *l. 3. hujus tit.* accipere oportet convictum reum majestatis subjici tormentis, convictum, scilicet manifestissimis indiciis, de quibus & lex ipsa loquitur, non convictum uno teste, ut glossa dixit, tu ne dixeris: Nam neque uno teste quisquam convincitur, sed manifestissimis potius indiciis, quæ certissimæ probationes sunt, *l. ult. sup. de contrah. stipulat.* Neque unicus testis sufficit torquendo reo, quod probat *l. maritus*, *D. de quæst.* qua in re plerique labuntur hodie, qui unum testem per se solum putant sufficere ad quæstionem misero offerendam: qui etiam errant, dum unum testem affirmant, esse probationem semiplenam, ut loquuntur, quod hoc argumento probant. *Duo*, inquiunt, *testes faciunt plenam probationem*, *ergo unus semiplenam*. Sed hæc collectio vitiosa est, & eadem atque si diceres, duo perficiunt numerum, ergo unus, aut unum est numerus imperfectus, & semiplenus, quod est falsum. Nam unum non potest dici numerus. Et præterea ut veritas, ita probatio scindi non potest, quæ non est plena veritas, est plane falsitas, non semiveritas. Sic quæ non est plena probatio, plane nulla probatio est. Denique Jurisconsulti non noverunt ullam probationem semiplenam. Illud etiam non omittam, legem tertiam hujus tituli esse vitiatam ab interpunctionibus omnimodo: nam detracta parentheseos nota, post verbum (*comprobare*) quasi perfecta, atque completa sententia pungendum est; ut deinde incipiat alia sententia his verbis (*cum eo*, *qui hujus esse temeritatis deprehenditur*) id est, cum accusatore temerario, minime fulto, aut suboixo manifestis indiciis, *illum quoque*, *&c.* sic legamus una saliva: singulare hoc est præterea, ut filii masculi nocentium non tantum excludantur hereditate patris, cujus morte damnati bona occupat fiscus: sed etiam hereditate matris, & avi, & omnium propinquorum ex testamento, vel ab intestato, & hereditate etiam extraneorum forte eis delata ex testamento, ut sint perpetoo infames, & intestabiles, miseri, & egeni, non habentes jus capiendæ alienæ hereditatis, quod non primom est introductum, *l. quisquis*, *hujus tit.* imo nil fere in *d. l. quisquis* proditum est, quod non olim obtinuerit. Ergo *lex quisquis* non facit novum jus, sed restituit, quod olim obtinuit, & convenit etiam cum ea *lex ult. inf. de bon. proscript.* Et constat etiam reorum filios non habuisse jura sepulchrorum familiarium, *l. 1. §. suos*, *D. de suis*, *& legit. hered.* non habuisse jura libertorum paternorum, si spectemus jus vetus, jus ipsum, ex *l. 3. D. de interdict. & releg.* Nam ex constitutionibus benignissime, ut ait *lex 4. D. de jure patronatus*, eis conceduntur jura libertorum paternorum, & *l. eorum*, *D. ad leg. Jul. majestatis*. Neque obstat *lex 1. sup. de bonis libert.* quæ docet, filio patroni damnato, ut hoste publico, & ita ut perduellione, aut perduelle, jura libertorum transire in fiscum; quia non ponit (& hoc ex iis, quæ notat Accursius, certius est) eum reliquisse filios. Si reliquisset, eis benignissime fuissent conservata jura libertorum. Cæterum, quia hic filius patroni nullos filios reliquit, jura libertorum transierunt in fiscum: hoc dico esse præcipuum in crimine perduellionis, quia alias non solent parentum scelera filiorum pœnis lui, *l. 2. §. pen. D. de decur.* nullum patris delictum filio innocenti pœnæ esse: nullum, excepto crimine perduellionis: Nam nulla est in jure universalis propositio, quæ non vitietur, & quandoque perdat officium suum. In hoc crimine legibus comparatum est, ut patrum scelera luerentur filiorum pœnis, ut filiorum caritas, ut ait M. Tullius, scribens ad Brutum, amiciores parentes reipublicæ redderet. Hæc de filiis masculis in *l. quisquis*. Filiabus autem non adimit omnia bona, omnem spem bonorum adipiscendorum, sed humanitatis gratia filiabus, qua se tueantur, conservat in bonis maternis legitimam portionem: in bonis paternis nil eis concedit, quia universa cadunt in fiscum. In bonis maternis filiabus quotquot sunt, concedit tantum Falcidiam, id est, portionem legitimam. Et ait hoc loco, *ut habeant mediocrem potius filiæ alimoniam*, *quam integrum emolumentum*, *& nomen heredis*. In Codice Theodos. in quo est hæc constitutio *l. quisquis*, sub titulo *ad legem Cornel. de sicariis* (nec scio quid in mentem venerit illi, qui dixit, eam legem *quisquis* non extare in *C. Theod.*) ita scriptum est, *ut habeant ingratæ potius filiæ*, *&c.* puto scribendum (*non ingratæ*) hoc sensu, ut in bonis maternis non ingratæ filiæ habeant legitimam portionem, quoniam (ut Græci notarunt hoc ipso titulo) si exheredatæ fuerint à matre ex causa ingratitudinis, proculdubio nec legitimam portionem in bonis ejus obtinebunt. Constitutio igitur servat Falcidiam non ingratis filiabus: uxoribus etiam servat dotem, & lucrum nuptiale ex donatione propter nuptias. Et postremo in hoc titulo ostenditur *l. ult.* hoc esse singulare in crimine perduellionis, ut post contractum perduellionis crimen, factæ alienationes bonorum, venditiones, donationes, dotes, vel manumissiones servorum, vel emancipationes liberorum, non valeant, & ut ei, qui contraxit tale crimen, debitores, quod debent, non recte solvant. Idem est in *l. quisquis*, & in *l. donationes*, *§. ult. D. de donat. l. ex judiciorum*, *D. de accusat.* Qua in re hoc crimen distat à cæteris criminibus, quia ita demum post contractum aliud crimen factæ alienationes non valent, si sequuta condemnatio sit, quæ sequi non potest, nisi vivo reo, quia morte rei cætera crimina extinguuntur. Si igitur vivo reo condemnatio sequuta sit, post contractum capitale crimen, factæ alienationes non valent, *l. post contractum*, *D. de donat.* Idem est in manumissionibus, & emancipationibus, & solutionibus, *l. qui pœnæ*, *D. de manumiss. l. reo*, *D. de solut. l. cum quidam*, *D. de jur. fisc.* Sed si condemnatio sequuta non sit, ut si sit mortuus in reatu pendente judicio, alienationes, & cætera omnia valent, quæ tamen post contractum crimen perduellionis non valent, quia & mortuo reo sequi potest condemnatio. Donatio igitur facta à reo alterius criminis valere potest, videlicet, si in reatu moriatur. At donatio facta à reo perduellionis post contractum perduellionis crimen, nunquam valere potest, quia mortui est integra accusatio, quia mortuus condemnari ex hac causa potest. Nec alia potest hac in re constitui differentia inter crimen perduellionis, & cætera crimina: nam quod dicitur in *l. quisquis*, jura voluisse, ut eadem severitate voluntas sceleris, qua effectus puniretur, id non est singulare, & proprium in scelere majestatis, sed commune in omni scelere; quod (ne sim in eo longus) probat satis *Observat. 15. cap. 25.* cui tantum addam hunc locum Apuleii 4. Floridorum: *in maleficiis*, inquit, *etiam cogitata scelera*, *non perfecta*, *adhuc vindicantur*, *cruenta mente*, *pura manu: ad pœnam sufficit meditari punienda*. Et abutuntur multi *l. cogitationis nemo*, *D. de pœn.* quæ

non

non est generaliter accipienda, ut alio loco ostendi, sed reddenda suo proprio tit. id est, edicto quod quisque juris in alium, quo punitur tantum effectus, non cogitatio: cæterum in criminibus publicis etiam cogitatio, aut conatus.



AD TITULUM IX.

AD LEGEM JULIAM DE ADULTERIIS; ET STUPRO.

A CRIMINE publico læsæ majestatis, quod omnium est maximum, transit ad crimen publicum adulterii, & stupri, seu impudicitiæ. In adulterio est vir, & mulier aliena: in stupro vel non est vir, vel non est mulier, vel est vir, & mulier vacua. Dico in adulterio esse mulierem alienam, id est, alii nuptam. Non dico virum alienum, vel maritum alienum: Nam in viro alieno legibus publicorum judiciorum crimen non vindicatur, ut ostendit *l.1. h.tit.* Quamvis lex Julia de adulteriis coercendis, seu de pudicitia, permittat viro uxorem jure mariti accusare adulterii, non tamen etiam uxori permittit virum eodem crimine accusare. Ex quo efficitur, nec alieno matrimonio violato, seu polluto, mulierem publico judicio adulterii accusationem instituere posse, quia nec lecti sui injuriam persequi potest: alio judicio mulier suam injuriam persequi potest instituta accusatione, *l.de crimine, sup. qui accus.non poss.* Hoc judicio, nec suam, nec alienam injuriam, seu vindictam persequi potest. Et ita est explicanda *lex 1. h.tit.* Unde apparet hac in re, quam distet stuprum ab adulterio: Nam de stupro mulier accusationem instituere potest, si suam injuriam persequatur, *l.7. hoc tit.* ut si se ab alio deintegratam dicat, si virgini sibi vim allatam. At de adulterio mulier accusationem instituere non potest, etiamsi suum maritum dicat fuisse cum alia, cum tamen ipsa à marito possit accusari, si quid probri fecerit cum alio: ac similiter, ut ex Catone Gellius refert, jus olim fuit viro sine judicio impune necare uxorem deprehensam in adulterio, quod etiam hodie est ex *Novella Majoriani*. Et eo jure pleræque gentes utuntur. At mulieri jus non est virum adulterum, vel adulteram, seu pellicem ne digito quidem contingere, ut ait Cato. Et similiter lege Romuli (ut Plutarchus scribit) qua & nos hodie utimur, & nos uti testatur etiam Zonaras in *can. Apostol.* 48. Ea, inquam, lege nulla ex causa mulieri licet à viro divertere, viro licet, ut scribit Plutarchus, veneficam, & adulteram domo exigere, liberis de sinu ejus sublatis, vel clavibus ademptis. Nam omnino apud Plutarchum legendum est, quo loco multi laborant: τέκνων, ἢ κλειδῶν ἀποβολῇ non ὑποβολῇ, id est, exigi mulierem veneficam, vel adulteram ereptis ei liberis, quos educat, vel ademptis clavibus: Nam & sic Cicero 2. Philippica, foras exigi mulieres clavibus ademptis. Non est ergo novum, si & lex Julia jus æquum non servat viro, & uxori, si non iisdem, quibus fœminas, viros vinculis pudicitiæ obstringit. Quam legem proculdubio D. Ambrosius intellexit, & merito improbavit eam inæqualitatem *libro primo de Patriarcha Abraham cap.4. Nemo*, inquit, *sibi blandiatur de legibus hominum: & plane intelligit leges Julias. Omne*, inquit, *stuprum adulterium est, nec viro licet, quod mulieri non licet*; & sequitur: *eadem à viro, quæ ab uxore, debetur castimonia*. Unde intelligitur, maritum legibus Juliis, qui se commiscet alteri, non esse quidem reum adulterii, sed stupri, nec enim potest negari, quin stuprum committat. At D.Ambros. & Christiani omnes affirmant, eum etiam perinde, atque uxorem adulterium committere. Sic D.Augustinus de verbis Apostoli sermone 4. *Quis aliquando habens uxorem, quis & ancillam vitiavi suam, crimen invenit? Sed in foro*, inquit, *non in cælo, in lege mundi, non in lege creatoris mundi*. Et eleganter Gregorius Nazianzenus in dictum illud Evangelistæ; *Cum consummasset Jesus hos sermones*, hanc esse constitutionem, & legem, ut in uxore, non in viro adulterium coerceatur. Verum subjicit: οὐ δέχομαι ταύτην νομοθεσίαν. *Non laudo, non probo hanc legem, eam mares tulerunt, ideo fœminas tantum insequitur, & incessit*. Et ita viros ait sibi solis reservasse, & vindicasse patriam potestatem in filios, matribus denegasse: lege tamen Dei utriusque parentis parem esse potestatem. Et similiter utriusque conjugis pariter adulterium coerceri. Et huic piæ, & veræ sententiæ, nonnihil etiam leges auxiliantur, & adminiculantur, quæ etsi non permittant mulieri accusationem adulterii adversus maritum, tamen ipsæ cum accusantur à viris, possunt eis referre idem crimen, aut par crimen, veluti lenocinium, eoque genere, non quidem se excusare, sed onerare maritum. Et sunt hac de re valde notanda hæc verba *l.si uxor*, *§.judex*, *D.ad leg. Juliam de adult. Judex adulterii*, inquit, *ante oculos habere debet, & inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat, quæ res potest & virum damnare, non tem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*. Non compensatur adulterium cum adulterio, vel cum lenocinio, sed utrumque punitur. Igitur mulier, quam maritus postulavit adulterii, si objiciat par crimen accusatori: *Ea res*, inquit, *poterit maritum damnare*. Quod ita intelligendum est, si objiciat lenocinium, ea res utique maritum damnabit, & subjiciet pœna adulterii, quoniam utriusque sceleris eadem est pœna lege Julia constituta. At si contra ei objiciat etiam adulterium, poterit quoque ea res eum damnare de stupro, sed non de adulterio. Et observandum est, ea verba *§.judex*, quamvis id Jureconsultus supprimat, esse ex rescripto Antonini, quod fuisse relatum in Codicem Gregorianum D.Augustinus scribit lib. 2. ad Pollentium, propositis iisdem, & aliquanto amplioribus ejusdem rescripti verbis, quo ostenderet, & leges aliquatenus parem à viris, atque à fœminis pudicitiam exegisse. Et jam hic locus exigit, quoniam commode fieri potest, ut hic addatur explicatio *l.2. hoc tit.* quæ docet, lege Julia non tantum adulterium in uxore puniri, sed etiam in viro lenocinium, ut puta si deprehensam in adulterio retineat, neque dimittat. Non potest retinere deprehensam cum adultero sine scelere, & contagione lenocinii, vel etiam si damnatam adulterii, & foras exactam reducat, vel etiamsi quisquam quamcunque mulierem damnatam adulterii ducat, quod congruit cum verbo Domini, quo judicatur esse adulter, qui repudiatam ex causa adulterii domum ducit uxorem. Et hoc ostendit *l.9.& 17.hoc tit.* dum dicit, si quis damnatam adulterii ducat, vel reducat, is est adulter, is est leno. Leno autem pro adultero habetur semper, quia utriusque est eadem pœna, & eadem lex. At, ut ait *l.2. hoc tit.* si quis suspectam adulterii retineat, & rem dissimulet, si possit ignorantiam simulare, ut ait *l.17.* quod non potest, qui eam damnavit publico judicio. At qui potest, & suspectam retinet, non ideo tenetur lenocinii. Valde notandum est, quod ante dixi, esse proditum in *l.9.* & congruere cum verbo Domini, ut lege Julia teneatur, qui damnatam adulterii ducit uxorem. Recte damnatam: nam non damnatam adulterii, quæ forte à viro divertit, quin liceat ducere non est dubium, repudiatam ab alio, jure ducimus: sed non repudiatam, & damnatam adulterii. Si tamen quis venerit in suspicionem adulterii cum aliena uxore commissi, soluto matrimonio si eam uxorem ducat, licet fuerit absolutus, ea res auget suspicionem adulterii: tantum abest, ut diluat crimen, qua in re plurimum hodie peccatur. Et scio evenisse, ut quis accusaretur adulterii commissi cum domina, & accusaretur post mortem domini, & absolveretur, & post absolutionem impune eam protinus duceret uxorem, quod exemplo est perniciosum, & damnatum in *l.27.& 34.hoc tit.* quæ habet pro convicto, & confesso reum absolutum adulterii, si postea eam mulierem,

cum qua dicebatur rem habuisse, duxerit uxorem. Et hoc est, quod ait Poeta: *Quod nubis Proculina concubino, & mœchum modo facis maritum, ne lex Julia te notare possit: Non nubis Proculina, sed fateris.* Et alibi:

Mœchus erat, poteras tamen hoc tu Paula negare.
Ecce vir est: nunquid Paula negare potes?

Nuptiæ igitur sequutæ post absolutionem, argumentum potius præbent patrati adulterii, & iterari adversus eum adulterii judicium potest, ut in *l.miles, §.licet, ff.ad leg.Jul.de adult.*

Ad L.III. Non solum verba *legis Juliæ de adulteriis coercendis, sed etiam sententia per quæstionem quoque servorum, sive ancillarum crimen admissum probare volentis, ad earum tantum personarum servos ei rei exhibendos pertinent, de quibus specialiter comprehendit, id est, mulieris, & patris ejus, non naturalis, sed justi duntaxat, quos intra sexagesimum diem ex dissolutione matrimonii numerandum, manumitti, vel distrahi prohibet, & quorum dominis caveri præcipit, si defuncti fuerint in quæstione, vel facti deteriores secuta absolutione.*

QUod proponitur in *l.3.* totum est ex ipsa lege Julia *de adulter.coercend.* Ac primum marito accusante uxorem jure mariti (sic enim est accipienda) vel patre filiam accusante jure patris, intra dies sexaginta præscriptos lege Julia in hoc judicio, eam legem velle crimen probari etiam per quæstionem servorum, videlicet, si manifestis argumentis maritus, vel pater adducatur in suspicionem adulterii, ut *l.ult. h.tit.* illo loco, *propter suspicionem criminis adulterii*: suspicio ducitur ex manifestis rerum argumentis: & crimen probari per quæstionem eorum servorum tantum, de quibus lex Julia specialiter comprehendit, ut ait hæc lex. Comprehendit autem specialiter servos mulieris repudio dimissæ propter suspicionem adulterii, & etiam adulterii postulatæ, & indistincte servos omnes mulieris. Igitur, quos habuit in ministerio, & quos habuit extra suum ministerium, in agro forte, vel in provincia: Nam ministerio servorum utimur domi nostræ tantum: ministerium servile domo includitur: Lex enim Julia cum specialiter comprehendit, ut de servis mulieris dimissæ, & accusatæ quæstio haberetur, nullam addidit conditionem, & modum. Ergo de omnibus indistincte quæstionem haberi voluit. Comprehendit etiam lex Julia servos patris ejus mulieris, sed addidit modum, quos pater mulieris dedisset in ministerium, *l.si postulaverit, §.haberi, ff.eod. l.prospexit, ff.qui, & à quib. manumiss.* Et præterea lex Julia comprehendit tantum servos patris justi, ut ait lex 3. quos justus pater ei dedisset in usum, non servos patris naturalis. Ergo lex Julia non comprehendit servos patris naturalis, quos filiæ alii nuptæ in usum, & ministerium concessit, & multo deterius comprehendit servos alienos, quos extrarius aliquis mulieri dedisset in ministerium. De his igitur quæstionem haberi noluit lex Julia. Non comprehendit etiam servos patris justi, quos pater ei non dedisset in ministerium. Justum patrem facit matrimonium, vel adoptio: naturalem concubinatus, vel contubernium. Justus pater filiam habet in potestate, naturalis non habet. Hoc est satis, ut discrimen, quod est inter utrumque intelligamus. At quoniam dicere quis poterat, non comprehendi quidem verbis legis Juliæ servos patris naturalis, vel servos extraneos mulieri in usum concessos, sed sententia legis comprehendi, & tacita mente, ideo Antoninus Imperator in hac lege tertia, ut hoc submoveat, ita rescribit: *Verba legis Juliæ* (sic est inchoanda lex) *de adult. coerc. probari volentis* (sic est scribendum) Et statim exempli causa Antoninus addidit servos mulieris, quos lex specialiter comprehendit, ut quæstioni subderentur in judicio adulterii, & servos patris justi, servos mulieris indistincte, servos patris justi, cum hoc modo, quos pater ei in usum concessit. Quibus ex *dict. l.prospexit*, addere etiam oportet, servos matris, vel aviæ in usum ei datos a item servos mariti accusatoris, & patris ejus, quos ei pater in ministerium dedit, ex *l.3 a. & l.ult. hoc tit.* & ex *d.l.si postulaverit, §.sed & servi*, ubi, *sed & servi accusatoris*, id est, servi mariti. Paulus 2.Sentent. *Servi*, inquit, *tam mariti, quam uxoris in causa adulterii torqueri possunt, nec iis libertas sub spe impunitatis data valebit.* Et cur utriusque servi torqueantur in causa mariti, & uxoris? ratio est, quia commixta familia, & una domus est viri, & uxoris, *l.1. §.si vir, aut uxor, ff. ad SC. Syll.* Et ita tam hi, quam illi scire possunt, quid domi agatur, vel quos domi colat mores materfamil. Ideo de omnibus habetur quæstio, id est, à judice omnes quæstioni subjici possunt, eruendi criminis, & veritatis causa. Item marito, vel patre accusante adulterum, id est, eum, qui cum uxore, vel filia alii nupta probri quid fecerit, certum est lege Julia comprehendi servos adulteri, ut de eis quæstio habeatur, & servos patris ejus, quos habuit in ministerio, *d.l.si postulaverit, §.haberi, l.patre, ff.de quæstion.* Papinianus libro singulari de adulteriis, *De mancipiis alterius*, id est, *rei, vel reæ, marito, vel patre accusante, quæstionem haberi posse palam est.* Et quæstio de eis servis habetur præsente reo, vel rea, & accusatore, & patronis reorum. Ea lege etiam patronis datur facultas interrogandi servos tormentis expositos, *dict.l.si postulaverit, §.quæstioni*, qui mos veterum est notandus, ut quæstioni adhibendæ servis intersint rei, & accusatores, & patroni reorum, & ut patroni reorum interrogent servos, imo & rei ipsi, ut in causa Milonis testes interrogaverunt M. Tull.Cicero, & M.Marcellus patroni Milonis, & Milo ipse, ut scribit Asconius Pedianus in Milonianam. Et Plinius 3. Epist. scribens de suis patrociniis: *Concipere*, inquit, *animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum, tam multi testes interrogandi, sublevandi, refutandi.* Et ideo in jure nostro cum legimus testes interrogatos, non utique semper hoc ita exaudire debemus, ut interrogentur à judice, sed etiam ab adversariis, vel patronis eorum, quod & ita hodie fieri forte tutius esset: Nam sæpe judices eos translatitie, vel ambitiose interrogant. Verum ad rem. Ex iis, quæ diximus, apparet, lege Julia de adulter. etiam servos torqueri, in caput dominorum: servos mulieris accusatæ adulterii, in caput mulieris; servos adulterii in caput adulteri. Ut igitur lege Jul.perduell.de qua *tit.sup.* servi torquentur in caput dominorum, ita etiam l.Julia de adult. sed quomodo videamus, & an semper: utraque lege servi torquentur in caput dominorum, sed diversis rationibus, *leg. Jul. perduell.* quoniam hoc crimen tendit in dominos, id est, in summos dominos, in dominos rerum, id est, principes, *leg.Jul.de adult.* quia hoc crimen vix probari potest per alios quam per familiares: & præterea *l.Julia perduell.* semper: *lege Julia de adulteriis*, patre tantum, vel marito accusante adulterum, vel adulteram, ut ait *lex patre, ff.de quæst.* & marito accusante jure mariti, patre accusante jure patris .i. jure proprio, & singulari, non jure publico, quod mox explicabitur, ut in *l.is, cujus, §.pen. D.ad leg.Jul.de adult. l.sed si maritus, ff.qui, & à quib. manumiss.* in illo loco: *cum pater accusare possit.* Quem locum Latinus interpres recte accipit de patre uxoris, ut indicat illa *lex is, cujus.* Græcus interpres male de patre mariti. Jure mariti, vel patris accusat quis intra 60.dies à divortio facto: Et jus mariti, jusve patris hoc est, ut si intra illos dies velint accusare, præferantur omnibus accusatoribus, & in divinationis judicio obtineant. Itemque, ut sine pœna calumniæ vincantur: hoc est jus mariti, & patris. Post 60. dies maritus, vel pater accusat jure extranei, vel quod idem est, jure publico, id est, ut extraneus, ut quilibet de populo, nec præfertur potiori accusatori, si quis se offerat, nec vincitur sine pœna calumniæ. Sic igitur statuo: in causa adulterii ex lege Julia servi torquentur in caput dominorum, qui in reatu sunt, patre scilicet, vel marito accusante jure suo ex lege Julia, non alio extraneo accusante.

sante. At postea ex constitutionibus Principum D. Marci, & Severi, & Antonini placuit servos torqueri in hac causa contra dominum, etiam extraneo accusante adulterum, vel adulteram, etiam patre, vel marito accusante jure extranei: quo genere non spectatur qualitas patris, vel mariti, cum spectetur ut extraneus quilibet. Et constitutionum rationem hanc reddit Papinianus, ut & extraneo accusante, servi in dominum torqueantur: *quia*, inquit, *non facile tale delictum sine ministerio servorum, admitti creditum est, sine opera ministrarum*. Inde generaliter in *l.1. infr. de quæst.* in crimine adulterii servos torqueri contra dominum. Et eleganter in *l.6.hoc tit.* marito accusante uxorem jure extranei post 60. dies, nonminus ad probationem sceleris haberi quæstionem de servis uxoris, quam si maritus ageret jure mariti, quo casu proculdubio torquentur servi uxoris in uxorem ex lege Julia. Sed & cum agit jure extranei, non quidem ex l.Julia, sed ex constitutione divorum Principum, ut ait, id est, Severi, & Antonini. Et inde Papinianus in *l.extrario, ff. de quæst.* ait *extrario quoque accusante, servos torqueri in causa adulterii contra dominum*: ait *extrario quoque*, perinde ac si diceret, non tantum patri, vel marito accusatori, hoc permitti lege Jul. ut servos ejus, qui, quæve accusatur, quæstioni postulet exhiberi, sed etiam iisdem constitutionibus permitti extraneo accusatori. Multa constitutiones addiderunt ad legem Juliam. Nam & illud addidit constitutio Adriani, ut de servis alienis quæstio haberetur, qui io ministerio fuissent mulieris, vel adulteri, *dict. l. si postulaverit*, *§. haberi*. Unde post constitutionem Adriani recte dicam hodie quæstionem haberi de servis patris naturalis mulieri datis in usum. Nec obstare h. l. 3. quia ut initio dixi, est de ipsuma lege Julia, qui postea ea io re subrogavit constitutio Adriani. Non etiam quem modum omisit lex Julia, cum est loquuta de servis mulieris torquendis, quæ omissio etiam Ulpiano perdura videtur in *d. l. prospexit*. Eum modum addidere legi Juliæ posteriores constitutiones, puta *l.32. hoc tit.* ut scilicet de eis tantum servis mulieris quæstio haberetur, quos in ministerio, & domi suæ habuerit tempore admissi adulterii, non de iis, quos habuerit peregre extra suum ministerium, qui nec rem scire possunt. Item, quod lege Julia est præscriptum, ut in hac causa servi quæstioni destinati non manumittantur, vel alienentur intra 60. dies divortii, intra quos marito, & patri licet proprio jure accusare, ne scilicet quæstioni subducantur, propterea quod de adulterio mulieris lex Julia quæri noluit per quæstionem servorum alienorum, quos specialiter lex Julia non comprehendit, & fierent alieni alienatione, nec per quæstionem liberorum hominum, & fierent liberi manumissione. Quos igitur servos lex Julia prohibuit intra 60. dies alienari, vel manumitti, id est, quos voluit subjici quæstioni, sane permisit post 60. dies eos manumittere. At quid si nundum sit finita cognitio adulterii, quid si non potuerit definiri intra 60. dies? Et Ulp. etiam scribit in hunc casum in *d. l. prospexit*, esse subveniendum, ut scilicet, servi destinati quæstioni non manumittantur ante finitam quæstionem, nec post 60. dies, si cognitio nondum sit finita. Quod post constitutionem Adriani trahendum est etiam ad servos alienos in usum datos mulieri, ut & ii pendente cognitione non manumittantur, contra quam notet Accurs. hoc loco, quoniam proculdubio judices jubebunt, ut solebant, dominum extraneos eos servos in potestate habere, nec manumittere, qui destinati fuerant quæstioni, vel pœnæ. Dixit autem Ulpianus in hunc casum esse subveniendum, id est, esse constituendum, ut & post 60. dies nondum finita cognitione sustineatur manumissio, vel alienatio servorum destinatorum quæstioni, ut in simili difficultate, & inopia consilii dixit Ulpianus esse constituendum, *l.pen. §. pen. sup. ad Senatusc.Trebell.* Et Paulus, principem adeundum esse, *Litaque*, *D. de fideic. libert.* Adde ex ultima parte hujus legis, accusatorem, qui servos reorum quæstioni exponendos postulat in hoc crimine, dominis cavere debere de indemnitate per stipulationem nudam, id est, de æstimatione servorum præstanda sequuta absolutione, si servi in quæstione mortui fuerint: vel de præstando damno, si in quæstione deteriores facti fuerint: vel etiam omissa cautione, eo nomine reis absolutis esse condictionem ex lege Julia in simplum, *d. l. si postulaverit*, *in fin. & l.seq.* & uno casu in duplum, si servus sit accusatus adulterii, & tortus, dein absolutus, ut *d. l. si postulaverit*, *l.ult. D. de calum. l.dominis*, *infr. eod.* Ait hæc lex 3. sequuta absolutione supradictæ cautioni in simplum locum esse, & ex ea posse agi, vel condictione ex lege Julia: Nam damnatione sequuta servi publicantur, nec redeunt ad priorem dominum, nec in eum casum cautio interponitur. Cujus rei ratio redditur in *d. l. si postulaverit, §.jubet, l.patre*, *D. de quæst.* Unde quæritur, an servis publicatis damnatione sequuta, dominis pretium fiscus restituere debeat. Et respondet Joannes, debere, quod verum est si reis damnatione bona adempta non sint. Et postremo quæritur, quid sit dicendum de servis accusatoris quæstioni subjectis postea sequuta absolutione, vel damnatione? Et hos quoque publicandos esse ait, *d.l.si postulaverit, §. sed, & servi*. Quod ita procedit, si accusator non obtinuerit, id est, si absolutus fuerit reus: Nam si accusator condemnaverit reum, hoc casu Bulgarus dedit actionem in simplum ex cautione, vel ex lege. Recte, ut opinor, si reus eos postulaverit in quæstionem, & postea fuerit condemnatus, non etiamsi judex eos ultro quæstioni subjecerit.

Ad L.IV. Gracchus, quem Numerius *in adulterio noctu comprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit, quod legitime factum est, nullam pœnam meretur. Idemque filiis ejus, qui patri paruerunt, præstandum est. Sed si legis auctoritate cessante, inconsulto dolore adulterum interemit: quamvis homicidium perpetratum sit, tamen, quia & nox, & dolor justus factum ejus relevant, potest in exilium dari.*

QUæstio legis 4. hæc est, an marito liceat per legem Juliam in adulterio uxoris suæ deprehensum, sine judice impune occidere? Et constat non quemlibet marito licere interficere, nec quolibet loco, sed domi tantum suæ deprehensum, nec quemlibet adulterum deprehensum cum uxore, sed omnem servum hominem: liberum autem hominem, non omnem, sed libertum suum, vel uxoris, vel patris, matris, filii, filiæ, utrius eorum, viri scilicet, & uxoris. Et iis addidit etiam Paulus *lib. singul. de adult.* noxæ deditum: Nam quod notandum, & liberum hominem, qui noxam fecisset, & condemnatus judicato faciendo impar esset, auctore judice, vel patre in noxam dedi moris erat, & addici ei, qui causam obtinuerat, *l.3. §. proinde*, *D. de liber. hom. exhib. §. ult. Instit. de noxal. act.* Et Papinianus 2. *Definit. tit. de judicato in fragment. Per liberum hominem*, inquit, *noxæ deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à prætore, qui noxæ deditum accepit*. Quæ ratio æquitatis servatur etiam in servo noxæ dedito, *§. dominus*, *Instit. de noxal. action.* Item liber homo, quem deprehendit maritus domi suæ in adulterio uxoris, ab eo impune interfici potest, si sit infamis, ut puta judicio publico damnatus, nec famæ restitutus, vel si fecerit lenocinium, si artem ludicram fecerit quæstus causa, si in scenam prodierit cantandi, saltandive causa, ut ait *lex marito*, *D. ad leg. Jul. de adult.* quæ obscœna studia Seneca vocat 1. Declam. *cantandi, saltandique obscœna studia nunc effeminatos tenent*. Item, ut Paulus addit 2. *Sentent.* qui corpore quæstum fecerit, vel qui operas suas locaverit, ut cum bestiis depugnaret in arena, vel qui (ut idem ait *libro sing. de adult. auctoramento locatus est ad gladium*) Sic est legendum, non, *rogatus est*. Ubi (*ad gladium*) id est, ad ludum gladiatorium, ut in *l.1. ff. de abig.* in rescripto Adriani (*ad gladium*) Licinius Rufinus ad ludum gladiatorum, exponit. Qui ergo auctoramento locatus est ad gladium, id

est,

est, qui ultro se studio gladiatorio vendidit, ut cum gladiatoribus depugnaret, ut uri, vinciri, verberari, ferro necari posset, quam in rem, etiam se nominatim obstringebat: denique ut esset gladiator, hujus est fœdior conditio, quam illius, qui operas suas locavit, ut cum bestiis depugnaret. Auctoratus vero quodammodo it in servitutem voluntariam, & capite minuitur: ille vero tantum operas locat. Unde recte in veteribus glossis: *Auctoratus*, inquit, *ἀυθαίρετος ἑαυτὸν εἰς δοῦλον βάλλων ἐς μονομάχος*: *auctoratus*, inquit, *est is, qui ultro se dat in servitutem, ut gladiator sit*. Nam qui Græcis *μονόμαχοι*, nobis sunt gladiatores semper. Hæ vero sunt omnes liberæ personæ, quæ à marito deprehensæ in adulterio, per legem Juliam possunt impune interfici, vel qualibet contumelia affici, veluti exsecto viro: Nam (ut ait *lex nec in ea lege, D. ad leg. Jul. de adult.*) *qui potest occidere, & multo magis qualibet contumelia afficere*. Uxorem autem deprehensam, per legem Juliam, marito non licet occidere ullo casu, cujuscunque conditionis sit: Sed occiso illo adultero, qui fuerit conditionis supradictæ, id est, qui fuerit ex numero eorum, qui ante sunt denotati, statim debet dimittere uxorem, & exigere foras, & profiteri (ut ex Paulo didicimus) in triduo proximo apud judicem competentem, se illum adulterum occidisse illo loco, puta domi suæ, sic impune occidet, ut subjicitur in hac *l.4. quod lege factum est permittente*, scilicet lege Julia, *pœnam non meretur*. Et ita Fabius *Declamat.* 358. & 372. *quod lege factum est*, inquit, *lege vindicari non solet*. Et additur *in hac l.4.* idem esse præstandum filiis mariti, qui talem adulterum jussu patris occiderunt, forte patre viribus lapso, vel non habente manus. Quod licet patri, licet etiam filio, imperante patre, quod demonstrat Seneca *1. Declamat. 4. & 2. controvers. similiter* 4. At si alterius conditionis hominem liberum, vel non, domi suæ maritus deprehensum in adulterio uxoris interfecerit inconsulto calore quodam, forte (ut ponit hæc lex 4.) noctu deprehensum in adulterio uxoris, homicida quidem est, quia illicite occidit, quem non licebat occidere per legem Juliam, & tamen non tenetur pœna legis Corneliæ de sicariis, quæ est ultima pœna, id est, mors, vel deportatio, sed leviore pœna, puta relegatione in insulam salvo capite, & patrimonio: nam in exsilium dari in fine hujus legis est relegari, non deportari. Est enim deportatio gravissima pœna, nimirum mors civilis, & capitis deminutio, relegatio non item. Ratio autem hujus constitutionis, cur maritus, qui interfecit deprehensum adulterum cum uxore, quem non licebat interficere per legem Juliam, quamvis fecerit homicidium, non tamen teneatur pœna homicidii, id est, lege Cornelia, sed aliquanto leviore, ratio redditur hæc in hac *l.4.* quia nox, & justus dolor maritum excusat, nox auget crimen in adultero, minuit in marito, qui eum interfecit. Et sic evenerat in specie *h.l.4.* ut noctu deprehenderetur, & interficeretur. Verum enimvero etsi interdiu, non noctu à marito deprehendatur, & interficiatur, justus dolor sufficit ad excusationem, & necem, quam intulit, allevandam: Nam & similiter indistincte legimus maritum, qui uxorem deprehensam interficit interdiu, vel noctu, sine distinctione, illicite quidem interfecisse, quia lex Julia non permittit marito uxorem occidere, sed adulterorum tantum certas personas, quas ante designavi, nec tamen ob uxorem illicite occisam eum teneri pœna *legis Corn. de sicariis*, sed in exsilium dari, id est, relegari, vel quæ par relegationi pœna est, in opus perpetuum tradi, quæ est mitior pœna, quam sit statuta *lege Cornelia*, *l.1. §. ult. D. ad leg. Cornel. de sicar. l. si adult. §. Imperatores, D. ad leg. Jul. de adult. l.3. §. si maritus, D. ad Senatusc. Syllan.* Addita hac ratione, molliri pœnam, quod difficillimum fuerit marito, justum dolorem temperare, & quod puniatur magis, quod plus fecerit, id est, quod ultus se sit ultra modum, quam quod se ulcisci non debuerit. Justus ergo dolor solus sufficit levandæ pœnæ. Cur autem nox augeat crimen in adultero, eadem est ratio, quæ in fure: nam & adulterium furtum est, & difficilius est sibi cavere à nocturno fure, vel adultero (utrique amica nox est) quam à diurno, sive interdiario: qua ratione etiam durius agitur cum nocturno fure, quam diurno, Ulpianus notat interpres Demosthenis in orat. contra Timocratem. Et puto igitur in proposita utraque specie, levius esse puniendum eum, qui illicite nocturnum furem, vel adulterum occiderit, quam qui diurnum: Nam nec furem nocturnum hodie, nec adulterum non exceptum lege Iulia licite occidimus, sive impune, nisi eum se telo defenderit, cum ipsemet intentat nobis necem: Nam in usu esse desiit lex 12. tab. quæ permittebat qualemcumque furem nocturnum occidere. Non est omittendum ad hæc ante legem Juliam, ut constat ex *fragment.* Marci Catonis, olim marito fuisse jus occidendæ uxoris deprehensæ in adulterio: quod ex lege Romuli cautum fuisse, qui scribunt, nullum auctorem habent, quo id confirment, præter Dionys. Halicarn. quo in hanc rem abutuntur: quoniam mulctam tantum ex hac causa permittit marito, non necem. Quin & illud totum, quod iidem impostores scribunt lege Romuli quatuor casibus jus fuisse marito occidendæ uxoris, si prostravisset pudicitiam, si adulterasset, & secundo casu, si partum supposuisset, tertio, si claves adulterasset, ac si adulteratio clavium posset cadere in eam, quæ clavium est domina, & quarto, si vinum bibisset. Nam primus casus prostratæ pudicitiæ, jam à me submotus est. Et altero casu epoti vini tantum legimus apud Gellium lib.10. mulierem, quæ vinum attigisset, fuisse existimatam, id est, notatam infamia, & mulctatam, nec tamen hoc esse ex lege Romuli usquam legimus. Nec movemur, etsi quidem severiores ob eam rem levicolam ferantur occidisse uxores suas, & vel ob cellæ vinariæ loculos resignatos apud Tertul. in Apologet. cap.5. Et de partu supposito, vel clavibus adulteratis, quod adducunt, ut ex his causis mulier necari à marito possit, hunc errorem hauriunt ex Romulo Plutarchi, in quo tamen Plutarchus, non ex his causis dicit mulierem maritum necare, sed ἐκβάλλειν, id est, exigere domo, cum scilicet demonstrat, nulla ex causa posse divertere à marito lege Romuli, maritum autem posse eam expellere, & dimittere ἐπὶ φαρμακείᾳ, si venefica fuerit, si veneno se appetierit. Quem casum illi nobiles scriptores veneni excogitati non debebant omittere. Sed hunc modum veterem Plutarchus exigendæ uxoris exposuit illo loco, ut scilicet exigatur, τέκνων ἀποβολῇ, non ὑποβολῇ, id est, abstractis è sinu ejus liberis, & domo facessere jussa, vel etiam ademptis clavibus, κλειδῶν ἀποβολῇ, ut ostendi ex Philippica Cicer. quem modum uxoris veneficæ, aut adulteræ exigendæ illo loco exponit: Nam hos tantum duos casus exprimit, quib. liceat viro uxorem repudio dimittere, & exigere, & effecere ex illis alios duos casus, clavium adulterationem, & liberorum suppositionem. Post legem Juliam, quæ tamen diu permansit, obtinuit adversus eam ex Novella Majorani Imperatoris, ut scribit Papinianus *lib. respons. tit. de adult.* ut possit maritus deprehensum quemlibet adulterum, & uxorem in ipso actu, uno ictu, & impetu, uno veru, æquali ira adversus utrumque sumpta, simul occidere, non aliter. Quod & ita lex Julia permiserat patri, deprehenso adultero filiæ domi suæ, generive sui, non etiam marito, *l. quod ait, §. ult. D. ad leg. Jul. de adulter.* Plus dedit patri, quam marito, quia nil putabat se patri dare, qui vix unquam est allaturus manus in filiam, quinimo propter filiam servaturus etiam adulterum, quod non possit alterum sine altero necare. Sed postea, ut dixi, idem jus datum est marito. Unde non est mirum, si ita Cassiodorus primo variarum præ amore pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est leges calcare, sed condere. Et in *can. inter. 33. qu. 2.* legem humanam, sive mundanam permittere marito uxorem deprehensam in adulterio sine judicio occidere.

Ad L. V. Adulter, post quinquennium, *quam commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accusari non potest, easque præscriptiones legibus reo datas, auferri non potest.*

EX

EX lege quinta intelligimus, adulterum uxoris alienæ post quinquennium continuum à die criminis admissi, qui solet semper adnotari libello inscriptionis, non posse accusari: accusatori adulteri obstare præscriptionem quinquennii, quod continuum numeratur à die criminis admissi. Speciale hoc est in crimine adulterii, ut finiatur, & obliteretur silentio quinquennii continui, si intra id temporis nemo adulterii accusationem pertulerit, quia cætera fere omnia crimina durant annis 20. nec tolluntur igitur, nisi præscriptione vicennii, *l.querela, inf. ad leg.Cornel. de fals.* Crimen, quod objicitur adultero, tollitur præscriptione quinquennii, ut in *hac l.5. & l.28. inf. l.miles, §.adult. l.mariti, §. hoc quinquennium, D. eod. l.5. §. ult. D. ad leg. Jul. de vi publ.* Recte ait *hæc lex 5. adulter.* Nam adultero accusando lege Julia præscripti sunt 5. anni continui: adulteræ autem accusandæ præscripti sunt sex menses, post quos adultera à nemine potest accusari, *l.mariti, §.sex mensium, D.eod.tit. l.1. §. accusationem, D. ad Senatusconf. Turpill.* Recte etiam *l.5. à die commissi criminis*, quia de adultero accusando loquitur, & adulteræ accusandæ sex menses computantur, non à die criminis admissi, sed à die divortii, *d.§.sex mensium, & d.§.accusationem*. Videamus quæ sit ratio differentiæ inter adulterum, & adulteram. Eam explicabit altera differentia, quod adultera, antequam divortium factum sit, à nemine accusari potest, *l.11. h.tit. l. constante, D. eod.* id est, constante matrimonio, neque potest maritus accusare mores uxoris, quos probat, dum retinet, nec dimittit, neque extraneus potest quiescens, bene conveniens, bene concordans matrimonium, & non improbatam viro uxorem inquietare, aut turbare. Proinde adultera, quandiu manet matrimonium, nec divortium intervenit, à nemine accusari potest, nisi maritus prius lenocinii accusetur, *d. l. constante*. Ergo non mirum, si in adultera sex menses numerantur à die divortii, à quo demum die crimen adulterii adversus eam locum habere incipit. At adulter, etiam constante matrimonio, nec dum facto divortio, ab extraneo potest accusari jure publico, etiamsi prius maritum non accuset lenocinii. Et ita est manifeste proditum in *l.vim, §.1. ff.eod.* Et hoc genere (quod ait *l.30. h.tit.*) alienum matrimonium fœdatur, & suggillatur, videlicet extraneo accusante adulterum, manente matrimonio. Accusatio adulteri est suggillatio constantis matrimoni. Ergo, quia adulter ab extraneo accusari potest ante factum divortium, ideo tempora accusationis adversus eum instituendæ, non à divortio, sed à commisso crimine numerantur. Verum huic posteriori sententiæ vehementer obstat *lex miles, §.volenti, D.eod. tit.* quæ dicit abscise, manente matrimonio, nec adulterum, nec adulteram accusari posse, qui locus mirum in modum nostros perturbat. Sed nil est verius, quam quod secundo loco tentavit Accurs. *in d. l. vim, §.1. ab extraneo quidem*, ut nominatim ait *lex vim*, adulterum posse accusari constante matrimonio, etiam non facto prius marito reo lenocinii, sed non ab ipso marito: maritus quandiu retinet uxorem, nec adulterum potest accusare. Et ut ita accipiam *§.volenti*, id est, de marito, non de extraneo, omnino persuadent Basilica, à quibus abest ille *§.volenti.* Sicut etiam ab eis abest *lex 11. h. tit.* quæ idem continet, & ut utraque absit eadem est ratio, quia scilicet *Novella 117.* mulier constante matrimonio à marito adulterii accusari potest, non ab extraneo, quod tamen *§.volenti, & lex 11.* marito denegavit, & consentit omnino cum *Novell. lex constante, D. eod. tit.* dum ait, *constante matrimonio, eum, qui extra maritum ad accusationem admittitur*, id est, *extraneum non posse mulierem retentam in matrimonio adulterii accusare*: bene, *extra maritum*. Nam maritus potest ex illa Novella, quare ea lex etiam non abest à Basilicis: Nam Basilica eas tantum leges prætermiserunt, quas Novellæ abrogarunt. Recte etiam ait *h. l.5. Continuum quinquennium*: nam adulteræ accusandæ sex menses sunt utiles, non continui: adultero accusando quinquennium est continuum. Et l.5. est de adultero, non de adultera. In adultera sex menses, qui præscripti sunt, utiles sunt, non continui. Ita tamen, ut non possint excedere quinquennium continuum, *dict. §. sex mens.* Nam potest evenire, ut 6. menses utiles protrahantur in decennium. Quidni? Unde sic statuamus. Communis est præscriptio quinquennii continui adulteri, & adulteræ, si 6. menses utiles trahuntur in longius tempus. Propria autem est adulteri præscriptio quinquennii continui, & adulteræ 6. mensium utilium, si sex mensium utilium brevius sit spatium, quam quinquennii continui. Favet hac in re lex Julia fœminæ plus, quam mari, data fœminæ breviori præscriptione temporis, id est, quæ possit esse brevior quinquennio continuo, nec longior quinquennio continuo, lege sex mensibus utilibus dante finem certum. Utiles menses sunt, qui constant dieb.30. utilibus singuli, & utiles dies sunt, quibus accusator accusationis solemnia implere potuit, neque districtus munere publico, ut *l.15. & 21. hoc tit.* neque alio impedimento justo, ut *l.miles, §.quidam, D. eod. tit.* & quibus in publico facultatem habuit adeundi judicis, ut in *l.seq. & in l.miles 60. D.eod.* quibus, inquam, in publico facultatem habuit adeundi judicis, & postulandi rei, & dandi libelli accusatori (quod potest fieri de plano extra curiam, & tribunal) etiamsi igitur iisdem diebus non potuerit exercere judicium adulterii, id est, etiamsi dies judiciarii non fuerint, hi sunt dies utiles.

Ad L.VI. Jure mariti adulterii *accusare volenti, sexaginta dies utiles computantur: quibus in publico ejus facultas fuerit, apud quem reus, vel rea postulari potest, & cum præterierint dies isti utiles, maritus quoque jure extranei agere potest. Et qui confidit accusationi, calumniæ notam timere non debet. Nam ad probationem sceleris, divi parentes mei, quæstionem de mancipiis eodem modo haberi permiserunt, quasi jure mariti ageretur.*

EX illis 6. mensibus à die divortii, intra quos adultera accusanda est, primi duo menses, id est, 60. dies utiles marito dantur ad accusationem uxoris adulteræ, jure mariti, jure viri, vel patris, ad accusandam filiam adulteram jure patria. Et hos 60. dies proculdubio (ut omnes sciunt) intelligit Tacitus 2. Annal. quo loco maritus quidam dicit, *se in uxore adulterii manifesta nondum omisisse ultionem legis Juliæ, sed sibi datos 60. dies ad consultandum, ad parandam, & instruendam accusationem*. Notandum est valde, quod nescio an adhuc quisquam audierit, hodie jure mariti, aut patris adulteram tantum accusari, quæ sit uxor, vel filia accusatoris, non (ut communis existimatio est) adulterum: Nam & adulter patri, vel marito, & vicissim pater, vel maritus adultero extraneus est. Et vulgo male legitur *in l.si adult. §.pen. D. eod.* libertum jure mariti patronum accusare posse: ergo adulterum. Nam ea vox (*patronum*) abest à Florent. Digestis. Et debet igitur intelligi de patrona, quæ jure nupsit liberto, ut in casu *leg.si patrona, D. de ritu nupt.* Patronam jure mariti accusare potest. Patronum quis non potest accusare, nisi jure extranei, atque ita famam ejus lacessere, & existimationem traducere, vel deprehensum in adulterio occidere non potest, etiamsi sit infamis, & propudiosus homo. Ergo hæc stet sententia, jure mariti, vel patris accusari tantum adulteram, non adulterum. Jus patris, vel mariti est privilegium, ut ait d. *l. mil. §.sexaginta*, id est, ut eo jure præferatur maritus, vel pater aliis omnibus accusatoribus, qui accusare instituunt adulteram, cum scilicet agitur de eligendo accusatore uno ex pluribus, de justo accusatore constituendo, quæ actio dicitur divinatio. Ergo jus mariti, vel patris, hoc est, ut præferatur cæteris omnibus accusatoribus, *l.is, cujus, §.pen. D. eod.* Sed cum pater, vel maritus simul veniunt ad accusationem, tum maritus præfertur patri, quia verisimile est, maritum propensiore ira exsecuturum accusationem, *l. 2. §. ult. D. eod. tit.* & mortuo marito intra 60. dies utiles, intra quos consistit jus mariti, aut facultas

cultas accusandi jure mariti, tum succedit pater, & accusare potest jure patrio, *l. sed si maritus, ff. qui, & à qui. manumiss.* jus etiam patris, & mariti hoc est, ut sine calumniæ pœna vincantur, id est, ut etiamsi non damnaverit ream non sufferat talionem, sive parem vindictam, quæ est calumniæ pœna, quod probat aperte *lex auxilium, §. 1. ff. de minor.* victum patrem scilicet, vel maritum, qui accusavit jure mariti, vel patris intra 60. dies utiles, non teneri calumniæ nomine. Et apertius Paulus *libro singul. de adulter. jure mariti*, inquit, *vel patris, qui accusat, potest sine calumniæ pœna vinci*. Et ratio est evidens, quia nec subscribit in crimen, *l. 30. h. tit.* Ex quo sequitur necessario, ut etiamsi desistat ab accusatione sine venia, id est, sine abolitione, non incidat in Senatusconsultum Turpillianum, quia generaliter verum est, eum, de cujus calumnia agi non potest, si vincatur, nec si desistat, incidere eum in Senatusconsultum Turpillianum, *l. in SC. §. ult. ff. ad Senatusc. Turpillian.* Et tamen (quod mirum est) aperte ait *l. is, cujus, §. ult. D. ad leg. Jul. de adulter.* eum, qui accusat jure mariti, non evitare periculum calumniæ. Et similiter *lex pater, eod.* patrem sine calumniæ periculo non posse agere, quod utique est accipiendum de patre accusante jure suo, jure patrio. Pater ergo, qui accusat jure proprio, & privilegiario, non publico, & communi, non accusat sine periculo calumniæ: verum facile est se ab hac difficultate expedire. Et primum placet, quod Paulus dixit supra, *eum, qui accusat jure mariti, vel patris posse vinci sine pœna calumniæ*, quod utique fiet, si bona fide instituerit accusationem. Sed contra etiam dicendum est, eum non posse vinci sine pœna calumniæ, puta si mala fide, & calumniandi animo, hoc est, vexandi innocentis mulieris causa prosilierit ad accusationem, & ob id *lex is, cujus, §. ult. qui jure mariti accusat.* inquit, *periculum calumniæ non evitat*, id est, non omnino evitat. Evitat, si justo dolore, & falsa suspicione ductus accusationem instituerit: non evitat, si palam sit, eum instituisse calumniandi animo, scientem, non ignarum innocentiæ mulieris, si manifesta fuerit calumnia, quæ nunquam debet esse impunita in quoquam, ut *l. 2. in fine, sup. qui accus. non poss.* quam & in eam rem attulit recte Accurs. in hunc locum. Et ita ad *leg. pater*, dicemus, patrem non posse patrio jure agere sine periculo calumniæ, nimirum hoc esse verum, si calumnia fuerit evidens, si mala mente instituta sit accusatio, si simultate, & malevolentia arcessita sit accusatio. Et secundum hanc distinctionem etiam explicabo, quod ante dixi, eum, qui accusavit jure mariti, vel patris, si desistat, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum, & legem Petroniam; utrumq; jus habet nomen à Petronio, & Turpilliano Consule. Eum igitur, qui accusavit jure mariti, vel patris, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum, vel legem Petroniam, etiamsi desistat sine abolitione. Cui sententiæ adversatur *lex 16. hoc tit.* quæ dicit, eum, qui accusavit jure viri uxorem suam, si desistat sine abolitione, incidere in Senatusconsultum Turpillianum, & legem Petroniam, id est, in pœnam ejus legis, nec amplius ei superesse jus accusandæ adulteræ, quod & ita est proditum in *l. quæsitum, §. ult. ff. eod.* Verum adhibenda est superior distinctio, ut quo casu cum eo agi potest de calumnia manifesta si desistat, etiam incidat in Senatusconsultum Turpill. non etiamsi bona fide ad accusationem accesserit, quo casu nec calumniæ tenetur, nec si desistat, Senatusconsulto Turpill. Mittamus multas alias interpretationes hujus rei: Hæc est evidentissima, & tantum pro coronide adnotemus: Excepto patre, vel marito, qui accusat jure patris, vel mariti intra 60. dies utiles, ut hæc *l. 6.* declarat, alium, qui accusat jure extranei, id est, jure publico, vel patrem etiam ipsum, aut maritum, qui accusat jure extranei, post 60. dies utiles, post quos amisit privilegium suum, id est, jus mariti, vel patris proprium. Denique quicunque accusat jure extranei publico, etiamsi bona fide accesserit ad accusationem, non calumniandi animo, calumniæ teneri potest,

A & vinculo inscriptionis, sine qua non admittitur ad accusationem, nisi sit maritus minor 25. annis, qui accuset jure extranei, ut *l. 15. §. lex, ff. eod.* Unde Paulus recte supradicto loco, *Pater, & maritus*, inquit, *si jure extranei accusat, potest calumniæ pœna puniri, sed tantum post duos menses.* Verum hæc lex 6. addit, patrem, vel maritum, qui post duos menses accusat jure extranei, si confidat accusationi suæ, si credat se jure adulterum, non admodum debere timere periculum calumniæ, quandoquidem ex constitutionibus Severi, & Antonini, quod etiam dixi in l. 3. & in caput adulteræ servi ejus torqueri possunt, quod non obtinebat l. Julia, ut scilicet torquerentur servi in caput adulteræ, aliquo accusante jure extranei. Sed hodie obtinet ex constitutionibus, *l. extrario, ff. de quæst.* Ergo, *maritus*, inquit, *vel pater, qui*

B *confidit suæ accusationi, audeat accusare, quia etiamsi accuset jure extranei, perinde est, ac si accusaret jure mariti.* Hodie ex constitutionibus potest postulare servos uxoris exhibendos quæstioni, quod l. Julia tantum postulare poterat, qui jure mariti, vel patris accusabat uxorem adulteram: hodie & qui jure extranei. Et ita est explicanda *l. 6.* Ex qua intelligimus post 60. dies utiles, id est, primos duos menses utiles, qui reservantur soli marito, vel patri, intra reliquos 4. menses (nam adulteræ accusandæ dantur 6. menses) maritum, & patrem, & alium quemlibet jure extranei, seu publico accusare posse adulteram, ut *l. 4. §. 1. & l. miles, §. sexaginta, ff. eod.* Post 6. menses elapsos utiles nemo admittitur in accusationem adulteræ.

C Ad L.VII. Propter violatam virginem *adultam, qui postea maritus esse cœpit, accusator justus non est: & ideo jure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa ejus fuerat. Sed si ipsa injurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia ejus gerenda sunt, persequatur, præses provinciæ pro debita tanto delicto, si probetur, severitate examinabit.*

PRimum velim vos id mutare, & retractare, quod tentabam nudiustertius, jure mariti, vel jure patris accusari tantum adulteram, non adulterum: Nam in *l. si adulterum, §. pen. ff. eod.* licet absit vox, *patroni*, tamen & recte subintelligitur, patronum à liberto accusari jure mariti. Et hoc quoque, id est, etiam adulterum accusari jure mariti, satis aperte demonstrat *l. 6. §. ult. ff.*

D *eod.* cum ait, *maritum, qui duos reos delatos habet ex alio, & alio crimine, posse tertium accusare jure mariti.* Et apertissime *l. 6. h. tit.* cum ait, *jure mariti reus, vel rea.* Ergo jure mariti fit non tantum rea, sed etiam reus. Hoc posito, & absoluto, ad leg. 7. (quæ hoc etiam confirmabit) notandum est, jure mariti accusari non posse uxorem ex eo adulterio, seu stupro, quod commisit antequam esset uxor, *l. si uxor, §. si quis uxorem, & §. pen. ff. eod.* jure extranei accusari potest, nisi vis ei sit illata, quia & de stupro judicium publicum est: jure mariti non potest. Cum ergo agetur de justo accusatore constituendo, qui postea maritus esse cœpit, non præferetur extraneo accusatori, si extraneus sit potior, & idonecior innocentia, & dignitate, vel ætate, vel opibus. Sed hoc ita verum est, nisi qui postea maritus esse cœpit, spon-

E sus ejus fuerit eo tempore, quo stuprum passa est: Namque in ea accusanda sponsus jus habet præcipuum, sponsus privilegium habet, & idem omnino jus, quod maritus. Denique jure mariti eam accusare potest ex rescripto Severi, & Antonini, *d. l. si uxor, §. Divus, & §. pen.* quia, ut ait, neque matrimonium qualecunque, neque spem matrimonii violare permittitur, & sponsalia sunt spes matrimonii, *l. 6. ff. de spons.* neque nuptam, neque speratam violare permittitur, aut neque hæc, neque illa pudicitiam suam prosternere debet, aut potest illæso sponso, vel marito. Unde quod ita Paulus scribit *libro singulari de adulteriis, in uxorem adulterium vindicatur jure mariti, non etiam in sponsam*, hoc est verum ex lege Julia, non ex rescripto illo Sev. & Ant. Et quod sub-

licit idem Paulus, *Severus quoque, & Antoninus ita rescripserunt*, nimis est concisum. Cæterum quis non præsentiet eos significari, in sponsa quoque ex eo rescripto adulterium ita vindicari, id est, jure mariti. Idem caveri *in h.l.* plerisque videtur, quod illo rescripto Severi, & Antonini. Sed non cavetur idem omnino, quoniam *h. l. 7.* non quærit de puella, an possit accusari adulterii, vel stupri ab eo, qui postea maritus esse cœpit, qua de re est rescriptum Severi: sed quærit de illo, qui eam constupravit, an possit accusari jure mariti ab eo, qui postea maritus ejus puellæ esse cœpit. Et ad exemplum puellæ tamen ait, eum quoque non posse accusari jure mariti ab eo, qui postea esse cœpit maritus, nisi sponsus ejus fuerit tempore commissi stupri in puellam virginem, in innuptam. Ut igitur ex rescripto Severi puella non potest accusari jure mariti ab eo, qui post stuprum maritus ejus esse cœpit, nisi tempore stupri admissi sponsus ejus fuerit, ita stuprator ab eo non potest accusari jure mariti ex *h. l.7.* nisi eo tempore sponsus ejus fuerit. Et addit hæc *l.7.* etiam puellam ipsam agere posse in stupratorem de stupro sibi illato, cum esset virgo, licet nulla vis adhibita fuerit. Non est necesse, ut ponamus, quod Græci faciunt hoc loco, fuisse virginem tenellam, impuberem, immaturam viro. Nam etiamsi in virginem adultam commissum sit stuprum sine vi, in volentem, stuprum l. Julia vindicatur: quin imo ipsamet, licet vim nullam passa sit, queri ea de re potest, & cum stupratore expostulare, quod ab eo imminuta sit, & deintegrata, ut Cæcilius loquitur, præsentibus scilicet curatoribus, quoniam adolescentes non possunt accusare sine consilio curatorum, & præsentia, *l.2. ff. de accus.* Et hodie sine auctoritate *l. 4. sup. de auct. præst.* Ergo in virginem cujuscunque ætatis commissum stuprum sine vi vindicatur, vel à puella ipsa, vel ab alio. In devirginatam autem, quæ virum est experta, non maritum, id est, quæ neque virgo est, nec vidua, veluti cum meretrice, stuprum non committitur, aut impune committitur, neque ab ea, neque ab alio vindicari ulla lege potest, *l. 23. h. tit.* Et est illud crimen canonicum, non civile, ut recte Glossa in *Can. nemo 32. quæst. 4.* quoniam id vindicat jus Canonicum forte, non jus civile. Denique id tantum stuprum vindicatur, quod in viduam, vel virginem committitur, non quod in non virginem nunquam legitimas nuptias expertam. Nec obstat, quæ posset obiici *l.20. h. tit.* quoniam non dicit eam, quæ pudorem suum prostravit alienis libidinibus, puniri stupri pœna, id est, non dicit, meretricem puniri stupri pœna l. Juliæ, sed eam leges ulscisci, quod honestioribus viris, veluti Senatoribus sit ejus nuptiis interdictum eadem l. Jul. quod palam corpore pecuniam quæsiverit, quod ea lex ait ad differentiam ejus mulieris, quæ vi compressa est, cujus nuptiæ nemini sunt interdictæ, cujus etiam fama manet integra, meretricis autem fama non est integra.

Ad L.VIII. Reos adulterii duos *simul, marem, & fœminam ex eadem causa fieri, lex Julia de pudicitia vetat, sed ordine peragi utrosque licet.*

SEquitur in *l. 8.* quod altiorem indaginem requirit, commune crimen adulterii adversus duos, adulterum, & adulteram lege Julia, jure publ. vel jure patris, aut mariti simul intentari non posse. Ita fuit cautum nominatim l. Julia, ne unus idemque accusator, & adulteram, & adulterum, simul reum postularet adulterii, *l. vim, §. duos, ff. eod. l.1. §. atque in idem, ff. ad Senatusc. Turpill.* Sed *h. l.* ait, *utrumque ordine reum peragi debere.* Incipiet autem accusator à quo volet, si divortio facto, quod poni necesse est, vidua permanserit mulier. Hoc casu electio rei datur accusatori, *l. si maritus, §. pen. & ult. l. nihil, §. ult. ff. eod.* Quod si post divortium adultera alii nupserit, prius est peragendus, & condemnandus adulter, quam adultera, nec statim est lacessenda fama mulieris jam alii nuptæ: sed hoc casu ab adultero est incipiendum, nisi accusator ante secundas nuptias mulieri denuntiaverit, ne nuberet: se eam adulterii in primo matrimonio commissi ream facere velle, *l. 2. l. 5. & l. miles, §. licet, l. vim, §. nupta, ff. eod. l.5. in fine, ff. de accusat. l. 14. & 28. h. t.* In *l. 14.* vel in *l. si dum*, ait, *si dum in tuo matrimonio uxor tua esset (sic est legendum) se adulterio polluit in ea provincia, in qua adulterium factum est, more solito persequi debes.* Quid sit more solito, mox explicat, dum ait, *nec enim ab ea, quæ jam nupta, &c.* i. ita debes adulterium persequi, ut non incipias ab adultera quam domo exegisti, cum jam sit alii nupta, sed ab adultero, nisi denunciatio accusatoris præcesserit nuptias. Et secundum hanc distinctionem accipiendum est, quod in hac l. notant Basilica, hunc esse ordinem, ut incipiamus ab adultero, scilicet si jam alii sit nupta: nam si vidua permansit, electio est accusatoris à quo velet incipere. Quamobrem tametsi quis à servo suo in uxorem suam adulterium esse commissum dicat, si modo ea mulier divortio facto perseveraverit in viduitate, hodie post rescriptum D. Marci, quo dominus non potest statuere sine judicio in servum adulterum, sed necesse habet eum accusare in judicio, si volet, poterit à servo incipere accusationem, *l. 5. ff. de accusat.* At ante D. Marcum (quod notandum) quia domino licebat torquere, & punire servum suo arbitratu ex adulterio in uxorem suam commisso, tum rescripto D. Pii, qui fuit ante Marcum, declaratur, accusandam potius fuisse mulierem, quam torquendum servum pro libidine domini, in præjudicium mulieris. Et ita habita hac distinctione juris, & Imperatorum, explicanda est *l. si quis adulterium, D. ad leg. Jul. de adulter.* Nunc ad hæc quæramus, cur commune crimen incestus adversus duos simul ab eodem intentari possit, quod est certissimum, *l. qui pupillam, §. ult. l. vim, §. pen. eod.* Et tamen commune crimen adulterii adversus duos simul, marem, & fœminam, eodem tempore ab eodem intentari non potest. Vulgo non quæritur ratio differentiæ. At hac de re interrogatus, primum dicam, adulterii utcumque simul ab eodem reum fieri non posse, adulterum, & adulteram, quia, ut ait hæc *lex octava*, hoc ne fiat lex Julia vetat nominatim: In crimine autem incesti, id nulla lex vetat, & ideo consequens est, nos in crimine incesti, quod lege exceptum non est, debere sequi jus commune, quo quidem est receptum, ut etsi non cogatur quis invitus plures simul ex communi crimine reos facere, *l. Divi Fratres, D. de accusat.* ultro tamen, & sua sponte plures ejusdem criminis reos simul facere possit in *l. 1. sup. si reus, vel accus. mort. fuer.* Jus commune denique sequimur in crimine incesti, quia nulla lege est exceptum, non in crimine adulterii, nam lex Julia excepit, ne ab eodem fierent simul ambo rei, mas, & fœmina. Nam & similiter in crimine adulterii servi torquentur in caput domini, quia hoc l. Julia permisit nominatim, *l. postulaverit, §. haberi, eod.* In crimine autem incesti, licet sit gravius, vel in crimine stupri, servi non torquentur in caput domini, quia in eo crimine nulla lex id permisit, & ideo sequimur jus commune, & regulam juris, sive vetustissimum Senatusconsultum, *ne servi torqueantur adversus dominum.* Cur vero lex Julia noluerit in adulterio jus commune servari, id est, cur vetuerit ambos simul deferri adulterii reos? non hæc est ratio, ne traducatur par amantium, cum traduci posset à diversis, alio scilicet accusante adulterum, & alio adulteram, *l. denuntiasse, §. quæritur, eod.* & ambo tantum prohibeantur adulterii postulari simul ab eodem, non à diversis. Sed ratio legis hæc est, ut cohibeatur nimium studium accusatoris, qui hac in causa uno reo non est contentus: Neque enim ex lege Julia tam est acerba hujus criminis executio, quam cæterorum. Nam & brevitate temporis constringit crimen, id est, quinquennio continuo, vel sex mensibus utilibus, & variis præscriptionibus crimen eludi patitur, *l.28. hoc tit.* & minores 25. annis, qui in aliis causis admittuntur, ab accusatione hujus criminis repelluntur, *l. si maritus, §. lex, eod.* nisi suam persequantur injuriam, id est, nisi suum matrimonium vindicent: Nam & ad suum matrimonium vin-

vindicandum etiam infames ; & qui alias accusare prohibentur, admittuntur, non tantum intra primos duos menses, id est, intra sexaginta dies utiles, quibus agunt jure mariti, sed, & intra reliquos quatuor menses utiles: mariti, qui alias accusare non possunt, accusare permittuntur, & suam injuriam persequi. Nam nunc de marito tantum accipi velim, quod ita Paulus scripsit *libro singul. de adulter. intra quatuor menses utiles expertus*, maritus scilicet, de quo ante dixerat, *licet talis sit, qui alias accusare non possit, ut libertinus, aut minor viginti quinque annorum, aut infamis, tamen ad accusationem admittitur*, quia suam vindictam exequitur. Et hoc habet intra quatuor menses utiles plusquam extraneus, licet non agat, nisi extranei jure: etiam hac in re, cum agit extranei jure, mariti conditio spectatur: hoc quia jam satis intelligimus, restat tantum, ut quæramus, an sicut, cum conjunctum est adulterio incestum, servi torquentur in caput domini, ut est scriptum in *l. vim, §. ult. ff. eod. l. si quis viduam. ff. de quæstion.* si agatur tantum incesti, non torquentur: si adulterii tantum, torquentur: si incesti adulterii, etiam torquentur: an etiam, cum incesto junctum est adulterium, duo simul ab eodem uno tempore, unoque libello accusari possint, adulter, & adultera: quod definitum non invenitur. Et tamen dicam posse, si agatur incesti, ambo in accusatione jungi possunt: si adulterii, jungi non possunt: si incesti adulterii, dico in accusatione jungi posse, quoniam quoties utrumque simul crimen concurrit, id semper sumimus, quod in altero è duobus durius est jure constitutum: ut similiter, si incesto junctum sit adulterium, dicimus crimen non tolli præscriptione quinquennii, vel sex mensium: si agatur incesti, & adulterii, sane non tollitur illa præscriptione, sed tantum vicennii: si adulterii tantum agatur, tollitur præscriptione quinquennii, quia sumimus, quod in alterutro crimine est durius constitutum, *d. l. vim, §. præscriptionem.* Et ita si incesto junctum sit adulterium, & sit incestum, quod committatur jure civili, veluti cum sororis filia, non jure naturali, non jure gentium, veluti cum parentibus, vel iis, qui parentum loco sunt: si igitur incesto jure civili junctum sit adulterium, ignorantia non excusat mulierem, quod tractatur in *l. si adul. cum incestu, ff. eod.* Si commissum sit tantum incestum jure civili, ignorantia excusat mulierem, quia potest jus civile ignorare, si tamen adulterium sit commissum, eam non excusat ignorantia, quia adulterium jure naturali, sive gentium, est probrum, *l. probrum, ff. de verb. sign.* Lactant. 6. Inst. *Corrumpere*, inquit, *alienum matrimonium etiam omni gentium jure damnatur*. Et Cassiod. de adult. 1. variarum, *Omnibus*, inquit, *animantibus inimicum est, quod lege naturali damnatur: & mulieri non licet jus naturale ignorare, nec ulli alii*, quod insitum est, & inhæret mentibus nostris, *l. 2. sup. de in jus voc.* Et Menander, *οὐκ ἔστιν τοὺς φύσεως λαθεῖν νόμους*. Quod si incesto jure civili junctum sit adulterium, etiam dicam consequenter superioribus, ignorantiam non excusare mulierem, quia semper sumimus, quod est gravius crimen, quodve in alterutro è duobus criminibus durius jura constituerunt.

Ad L. IX. Castitati temporum *meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare: qui autem adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii punietur*.

LEX 9. hujus tit. est de pœna adulterii: de ea igitur nobis hodie tractandum est. Et non fuisse eam capitalem leg. Julia, id est, non irrogasse mortem, vel deportationem, facile credo: tum quia, ut heri dicebam, ex ea lege non fuit tam severa hujus criminis executio, quam cæterorum: tum etiam, quod nominatim Græci interpretes ad *l. transigere, sup. de transact.* scribunt, adulterium non fuisse capitale crimen secundum veteres leges, nec secundum constitutiones Hermogeniani, & Gregoriani Codicis: *κατὰ τοὺς παλαιοὺς νόμους, καὶ τὰς ἐν τῷ Ἑρμογενιανῷ καὶ Γρηγοριανῷ διατάξεις*: Sed dico hoc non efficere necessario caput legis Juliæ, quo vetamur damnatam adulterii uxorem ducere, vel reducere, *l. mariti, §. 1. ff. eod. l. 1. §. 1. ff. de concub.* quia addi potest hæc conditio, quæ additur in *h. l. 9.* si quocunque modo capitalem pœnam evaserit, gratia scilicet, vel legis auxilio, ut ait *l. denuntiasse, §. ult. ff. eod.* præscriptione, vel excusatione aliqua legitima. Ergo apposita simili conditione licebit mihi semper intelligere damnatam adulterii, quæ quocunque modo evasit capitalem pœnam, exemplis etiam sumptis ex variis auctoribus, quæ etiam suppetunt innumera, si quis utatur, quib. doceatur, relegatos fuisse plerosque adulteros, & adulteras, quæ est mitissima pœna, quia caput non minuit, id est, neque libertatem, neque civitatem adimit, neque etiam adimit bona: sed qui relegatur, amovetur tantum è conspectu, & amandatur. Contra vero proferam multa alia exempla, quibus probabo, etiam plerosque adulteros fuisse morte mulctatos, ut Julium Antonium, & alios plerosque ex adulterio commisso in filiam Augusti, uxorem Tiberii apud Dionem 55. quanquam, & ex eodem adulterio addat, & plerosque alios fuisse relegatos, ex quib. proculdubio fuit Ovidius: quod non viderit quidquam, vel quod scripserit artem, sed quod solebat cum Julia. Melius vero probabo adulterii pœnam non fuisse capitalem ex l. Julia, *l. si quis viduam, ff. de quæst.* qua duplex crimen incesti, & adulterii deportatione vindicatur, quod argumentum præbet, simplex adulterium vindicari molliori pœna, quæ post deportationem utiq; est relegatio. Idem etiam bellissime ex eo probari potest, quod lenocinii pœna, quæ eadem est, quæ adulterii, *l. 2. §. lenoc. l. qui domum, ff. eod. l. auxil. ff. de min.* in milite exauctoratio, & deportatio est, *l. mil. init. ff. eod. tit. de adult. coerc.* quia sc. in milite exasperatur crimen, ut de crimine majestatis dicitur, *l. 7. §. ult. ad leg. Jul. majest.* cum scilicet, ut ait, miles violavit statuas, & imagines principis, & intelligit imagines, quæ sunt in signis militaribus. Unde, & in exercitu imaginarii sunt apud Vegetium, qui Imperatorum imagines portant, & primam cohortem, *Imagines*, inquit .i. *divina, & præsentia signa venerari*. Tertul. in Apol. *Religio castrensis signa veneratur, & imaginum suggestur insignes*. Verum ad rem, sic argumentor: si, ut solent cætera crimina, ita in milite crimen adulterii exasperatur, propter quod miles deportetur in insulam, consequens est in pagano mitius adulterium vindicari. Non potest autem mitius, nisi vel relegatione, vel damnatione in opus publicum: vel mulcta aliqua majore pecuniaria. Fateor igitur l. Juliæ de adulteriis pœnas non fuisse capitales, sed non nego etiam, quin fuerint tamen plerique adulteri ex speciali quadam causa, & peculiari, vel extra ordinem capite damnati, ut ille Jul. Antonius, quod soleret cum filia Augusti spe occupandi imperii. Si qui igitur sunt capite damnati, id factum est extra ordinem motu principum, & tandem constitutionib. principum, maxime iis, quæ sunt in Cod. Theod. adulterium factum est capitale ex men .i. quod in quibusdam reis tantum principes fecerant capitale, id tandem in omnib. reis factum est capitale novissimis constitutionibus. Et Imp. quidem Alexand. in *h. l. 9.* quia jam pœna adulterii exolescere incipiebat, & l. Jul. dormire, ut Satyricus loquitur, sicut Appianus in Lybico: *κοιμᾶσθαι οἱ νόμοι*: *Dormiant*, inquit, *hodie leges*, ait Alexand. in *h. l. castitati*, disciplinæ, sectæ suorum temporum convenire, ut adulterii damnata in pœnis legitimis perseveret, nec exolescant pœnæ adulterii legitimæ, ut perseverent, ut quæ damnanda est adulterii, damnetur pœnis legitimis, & adeo capite plectatur, sicut plerunque principes solebant decernere. Verum addit hæc lex, quæ ita explicanda est, is, qui forte non damnatam capite, quia scil. evasit aliquo modo, & elusit crimen aliquo modo: is, inquam, qui non damnatam capite duxerit, vel reduxerit uxorem, ut relinquatur, pœnis l. Juliæ, quæ non sunt capitales, tanquam leno. Et ita est explicanda *h. l. 9.* cui addi velim, quod est proditum in extremo *l. 30. inf. sacrilegos nuptiarum puniri gladio*, & quod in *l. transigere, sup.* de

de transf. adulterium esse capitale crimen .i. irrogare pœnam sanguinis, pœnam ultimam. Nam in *l. transigere*, capitale crimen specialiter accipitur pro eo, quod infert mortem reo, licet generaliter etiam capitale dicatur, quod infert deportationem, quia caput eximit de civitate: deportatio cum publicatione omnium bonorum, & est quasi mors civilis. Item quod est in *l.4. C.Th. quorum appellat. non recip.* longe amplius sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas, vel culeo insuendos, vel exurendos esse. Et quod *l.2. C.Th. de indulgent. criminum*, quinque crimina potissimum esse capite luenda, majestatis, homicidii, veneficii, adulterii, raptus. Item addi velim etiam, quod auctores multi, qui sub Imperatorib. fuerunt, adulterii crimen capitale faciunt. Arnob. 4. *adversus gentes: Adulterium*, inquit, *leges vindicant, & capitalib. afficiunt eos pœnis, quos in aliena comprehenderint* B *fœdera genialis se lectuli expugnatione jessisse.* Et Apulejus 9. Metamorph. *Ne juris quidem severitate, lege de adulteriis in discrimen vocabo capitis.* Et Salvianus 7. de providentia Dei: *addiderunt*, inquit, *ad libidinem comprimendam severas pudicitiæ leges, decretorum gladio impudicitiam coercentes, ut puritatem utriusque sexus, & domi connubii servaret affectus, & in publico metus legum.* Sub Valentiniano etiam ex Ammiani Marcellini 28. *intelligimus Cethegum Senatorum quendam reum adulterii delatum periisse abscissa cervice.* Sic igitur statuamus: l. Julia crimen adulterii non fuisse capitale: constitutionibus quorundam principum primum, etiam vetustiorum, & Augusti ipsius auctoris legis Juliæ fuisse capitale, & tandem constitutionibus ad unum omnium.

C

Ad L. X. De crimine adulterii *pacisci non licet: & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & defugientis veritatis inquisitionem: qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Juliæ de adulteriis tenetur.*

IN hac l. 10. proponitur initio, de crimine adulterii pacisc. non licere .i. non licere per l. Juliam, quia lex Jul. excipit nominatim, ne accusator cum reo adulterii paciscatur, vel transigat. Liceret, si lex non excepisset, sicut M.Tull. ait pro Balbo, *si exceptio facit, ne liceat*, inquit, *ibi necesse est licere, ubi non est exceptum.* Liceret ergo pacisci, vel transigere de adulterio, si l.Julia hoc non excepisset: sicut & de alio quocunque crimine capitali transigere licet, *l.transigere, sup. de transact.* quia, ut alias dixi, omnis est ratio honesta servandi sanguinis, & expediendæ salutis, D *l.t. ff. de bon. eor. qui sibi mort. consc. l.ult. ff. de prævaric.* At non licet transigere de adulterio, quia id l. Julia excepit: nec ea exceptio constitutionib. est abrogata, licet pœna, quæ non erat capitalis, constitutionibus versa sit in capitalem pœnam: l. Jul. sublata est: exceptio tamen illa non est sublata. Hinc fit, ut etiamsi adulterium hodie sit capitale, non possit tamen de eo transigi, & possit tamen de alio quolibet capitali, quia exceptio l.Juliæ, quæ non est abrogata sicut pœna, facit ne liceat transigere: non est quærenda alia ratio: Nam ne dicas exceptionem abrogatam esse per consequentias, quia nil legum abrogatur, vel derogatur per consequentias, vel per Satyram: fateor esse consequens, ut si adulterium sit capitale, liceat de eo transigere, quoniam omnis est honesta ratio redimendi sanguinis, sed tamen non admittimus hanc E consequentiam, quia l.Jul. vetat transigere. Cui capiti non est nominatim derogatum ulla constitutione: qui aliam quæsierit rationem idoneam adulterii excepti, frustra fuerit diligens. Merito autem l.Jul. exceperat ne liceret transigere, vel pacisci de adulterio, quia ex ea lege adulterium non erat capitale: & turpe est pacisci de crimine non capitali: nam hoc non est tam pacisci, quam fateri crimen, *l.si quidem, sup.de contrah.stipul.* & in criminibus, quæ non sunt capitalia .i. ex quib. pœna mors non est, ut ait *h. l.10.* par est delictum accusatoris, prævaricatoris .i. qui se vinci patitur cum reo ex compacto, habito collusio, & rei fugientis veritatis inquisitionem. Jamdiu emendavi, *rei fugientis*, pro *refugientis*: & *rei fugientis*, recte: Nam

A & in *l.Imperatores, D.de jure fisci*, reus, qui paciscitur cum adversario, vel corrumpit judicem, dicitur omittere, seu fugere causæ inquisitionem. Par ergo est delictum accusatoris, qui prævaricatur, & rei, qui fugit veritatis inquisitionem in crimine non capitali. Ergo punitur uterque propter pactionem, vel transactionem illicitam. At hodie adulterio facto capitali, nec tamen de eo permissa nominatim transactione, sed manente exceptione l. Juliæ, ne de eo transigatur, dicemus in aliis criminib. capitalibus non esse par delictum accusatoris, prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem: prævaricatorem .n. puniri Senatusc. Turp. reum, qui transigit, & pecunia, aliave pactione vitam suam tuetur, & redimit, non puniri. In adulterio tamen, licet hodie sit capitale, par esse utriusque crimen, & utrunq; puniri. Et ita est explicanda prima pars hujus legis. Altera pars, & ultima, quæ etiam vulgo male explicatur, sic est intelligenda, ut l.Jul. puniatur is, qui pro comperto, & deprehenso stupro pretium accepit. In hac parte jam non loquitur de accusatore, ut in prima, sed de eo, qui deprehendit adulterum *ἐν ἔργῳ*, & dimittit, accepta, vel promissa, & cauta pecunia, ut *l. mariti, §. 2. ff. eod.* Hoc vero casu non punitur adulter deprehensus, qui se redemit, ne proderetur, & accusaretur, vel ne occideretur in ipso actu, quia non corrupit judicium, sicut ponitur in prima parte, prævaricatum fuisse accusatorem, quod non fit, nisi corrupto judicio. Hoc ergo casu, de quo in secunda parte hujus legis, non punitur adulter, sed qui accepit pretium pro comperto adulterio, is solus punitur non capitali pœna, sed l. Julia, ut ait. Et huc pertinet *l. nec timor, & l. isti quidem, ff. de eo, quod met.caus.* Gratis quidem qui dimittit deprehensum, non punitur, *d. l.mariti, §. plectitur*, sed is solum, & solus punitur, qui deprehensum, dimittit turpiter, accepta pecunia, & relinquitur pœnis legis Juliæ.

Ad L. XII. Etsi crimine adulterii *damnatus, restitutus non esses, ut proponis, si tamen soror tua, cum qua adulterium commissum dicebatur non est accusata, nec pœnæ, nec infamiæ subjici potuit, & multo magis eam & accusatorem vita esse functum proponas.*

LEX *etsi crimine* vulgo male Alexandro adscribitur: est enim Gordiani, ut tres, quæ sequuntur, ut *l. adulter. & l.si dum, & l. si quondam*, & scripta est de adultero, & adultera ad fratrem adulteræ. Sententia autem ejus hæc est. Nemo potest marem, & fœminam simul accusare adulterii. Finge me priorem accusasse adulterum, & condemnasse, & cum superesset, ut adulteram quoque accusarem peracto adultero, me vita decessisse nondum instituta accusatione adversus adulteram. Quæritur, *an condemnatio adulteri adversus quem in integrum restitutus non est, mulierem subjiciat pœnæ, & infamiæ, quæ non est accusata?* Et l. definit, condemnato adultero, mulierem per eum non condemnari, per se quemque damnari debere, non per alium. Dubitandi ratio erat, quia contrariorum eadem est ratio: ergo absolutionis, & condemnationis: atquin absoluto adultero, adultera per eum vincit, & ultra accusari non potest, *l.denunt. §. ult. ff. eod.* Unde videtur dicendum etiam condemnato adultero, adulteram per eum vinci. Sed respondeo, eandem rationem esse absolutionis, & condemnationis: Nam sicut per adulterum adultera non condemnatur, ita etiam per adulterum absolutum, adultera non absolvitur, quæ vidua permansit, & statim accusari potest. Sed in adultera, quæ divortio facto alii jam nupsit, iterum distinguimus inter condemnatum adulterum, & absolutum: quoniam prius condemnato adultero, ipsa statim accusari potest, vel si non accusetur, manet immunis, & innoxia: absoluto autem adultero, quæ jam alii nupta est, non potest accusari, quandiu est in secundo matrimonio. Cæterum postquam desiit esse in eo matrimonio, puta morte mariti, accusari potest: interim parcimus nuptiis in accusatione adulterii in honorem matrimonii bene convenientis cum secundo viro, non etiam eam omni-

no absolvimus, quod pridem absolutus fuerit reus, quandoquidem ubicunque nupta esse desierit secundo viro, accusari poterit, *l. adult. in fi. ff. eod.* Intelligimus etiam ex *h. l.* damnatum, vel damnatam adulterii subjici pœnæ l. Jul. vel constitutionum, subjici etiam infamiæ. Dico damnatum, vel damnatam adulterii, hoc ipso verbo damnationis, quod scil. judex tantum posuerit in ferenda sententia, eum, eamve convictam esse adulterii: puta hoc modo: illum, vel illam in legem Juliam de pudicitia peccasse videri. Hanc pronuntiationem tacito jure statim sequitur, etiam pœna non expressa, sed legitima ac usitata, & infamia. Et hoc est, quod ait *l. castitati, sup.* damnatam adulterii, illo scil. modo, quem exposui, perseverare in pœnis legitimis, damnatam adulterii sequi statim pœnas legitimas, etiamsi in damnatione non fuerint expressæ nominatim, quoniam lege, qua damnantur, nominatim satis sunt expressæ, nec mutari legis pœnæ possunt, nisi cum extra ordinem agitur. Damnatus igitur, vel damnata judicio adulterii, subjicitur infamiæ. Nam & quocunque judicio publico damnatus ex edicto prætoris infamis fit. Unde non mirum, si dicatur is, qui instituit accusationem adulterii famam lacessere ejus, quem accusat, *l. si adulterium cum incestu, §. pen. eod. tit.* Apulejus 6. Metamorph. *Quod contra leges*, inquit, *ipsamque Juliam, & disciplinam publicam turpib. adulteriis, existimationem, & famam meam læsisti.* Et hoc dico tantum de damnatis: damnatos adulterii esse famosos ipso jure: non idem dico de deprehensis. Nam deprehensus in adulterio nec damnatus, damnatave, ipso jure non est infamis. Nec obstat caput leg. Juliæ, quod proponitur in *l. palam, §. quæ in adult. ff. de rit. nupt.* quoniam pertinet tantum ad nuptias interdictas Senatorib. cum adulteris, non tantum, quæ damnatæ sunt, quæ ipso jure sunt infames, sed etiam, quæ deprehensæ non damnatæ sunt, quæ etsi ipso jure non sint infames .i. ex edicto Prætoris, vel ex l. Julia, tamen reipsa, & facto ipso, & opinione hominum sunt infames, & agunt se indignas connubio Senatorum: Nam non errant Doctores nostri, qui aliam faciunt infamiam juris, aliam facti infamiam.

Ad L. XIII. Adultera, si posteaquam *crimen contra eam inchoatum est, provinciam excesserit, etiam absentem inter reos recipi posse explorati juris est.*

SEquitur *l. adultera*, quæ ait, absentem inter reos recipi posse, & hoc esse explorati juris: atqui & hoc explorati juris est, absentem accusari non posse, *l. 15. h. t. l. 6. sup. de accus.* vis accusationis est relatio inter reos. Quæ non potest accusari, quomodo potest referri inter reos? non potest accusari. Ergo non potest referri inter reos, quia modus, & via referendi inter reos est accusatio. Ideoque recte lex adjicit, *postquam crimen contra eam inchoatum est*, præsentem scilicet, postea absentem inter reos recipi posse. Plerique Codices habent, *postquam crimen contra eam prolatum est*, nil refert. Græci (*inchoatum est*) & cum Græci, tum Latini (*postquam crimen contra eam inchoatum*) sic interpretantur, post litem contestatam, quod placet satis. Inchoatur ergo crimen, id est, quæstio criminis, sive accusatio litis contestatione: perficitur autem damnatione, *l. 14. in fin. ff. de bon. lib. l. 1. sup. ubi de crimin. agi oport.* Proinde ante litem contestatam nemo absens inter reos recipi potest, quod est ex constitutionibus principum. Nam olim moris erat etiam lite non contestata postulare reum absentem, quod est postulare inter reos recipi, *l. vim, §. in matrimonio, ff. eod.* ut in auctoribus alienis sæpe accusator postulat recipi nomen rei, idque postulat duobus modis: vel querela deposita apud acta, *l. 8. sup. de accus.* vel porrecto libello accusationis, id est, delationis, & inscriptionis, *l. mariti, §. pen. ff. eod.* sine judicio, & de plano. Aliud enim est postulare reum, aliud judicium exercere, *d. l. mariti, §. quinquennium*: aliud postulatio, aliud accusatio. *l. si adulterium cum incestu, §. ult. eod.* postulationem rei sequitur judicium, quod olim etiam in absentem indicta causa exercebatur, & peragebatur: atque ita etiam absentis nomen olim inter reos recipere licebat, ac deinde relatum absentem inter reos condemnare, ut Verres, & pater, & amici ejus contendebant licere, & fieri solere in causa Sthenii Thermitani apud Cic. Et ita esse, argumento est *l. Memmia apud Valerium* 3. *cap.* 7. de M. Antonio absente incesti postulato, quoniam ea l. eorum tantum, qui reip. causa abessent, nomina recipi vetabat inter reos. Si exceptio l. Memmiæ facit ne absentes reip. causa inter reos recipere liceat, alios igitur, qui excepti non sunt, etiam absentes recipere licet. Et eadem est exceptio in l. Julia de adult. ne quis absentem reip. causa non detrectandæ legis Juliæ causa, id est, vere absentem reipub. causa referat inter reos adulterii, quod generaliter proditum est in *l. hos accusare, ff. de accusat.* accusari non posse eum, qui reipublicæ causa abest, vel magistratum urbanum, aut provincialem, vel legatum municipiorum missum in urbem, vel ad principem, quo jure etiam M. Tull. *libro de jure dicundo*, sive in jurisdictione Siciliensi, scribit damnationem Dolabellæ fuisse rescissam, quod reus factus esset, cum ei legatio Romam à suis civibus esset data. Ii ergo soli absentes, ne inter reos referantur, inveniuntur legibus excepti, qui sunt absentes reip. causa, vel sui municipii causa, & proculdubio loquuntur leges de iis, quibus nunquam denuntiatum est crimen, vel quibus cum lis contestata non est: ut id plane indicent, posse etiam absentes inter reos referri, nisi absint reipublicæ causa. Hodie vero ex constitutionib. absens non refertur inter reos, nisi in jus vocatus, & exhibitus, & apud judicem lis cum eo contestata fuerit, quod fit proposita, & fundata accusatione, & interrogato, auditoque reo, & excussis præscriptionibus, quæ reo competunt, *l. si maritus, §. præscriptiones, ff. eod.* quæ lex in *§. legis*, id probat, quod ante dixi de absente Reipublicæ causa, quem lex Julia vetat recipi in reos. Excussis, inquam, præscriptionib. rei, veluti excussa præscriptione temporis, intra quod accusatio est proponenda, excusso jure accusatoris, *l. adulterii, inf. hoc tit.* Et ita inter accusatorem, & reum à judice cognitione suscepta, ut in *l. inter, D. de public. judic.* sic lite contestata, deinde recipitur rei nomen inter reos, sic fieri dicitur reus, agi reus, peti reus: nec alio quoquam genere, præterquam isto, id est, lite contestata, & disceptata utrinque proprie reus fieri dicitur, vel agi, vel peti. Notus est omnibus locus Asconii Pediani, reum fieri, cum in jure legibus reus interrogatur, accusatore objiciente crimen: veluti, ajo te cum illa adulterium commisisse: & reo, vel tacente (quo casu, ut idem ait, taciturnitas pro confessione habebatur, ut accidit in aliis quoque partibus juris) vel negante reo, & accusatore petente diem inquirendi criminis. Postquam disceptationem, & contestationem (ut idem ait) instituebatur accusatio. Quid? instituebatur, quæ jam ante erat instituta: Sed instituebatur, id est, instruebatur probationibus ut in *l. 2. §. ult. ff. eod.* accusationem parante, & probationibus instituente, & muniente. Et sane etiam illo Asconii loco Budæus legit, *instruebatur*. Denique propositam, & accusationem fundatam, id est, lite contestata sequebatur inquisitio criminis, & instructio accusationis: neque tamen statim instituebatur, sed eo demum die, quo quis reum fecerat lite contestata, à judice relato inter reos, id est, nomine ejus relato inter reos, in numerum reorum, in album reorum. Tacitus 2. Annal. *Crimen, & accusationem, tanquam adversus receptos jam reos instruebat.* Jam ergo licet dicere hanc esse sententiam *hujus l. adult.* reum, cum quo lis contestata est, etiamsi mox abesse cœperit, à judice absentem inter reos referri posse: dico & damnari posse ad extremum citatum per triduum, nec obtemperantem, ut *d. l. inter, de pub judic.* Nam vix est, ut inter reos recipi possit, qui non & damnari, vel absolvi, hoc est, reus peragi possit. Unde quæramus quid fiat illo, cum quo lis contestata non est, cujus crimen nunquam est denuntiatum, sed tantum delatus, & postulatus est, *ἐκ τοῦ μονομεροῦς*, id est, ex una tantum parte, invocata, & inaudita altera. Et hunc

non

non dicam inter reos absentem recipi posse, quoniam si posset inter reos recipi, & inter reos peragi posset, id est, damnari, ut initio congrueret exitus. Absens relatus est inter reos jure, damnabitur ergo etiam absens, & reus peragetur jure: atqui non potest ille damnari indicta causa, *l.absentem, ff.de pœn. l.1. ff.de req. vel absentib.damnand.* Ergo nec recipi inter reos. Non dico igitur illum simpliciter recipi inter reos, sed tantummodo adnotari requirendum, ut *l.6. sup. de accus.* adnotari inter reos requirendum, ut *l.ult. inf.de requir.reis:* hoc est, fieri requirendum, ut Græci hoc loco, & *l.1. inf. de requir. reis,* non accusari, & fieri reum, sed fieri requirendum, quæ duo differunt. Requisitum autem, & inventum, & exhibitum, tunc demum judicio accepto accusari, & fieri reum, & recipi inter reos, vel in reos. Promiscue dicimus recipere, & referre inter reos, vel in reos, ut *in l.hos accusare, §.hoc beneficio, ff.de accusation.* qui §.eleganter docet, receptos in reos, si interveniat abolitio publica, & indulgentia reorum, quæ eximat eos ex reis, suspenso crimine ad tempus, non exstincto (nam abolitio, vel exemptio ex reis non exstinguit crimen, sed tantum absolutio, vel mors opportuna rei) Eos, inquam, non posse repeti post trigesimum diem, ut jure est constitutum, quorum nomen exemit de reis indulgentia publica, aut hilaritas publica, videlicet si intra diem illum Reipublicæ causa abesse cœperint. Et ita, quod notandum, absens reipubl. causa, neque peti, neque repeti reus, aut referri inter reos potest, quamdiu abest reip. causa. Ex his omnib. colligo, eos tantum fieri requirendos, cum quibus lis contestata non est: eos autem fieri reos, cum quib. lis contestata est. Unde cum Græci ponant recte in specie hujus legis, cum adultera litem fuisse contestatam: Non tamen recte interpretantur (*recipere inter reos*) facere requirendum: quia non qui reus factus est, sed qui nondum factus est reus, fit requirendus: reus proprie fit litis contestatione, & relatione inter reos, & ita reum factum Joannes recte accipit, *l.5. ff.de pub. jud.* & ita quoque accipere necesse est *l.2. §.extran. ff.de adult.* dum ait, *extraneum reum factum* .i. *receptum inter reos, accusanti marito non objicere præscriptionem lenocinii:* quod ita explicandum patet ex *l.si marit. §.præscriptiones, ff.eod.* At non nego, quin etiam improprie dicatur reus factus, qui tantum postulatus est *μονομερῶς* .i. cum abesset. Et hac distinctione adhibita horum verborum (*reum facere*) concilianda est *l. si interveniente* cum *l.pen. ff.ad Senatusc. Turp.* ut *l. si interv.* loquatur de receptis inter reos, ad quos pertinet abolitio publica, adeo ut accusator, si eos non repetat post 30. dies, non incidat in Senatusc. Turp. lex autem pen. loquatur de reis postulatis tantum (*si reum*, inquit, *fecit*) id est, *si postulavit tantum*, *quoniam subjicit* (*nec reum persequutus est*) Ergo si nondum reum fecit postulatione nuda. Ut, inquam, loquatur lex pen. de reis postulatis tantum, ad quos non pertinet abolitio publica, quoniam non sunt recepti inter reos. Et ideo is, qui postulavit, si eos non persequatur, si desistat, incidit in Senatusc. Turp. Forsitan adhibita simili distinctione non improbabiliter conciliare quis posset *l.3. sup.de accus.* quæ dicit reos capitalium criminum per procuratorem posse defendi, cum *l.miles, §.ea, quæ, ff.de adult.* quæ dicit, *ea*, *quæ recepta est inter reas*, *absens non posse defendi*. Sed verius est (& hoc maxime notandum) receptos inter reos capitalium criminum, quia absentes damnari possunt, ut ante docui, posse defendi per procuratores, & quemlibet, qui commiseratione eorum commoveatur, & verba pro eis faciat, & innocentiam excuset, ut *in l.servum, §.publ. ff.de proc.* Nam si pro condemnato quilibet potest appellare, etiam nolente reo, *l. non tantum, ff.de appell.* quia non auditur perire volens, ut inquiunt, cur etiam pro reo capitalis criminis absente, nec innocentiæ suæ gerente curam, non licebit cuilibet suscipere integram defensionem causæ. Nam & hoc esse æquum ait ille *§.publice*, & ordinarium admittere, id est, solitum admitti, & ita patere ex rescripto Imperat. id est, ex *d.l.3. sup. de accusat.* in qua Alexander ait, *reos capitalium criminum, non omnium, sed capitalium posse per procuratorem defendi:* non dicit, absentiam eorum defendi posse, sed reos jam factos capitalium criminum, quia absentes damnari possunt, posse defendi. Et ita Sthenio reo rei capitalis legimus apud Ciceronem *libro de jure dicundo*, datum, vel adscriptum cognitorem, qui quasi procurator est. At crimen adulterii non est capitale. Ergo recepta inter reas adulterii absens, non potest defendi per alium: quoniam ad crimen judicii publici non admittitur alius defensor, *l.pen. ff.de public. judic.* nisi antequam referatur in reos, velit quis excusare absentiam tantum, ut *l.absens, ff. de procurat.* Sed addenda est exceptio alia, nisi sit capitale crimen: nam ad defendendum reum rei capitalis absentem, id est, ad defendendum crimen, æquum est admitti quemlibet verba pro reo facientem. Ut autem reus, vel rea, ut dixi, proprie fit litis contestatione, improprie dato libello accusatorio; ita eadem ambiguitas exsilit in verbo *deferendi:* Nam & is delatus dicitur, cum quo lis contestata est, ut *l.2. §.qui hoc dicit, ff. eod.* Ubi Accurs. ita interpretatur recte, vel etiam is, contra quem datus est libellus inscriptionis.

Ad L.XVII. Sine metu legis Juliæ *de adulteriis coercendis revocare uxorem in matrimonium potes, cum nihil amplius, quam libellos accusationis obtulisti, quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris: Is enim committit in pœnam, quam lex certo capite denuntiat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet uxorem.*

EX l.17. intelligimus eum, qui uxorem criminis manifestam, vel deprehensam in ipsa turpitudine, detinet, vel qui mulierem damnatam adulterii ducit, vel reducit, teneri pœna lenocinii, eadem scilicet, qua tenentur adulteri, *l.2. l.castitati, sup.hoc tit. l.mariti, ff.eod.* Idem esse opinor, si quis ream adulterii ducat uxorem forte mortuo priore marito. Nam rea adulterii vivo marito jure non ducitur uxor ab alio quoquam, donec suam innocentiam purgaverit, *l.reas, ff.de ri.nupt.* At mortuo marito, qui eam dimiserat, quæ sit rea adulterii, vel quæ permanet in reatu, ab alio uxor duci potest: sed si damnatam postea eam mulierem in matrimonio retineat, lenocinii pœna tenetur. Et ita est explicanda *l.miles, §.ult. D.eod.* Et hunc casum (ut opinor) notat hæc *lex 17.* dum ait, *qui publice adulterio damnatam habet*. At nunc quæro, an eadem pœna teneatur, qui uxorem reducit, quam retulit inter reas, vel quam ream adulterii postulavit dato libello accusationis, ut ait hæc lex. Libellum accusationis, sive libellum accusatorium vocat, ut *l.denuntiasse, l.mariti, §.pen. ff.eod.* qui alias dicitur *libellus delationis*, *l.2. C. Theod. ne præter majest. crimen serv. dom. accus.* & vulgo *libell. inscript.* An, inquam, teneatur lenocinii pœna maritus, qui ab accusatione desistit, & reducit uxorem in matrimonium. Et quidem si desistat petita abolitione à principe, quod exigit lex, quæ præcedit 16. eam impune reducit: lex, quæ præcedit, exigit, ne maritus desistat sine abolitione: hæc lex, quæ illam sequitur, ut arbitror, proponit exemplum abolitionis. Nam petenti marito veniam omittendæ accusationis, id est, abolitionem petenti, & veniam reducendæ uxoris, quam dicebat, se ream adulterii postulasse inconsulto calore, & vana quadam indignatione, princeps hoc rescripto dat marito hanc veniam, id est, abolitionem, causanti se adductum vana credulitate accessisse ad accusationem. Et hoc quidem genere, seu modo, jure reducit uxorem, seu eam ream fecerit jure mariti, seu jure extranei. Et valde placet, quod ait *l generali, §.1. ff.de ritu nupt.* ream adulterii, quam vir jure mariti postulavit, post abolitionem eum non prohiberi denuo uxorem ducere, id est, reducere. Et sequitur: *sed & si non jure mariti postulavit non prohibetur eam reducere*, id est, si postulavit jure extranei, jure publico, non prohibetur denuo eam ducere uxorem, post abolitionem scilicet. Nam *ἀπὸ κοινοῦ* hæc

supe-

superiora verba (*post abolitionem*) & in hanc partem re- A petenda, live revocanda sunt. At si maritus, qui ream uxorem fecit adolterii, non petat abolitionem, dico eam non reduci impune: Nam maritus incidit in pœnam Senatusconsulti Turp. quia desiltit sine venia, & abolitione, *ut l. prox. supra*, *& l. quæsitum*, *in fi. ff. eod.* atque etiam in pœnam lenocinii, ut opinor, de qua instituit quidem quæstionem *d. l. quæs.* sed nil respondet de pœna lenocinii, sed de pœna Senatusc. Turpil. tantum, sive tergiversatione. Et consequens tamen est, cum jure non reducatur uxor, ut & hoc casu incidat maritus in adulterii, seu lenocinii pœnam. Præterea quæro an is, qui uxorem dimissam adulterii causa, non ream postulatam, non damnatam reducit, incidat in pœnam legis Juliæ? & non tenetur quidem, quod ad verba l. Jul. attinet, quoniam l. Julia punit tantum eum, qui depre- B hensam retinet, vel qui damnatam reducit. Hic neque retinet, neque damnatam reducit: sed tamen verius est, ex sententia legis, eum etiam teneri, ut Papinian. definit in *l. si quis adult. §. pen. ff. eod.* hac ratione, ne fraus fiat legi Juliæ, quia posset quis deprehensam dimittere eludendæ pœnæ causa, in quam incidit, qui sciens adulteram retinet, & mox eam reducit, sed qui mox reducit, nec videtur dimisisse, nec legi satisfecisse, imo fraudem cogitasse in leges, sicut etiam, qui bonis patris abstinet, & mox ea emit, nec abstinuisse videtur, nisi aliquo fraudis consilio, *l. si is, qui bon. ff. de acq. hered.* Ergo ex sententia l. Jul. lenocinii pœna tenetur etiam, qui deprehensam dimittit, si mox eam reducat. Et *l. si uxor, §. ult. ff. eod.* quo loquitur de eo, qui repudiatam, seu dimissam jure, denuo ducit uxorem, est accipienda de eo, C qui repudiatam, non deprehensam mox reducit, quem ea lex ait deinde non posse eam accusare ex adulterio, quod in primo conjugio commisit: & similiter licet ex verbis legis is tantum teneatur, qui retinet uxorem deprehensam in adulterio, & adulterum dimittit, *l. mariti, ff. eod.* ex verbis legis tenetur, qui dimittit adulterum, & non dimittit adulteram: tamen ex sententia legis etiam is tenetur, qui non tantum adulteram, sed etiam adulterum retinet, qui casus non erat expressus in l. Julia, ut qui retinet filium, ut fit, deprehensum in noverca, quem non vult exigere domo, vel qui retinet libertum, vel servum deprehensum in uxorem, quo casu tam ipse, qui retinet adulterum, & adulteram punitur, quam ea, quæ retinetur, quia scilicet etiam retenta in matrimonio mulier accusari potest, si prius mari- D tus fuerit lenocinii, seu adulterii reus postulatus ob non dimissam, seu ob retentam adulteram. Et sic est accipienda *l. si quis adulterium, §. 1. ff. eod.*

Ad L. XVIII. Eum, qui duas simul habuit *uxores, sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non juris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur. Veruntamen ei, qui te ficto cœlibatu, cum aliam matremfamilias in provincia reliquisset, solicitavit ad nuptias, etiam crimen stupri, à quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo solemniter inferetur. Cæterum res tuas omnes, quas ab eo interceptas matrimonii simulatione deploras, restitui tibi omni exactionis instantia impetrabis à rectore provinciæ:* E *Nam ea quidem, quæ se tibi ut sponsæ daturum promisit, quomodo repetere cum effectu potes quasi sponsa?*

LOquitur lex de eo, qui duas habet uxores, qui ex edicto prætoris infamis est, *l. 2. sup. de incest. nupt.* & solet etiam hodie, ut manifestior fiat hominis infamia, is homo publice catamidiari, id est, exponi risui, imposita mitra, qui, inquam, habet duas uxores, reipsa, & animi destinatione, ut & hæc lex declarat: qui duas habet uxores facto ipso: Jure n. nemo habet duas uxores: non potest utraque esse uxor, sed altera, id est, quæ secundum ducta est, in concubinæ locum ducitur, ut ait Cicero 1. *de Oratore*, tractans de eo, qui duas duxerat uxores. Nunc fac ita esse: quidam ex Hispania Romam venerat, relicta uxore in Provincia, & Romæ alteram duxerat; fingens se esse cœlibem, & innuptum, ut veteres loquebantur, viduum ab uxore, quod facile credens mulier Romana, se ei matrimonio junxit. Et apparet quidem eam non commisisse stuprum, quia stuprum non committitur sine dolo malo, & hæc putavit, se esse uxorem legitimam, & justum matrimonium: sed lex ait illum impostorem stupri posse accusari à quolibet, vel à muliere ipsa, injuriam suam adsistentibus curatoribus, per quos etiam ejus negotia gerenda sunt, persequente, ut *l. 7. h. tit.* quoniam licet hæc secunda mulier ducatur in concubinæ locum, tamen cum ea stuprum committitur. Et quod dicitur cum concubina stuprum non committi, *l. 3. ff. de concub. l. stuprum ff. de adult. coercend.* quia imitatur uxorem justam, & concubinatus est conjunctio legitima, ex jure civili hoc tantum intelligitur de cœlibe, qui habet concubinam: hic cum ea stuprum non committit: Nam qui habet uxorem, si uxori superducat concubinam, stuprum committit, nec hic concubinatus est legitimus, *l. ex ea, §. 1. de verb. obl. l. 3. sup. comm. de manumis. l. un. sup. de concub.* Ergo hic, qui sciens Romæ alteram duxit uxorem, non remisso nuntio uxori in provincia relictæ, stupri potest accusari, & mulieri secundæ datur repetitio dotis, si quam dederit, & omnium rerum suarum, quas ille nebulo intercepit simulatione nuptiarum, sed ut ait hæc *l.* non datur etiam mulieri repetitio promissæ sibi ab illo homine sponsalitiæ largitatis, quæ pars hujus legis repetitur *l. 5. sup. de donat. ante nupt.* Cur vero non datur ei repetitio promissi muneris sponsalitii, promissæ largitatis sponsalitiæ, quia ut sponsæ promissa est: atquin nec sponsa, nec uxor fuit. Et ut duas uxores habere non licet, ita nec uxorem, & sponsam, *l. 13. §. item si alteri, ff. de iis, qui not. inf.* Quod si ille jam mulieri secundæ aliquid dederit pro munere sponsalitio, sane id ab ea ipse non potest repetere, quia sciens turpiter dedit. Et ita Accurs. recte sentit hoc loco, & *ad. d. l. 5.* notavit. Idem etiam Græci 28. Basilicon *tit.* 3. idemque glossa *l. 4. ff. de condict. ob. turp. caus.* ut quoties solius dantis turpitudo versatur, quod contigit in specie proposita, danti non competat repetitio.

Ad L. XIX. Quamvis indubitati *juris sit, quotiens adulterii crimen intenditur, præsentiam accusatoris præcedere oportere: tamen quoniam ex literis tuis cognovimus Materiam Propositi Viatoris uxorem, habitis quæstionibus cum Juliano quodam adulterium commisisse, detectam sub ipsa prolatione sententiæ Viatoris ipsius præsentiam postulasse: non putavimus confecto pœnæ judicio, facinore etiam agitata quæstione convicto, Propositum ab excubiis limitis revocandum.*

LEX 19. est singularis. Certi juris est, neminem posse damnari absente accusatore, vel actore: Nam generaliter ait *l. de unoquoque, ff. de rei judic.* de unoquoque negotio, id est, civili, vel criminali præsentibus omnibus iis, quos causa contingit, vel (ut est in 12. *tabul.*) præsente ambobus judicari oportere. Et id tantum judicatum valere, quod judicatum est inter præsentes. Et ita M. Tullius in Verrem de jure dicundo: *si præsens Sthenius reus esset factus, si manifesto in maleficio teneretur, tamen, cum accusator abesset, Sthenium non oportere condemnari. Etenim, si posset absente accusatore reus damnari, non ego à Vibone Veliam parvulo navigio inter fugitivorum, ac prædonum, ac tua tela venissem.* Unde liquido apparet, reum non posse condemnari absente accusatore. Sed ab hac regula excipitur unus casus in hac lege valde singularis. Ponit Propositum Viatorem militem limitaneum accusasse Materiam, ut vulgo legitur, sed Græci Mariam, uxorem suam, divortio facto, ut oportet, adulterii cum Juliano commissi: etiam miles admittitur ad accusationem, si suam injuriam persequatur, non aliter. Et ait, instituta accusatione eum diu in judicio perseverasse: sed in ipso articulo ferendæ sententiæ, confecto pene negotio, & convicta rea per quæstiones servorum, cum profectum fuisse ad statio-

nem

nem suam, & excubias limitis, ut ait, & mox damnatam fuisse mulierem, an jure damnata est? Quod non videtur, quia damnata fuit absente accusatore. Sed aliud imperator statuit, quoniam accusator abesse cœpit Reipublicæ causa, sub ipsum tempus sententiæ, ut æquum sit eum haberi pro præsente.

Ad L.XXIII. Servi ob violatum *contubernium suum adulterii crimine accusari non possunt.*

Ad §. Is autem, qui post *dissociatum matrimonium uxorem licito jure duxit, obque intentatæ accusationis, ac potentis patrocinii metum, ei, qui accusationem instituerat aurum, & argentum dedit: ad recipiendum id, ulciscendamque turpis lucri cupiditatem adire præsidem potest: qui examinatis partium allegationibus, & inquisita fide veri, siquidem id ab eo, qui innocens est, ob illati criminis timorem datum esse cognoverit, quemadmodum sententiam formare debeat, ex evidentibus juris placitis instruetur. Sin vero constiterit corrupti matrimonii, velut mercedem ad captandam impunitatem solutam pecuniam esse, eum, qui etiam adversus Senatusconsulti censuram, cum fœdissimo flagitio accepit, puniri jubebit.*

PRima pars hujus legis est de violato contubernio. Secunda est, de violato matrimonio. Matrimonium contrahitur tantum inter liberas personas, & cives, contubernium inter servos, vel cum servis. Nam inter eos, vel cum eis nullum potest esse matrimonium, nec inter eos uxor nominatur, sed contubernalis, id est, serva, quæ se adjunxit servo, aut libero homini. Denique uxor non nominatur, vel maritus, vel dos, vel adulterium. Itaque lex Julia non pertinet ad contubernia, nec qui, quæve violat contubernium, subjicitur pœnis legis Juliæ. Fateor etiam in concubina, quoniam uxorem justam imitatur, adulterium vindicari, ut *l. si uxor, ff. eod.* quod est ex lege Atheniensium, ut testis est Lysias in Orat. *de cæde Eratosthenis*, in adulterio deprehensum adulterum vindicari, *ϗ ἐπὶ ταῖς παλλακαῖς, etiam in concubinis*, quæ dignitate longe sunt impares uxoribus legitimis. Adulterium etiam vindicatur in uxore vulgari, id est, quæ vulgo se præbet, vel quæ, ut solebant olim, apud ædiles professa est impudicitiam, & apud eos vulgavit licentiam stupri. Nam etiam in ea maritus adulterium vindicare, & persequi potest, *d.l. si uxor.* Itemque in uxore injusta, id est, quæ non secundum leges ducta sit, sed tamen habeatur uxoris animo. Finge ductam filiamfamilias dissentiente patre, injusta uxor est, in qua tamen perinde, ac in uxore justa adulterium vindicatur, *d.l. si uxor.* At in contubernali adulterium non vindicatur lege Julia, & hoc proponitur initio hujus legis, & *l. sequenti*, quæ deest in Codice Haloandri, male, & est vulgo etiam inscripta Dionysio, cum sit inscribenda Dionæ liberæ fœminæ, quæ se junxerat contubernio servi contra juris formam, ut ait, quia inter servum, & liberam nullum est connubium, quare lex sequens negat eam subjici adulterii pœnis, & è contrario *l. etsi libidine* 25. negat liberum hominem subjici infamiæ juris: Nam non negat quin subjiciatur notæ, & suggillationi apud bonos, & graves viros, quæ vulgo infamia facti dicitur. Negat ergo infamiæ juris subjici liberum hominem, quia ancillas comprehendisse convictus est. Omnes libri veteres habent (*comprehendisse*) & liber etiam Haloandri, & Græci *καταλελειφέναι*, non (*compressisse*) ut etiam *l.* 20. *hoc tit.* supra ultionem juris, etiam in eas non exerceri, quæ per vim sunt comprehensæ, irreprehensa voluntate, inquit, quo casu illud crimen non est duorum, ut solet esse, sed unius tantum, ut & in casu *legis* 18. *h.t.* Unde eleganter dicebat ex veteribus Declamatoribus quidam de Lucretia vim stupri perpessa, ut refert *D. Augustinus* 1. *de Civitate Dei: Mirabile dictu, duo fuerunt, & unus tantum adulterium admisit.* In secunda parte hujus legis, hæc proponitur species, de corrupto, vel violato matrimonio, dimissam à priore marito, nec damnatam, vel ream factam adulterii ego uxorem duxi, post cum me potentior aliquis accusaret ex adulterio, quod dicebat me cum ea commisisse in priore matrimonio, pecunia data cum eo transegi, non ductus conscientia sceleris, qui ab eo eram immunis, & innocens, sed formidine perterritus potentioris accusatoris: quo casu lex ait, mihi dari pecuniæ datæ repetitionem, videlicet per condictionem ob turpem causam, quia ego quidem turpiter non dedi pecuniam, qui dedi ne ille me vexaret, id est, calumniaretur, sed ille turpiter accepit, ut *l.4. ff. de condict. ob turp. caus.* vel etiam per actionem in factum ex edicto de calumniatoribus, *l. penult. ff. de calumniat.* Sed si ductus conscientia sceleris admissi redemi me ab accusatore, hoc casu non repetam, quod dedi, quia turpiter dedi, *l. siquidem, sup. de contr. stipulat.* & utriusque turpitudo versatur. In pari autem causa melior est conditio possessoris, id est, ejus, qui accepit pecuniam, ut qui æque turpiter dedit, turpiter accipienti, non possit repetere ab eo, qui accepit: utriusque enim par delictum est: Et ideo accusator punitur, vel tanquam prævaricator, si se vinci patiatur post acceptam pecuniam, vel tanquam tergiversator ex Senatusconsulto Turpill. si desistat ab accusatione, & ego quoque admissum non impune feram. Utriusque igitur par delictum est, ut exposui in *l.* 10. *hoc tit.* Et bene ait hæc lex, *eum etiam, qui adversus SC. censuram* (sic legendum) quasi non tantum reum, sed & accusatorem dicat puniri, quoniam uterque turpiter transegit de crimine adulterii.

Ad L.XXVI. Quoniam Alexandrum, *qui in crimen vocatur, etiam præscriptionem esse pollicitum eo nomine, quod accusator uxorem post deprehensum adulterium penes se habuisse videatur, & de statu suo agere nunc velle perspeximus: ita ordo quæstionis dirimendus videtur, ut in primis quidem de statu Alexandri quæratur, ita ut si liberum eum esse adhibita audientia deprehenderis, præscriptionis ei objiciendæ facias potestatem. Sin vero eundem esse servum cognoverit, remotis præscriptionis impedimentis, in adulterum crimen protinus debebis inquirere. Ac si eum detectum in eo flagitio esse perspexeris, pœnam decernere, quam in adulterii crimen legum sanctio statuit.*

Ad L.XXVIII. Ita nobis cordi pudor est, *ut removeamus prisci juris ambages, & constituamus in adulterii quæstione, abolitis de medio cæteris præscriptionibus, præter quinquennii temporis, & lenocinii, quod marito objicitur, exceptionem illam, etiam quæ post solutum prius matrimonium ante denuntiationem nuptæ competit, fidem criminis nosci. Indignum est enim, ut ultionem pudoris præstigia versuti juris excludant. PP. Kalendas Junii Tusco, & Anulino Consulibus* 295.

LEx 26. & 28. simul explicabuntur, quoniam ambæ sunt de præscriptionibus, seu exceptionibus, quæ solent objici accusatoribus adulterii: objici, inquam, & tractari ab initio, antequam quis recipiatur inter reos: Nam qui semel receptus est inter reos, non potest ulla præscriptione uti, *l.2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus, l. si maritus, §. præscriptione, ff. eod. tit.* Et ita ponitur in *l.* 26. Alexandrum postulatum adulterii, ab initio marito objecisse præscriptionem lenocinii, quod deprehensam in adulterio retinuisset, qui auditur quidem hoc allegans, seu præscribens, si liber homo fuerit, non si servus fuerit, qui adulterii postuletur. Nam si servus fuerit, qui adulterii postuletur, ei non licet objicere præscriptionem lenocinii, denique nec crimen ullum deferre, nec referre, nec inscribere, nec præscribere. Itaque, si dum tractatur initio de præscriptione lenocinii, quam objecit Alexander, status ejus in dubium vocetur, tantisper dilata quæstione lenocinii, & adulterii, prius tractandum est de statu ejus, cum hæc quæstio sit præjudicialis, quam de præscriptione lenocinii. Prior est quæstio status quæstione criminali, ut *l.* 1. *sup. de ord. cognit.* Tres autem præcipue præscriptiones in causa adulterii receptas esse ostendit *l.* 28. *hoc tit.* præscriptionem quinquennii, & supple, vel 6. mensium utilium, & præscriptionem lenocinii, quod marito objicitur. Et præscriptio-

ptionem hanc, quæ nuptæ competit, quæ alii nupsit post divortium, cujus formula hæc sit: *Si non alii jam nupsit mulier, antequam ei denuntiaret accusator, ne nuberet*, de qua dixi in *l.8.h.tit.* Et agitur de ea in *l.5. ff.de accus. l.14. hoc tit. l.adult. ff.eod. & l.2.in princ. eod.tit.* Quam legem totam secundam observandum est, esse de præscriptionibus, quæ objici possunt accusanti adulterii, & proponi in ea quatuor præscriptiones. Primum hanc, qua repellitur accusator, qui ab adultera incipit, quæ jam alii ante denuntiationem nupsit, deinde præscriptionem, quæ marito accusanti jure mariti objicitur hoc modo, ut proponitur formula in *d.l.2. si legem prodidisse dicatur ob hoc, quod aggressus accusationem adulterii destitit*: Nam ex lege Julia, qui destitit sine abolitione, postea jus accusandi non habet, *l.16.hoc tit. l.quæsitum, in fin. ff.eod.tit.* Tertia præscriptio, quæ proponitur in *d.l.2.* est præscriptio lenocinii notissima. Quarta est præscriptio de privilegio, & jure accusandi, cum quis contendit se esse justiorem, & potiorem accusatorem, cum maritus ait, se in accusatione adulterii præferri debere patri, & alii cuilibet, de qua in *d.l.2. §.ult.* Et nonnihil etiamsi diligenter animadvertamus in *l.adulterii, inf. hoc tit.* hæ quatuor præscriptiones proponuntur in *d.l.2.* Omittitur præscriptio quinquennii, seu sex mensium. Sicut etiam in hac *l.28.* omittitur secunda præscriptio *l.2. si legem prodidisse dicatur, &c.* Et quarta quoque de jure accusatoris, omittitur etiam præscriptio ætatis, quæ objicitur accusatori minori, quam 25.annorum nato, de qua in *l.si maritus, §.lex, ff.eod.tit.* quæ tamen non improbantur, aut quas tamen non est verisimile hanc leg.28. removere, licet dicat, se omnes præscriptiones removere, & abolere, exceptis tribus, quas ante exposui, quia scilicet, eæ tantum præscriptiones improbantur, ut verba legis demonstrant, quæ elusoriæ, vel moratoriæ, & captiosæ erant jure antiquo proditæ, ut præscriptio fori, qua nixus reus conatur declinare forum mariti, cujus etiam ratio non habetur in *l.14. h.tit. & l.ult. C.Theod.eod.tit.* Et præscriptio hæc, si non præjudicium fiat filio impuberi ex eo matrimonio suscepto, in quo dicor adulterium commisisse, quæ præscriptio etiam aboletur, *l.miles, §.defuncto, ff.eod.* Item præscriptio repetendæ dotis, vel pecuniæ debitæ ex aliqua ratione, si mulier contendat prius sibi eam reddi oportere, quam fiat rea adulterii, quæ aboletur *l.adulterii, inf. hoc tit.* quia est civilis præscriptio, quæ remorari, differre, vel impedire criminalem actionem non debet. Illas præscriptiones, & iis similes, quibus jure veteri sæpe eludebatur accusatio adulterii, & evanescebat, vocat Imperator in *l.28. præstigia prisci juris, præstigia versuti juris, vafri juris*, ut Cicero dixit, *ex æquo, & bono, non ex callido, & versuto jure rem judicari oportere*, pro Cæcinna. Sic hoc loco ait, *præstigia versuti juris*, ubi male Græci legunt *vestigia*: *τὰ ἴχνη τοῦ διεστραμμένου νόμου*: Hæ præstigiæ, & fallaces præscriptiones tolluntur *l.28.* Non si quæ tribus in ea enumeratis similes sint aliæ legitimæ præscriptiones, quæ pari æquitate nituntur. Et ita est accipienda hæc *l.28.*

Ad L.XXIX. Quæ adulterium commisit, *utrum domina cauponæ, an ministra fuerit, requiri debebit, & ita obsequio famulata servili, ut plerunque ipsa intemperantiæ vina præbuerit: ut si domina tabernæ fuerit, non sit à vinculis juris excepta. Si vero potantibus ministerium præbuerit, pro vilitate ejus, quæ in reatum deducitur, accusatione exclusa, liberi, qui accusantur, abscedant, cum ab his fœminis pudicitiæ ratio requiratur, quæ juris nexibus detinentur, & matrisfamilias nomen obtinent. Hæ autem immunes à judiciaria severitate, & stupri, & adulterii præstentur, quas vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit.*

Lex 29. facit differentiam inter dominam cauponæ, & ministram. Ac primum docet etiam lege Julia adulterium, vel stuprum vindicari in domina cauponæ, quæ cauponam exercet; & dicitur etiam domina tabernæ cauponiæ: licet inter cauponam, & tabernam cauponiam sit differentia ex *l.tabernæ, ff.de instr. & instrum.leg.*

A Vindicatur autem in domina cauponæ, sive vidua, seu nupta fuerit, nisi forte fuerit vulgaris quædam mulier, quæ cuilibet dextram supponat. Nam in meretrice adulterium, vel stuprum legibus non vindicatur, *l.22. hoc tit.* Præterquam à marito soluto facto divortio, *l.si uxor, §.sed & in ea, ff.eod.tit.* Nam (ut est in Comœdia) *quis homo pro mœcho vidit unquam in domo meretricia deprehendi quenquam?* Et recte in *§.item lege Julia de adult. Instit. de public.judic.* stuprum committi in virginem, aut viduam honeste viventem: nam in eam, quæ se agit in divortio, in eam, quæ secus vivit, stuprum impune committitur, imo ei quoque vis infertur impune, quæ scilicet, in communi loco stat, & capturas fert. Nam *l.un. inf. de rapt.virgin. aut vid.* est tantum de honestis mulieribus. Et recte Cato de re Floria apud Gellium: *vim in corpus liberum, non*
B *æquum censuere adferri, nisi palam corpore pecuniam quærere.* At si domina cauponæ, matrisfamilias, seu matronæ existimationem, & jus stolæ habendæ retineat (quod non habent turpes mulieres, sed toga tantum vestiuntur, non stola, toga, quæ brevis erat vestis) tam in ea adulterium, vel stuprum lege Julia vindicatur. Pudicitiæ ratio exigitur tantum à matronis, & stolatis mulieribus. In ministram autem cauponæ lex ait adulterium, vel stuprum non vindicari, quæ potantibus ministerium, & intemperantiæ vina præbet. Quo plane demonstratur, quid proprie sit caupona, ut in ancilla stuprum non vindicatur, & serva, *l.25. h.tit.* ita nec in ea, quæ facit vile, & servile ministerium, quale est ministerium cauponæ. Igitur in ministra cauponæ adulterium, aut stuprum non committitur, aut non vindicatur lege Julia propter vilitatem ministerii,
C & vitæ, sub cujus specie identidem omnes se omnibus benigne præbent, *l.ult.sup. si mancip.ita ven. l.palam, §.si quæ cauponam, ff.de rit.nupt.* Idem omnino dicendum de qualibet famosa muliere, quæ matrisfam. nomen amisit, & honestatem, ut si fecerit lenocinium, si operas suas in scenam locaverit, nisi hoc fecerit post admissum, vel meditatum adulterium in fraudem legis Juliæ, pœnæ evitandæ gratia, in quam infames mulieres non incidunt. Nam ex Senatusconsulto hæc etiam adulterii damnari potest, *l.10.in fin. D.eod.* Ex quo etiam Senatusconsulto, si quis infamandæ uxoris suæ gratia adulterum subjecerit, ut ipsam deprehenderet, & vir, & mulier adulterii crimine tenentur, *l.is, cujus, §.1. eod.* Senatusconsulta illa facta puto, auctore Tiberio ad legem Juliam. Nam & Suetonius scribit Tiberium exsilio affecisse fœminas quasdam,
D quæ ad evitandas legum pœnas, jure, & dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant, *ne quod refugium*, inquit, *in tali fraude cuiquam esset*. Et ait, ad evitandas legum pœnas, ut *d. l. 10.* Evitandæ adulterii pœnæ causa: Et Cornel.Tacitus 2.Annal. auctore Tiberio gravibus senatus decretis coercitam libidinem fœminarum, & cautum inter cætera, ne quæstum facerent corpore, cui pater, vel avus, vel maritus eques Romanus fuisset, & damnatam fuisse adulterii Vestiliam prætoriam quandam mulierem, quæ stupri licentiam apud ædiles vulgaverat, quia id fecerat pœnæ evitandæ gratia, & quia adversus impudicas veteres satis existimabat esse pœnarū in ipsa professione flagitii, quæ fiebat apud ædiles, quare & loca illa communia, & prostibula, dicuntur ædilem metuere apud Senecam. Professio illa sola faciebat infames,
E & exuebat honore matronæ, & stolæ. Ovid.

Solaque famosam culpa professa facit.

Invenio lege Atheniens. apud Demosthenem in Neæram, idem fuisse cautum de propola, id est, quæ quid palam vendit in foro, in eo toto die consistens, veluti poma, olera, detrita vestimenta, truncullos, & si qua alia: idem in ea esse, ut ait, quod in illa, quæ in ergasterio stat. Quo loco, & oratione tota, vocat ergasterium cellam meretricis, in quo *ἐργάζεται τῷ σώματι*, superposito cellæ titulo; ut Seneca ostendit *2. controvers.* Unde illud Iuvenalis:

...... *Titulum mentita Lycisce.*

Ad

Ad L.XXX. Quamvis adulterii *crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur : tamen, ne volentibus temere liceat fœdare connubia, proximis, necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est, patri, fratri, nec non patruo, & avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed etiam his personis legem imponimus, ut crimen abolitione si voluerint compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet : cui quidem, & ex suspicione ream conjugem facere licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se retinere non prohibetur, nec inscriptionis vinculo contineri, cum jure mariti accusaret, veteres retro principes annuerunt : extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus : nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt, & falsis contumeliis matrimonia deformant. Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.*

EX lege Julia judicium adulterii publicum est, & accusatio adulterii publica est, id est, patet omoibus, accusare volentibus propinquis, affinibus, extraneis quibuscumque, si modo jus accusandi habent. Ex hac autem constitutione accusatio adulterii non patet omnibus, sed tantum certis personis, ut patri mulieris, non socero, & fratri, & patruo, & avunculo, & iis personis etiam licet per hanc constitutionem facile impetrare à judice abolitionem, si velint desistere ab accusatione, quia propinquos in accusationem deduxerunt. Accusanti propinquum licet impune pœnitere, & desistere petita venia à judice, quam omnimodo impetrabit, *l. 2. inf. de abolit.* alioquin abolitio privata accusatori non datur temere, nec sine causæ cognitione, ut ait *d. l. 2.* præcipue autem marito patet accusandi facultas jure mariti intra 60. dies utiles, vel ex sola suspicione, ut ait, etiam sine vinculo inscriptionis, nec tamen reus ipse, vel rea etiam ex suspicione sola damnabitur, *l. absentem, ff. de pœn.* Apulejus 10. Metamorphos. *Veritatem, fidemque criminum probationibus certis instrui, nec suspectionibus tantum conjecturam permitti placet.* Non est etiam dubium, quin maritus facillime possit à judice impetrare abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis institutæ adversus conjugem, nec tamen necesse est, ut eam impetret, nisi evidens ejus calumnia fuerit, ut docui in interpretatione legis 16. quoniam qui calumniæ non tenetur, nec teneri potest Senatusconsulto Turpil. si desistat sine abolitione. Ut autem maritus, vel ex suspicione sola uxorem ream facere potest, quod matronam non tantum culpa, sed & suspicione vocare oporteat, ut dicebat Julius Cæsar : ita si velit, poterit impune retinere suspectam adulterii, nec tamen deprehensam, aut damnatam, quod dictum est ante in *l. 2.* exceptis his quinque personis : marito, cui primæ partes tribuuntur, & patre, fratre, patruo, avunculo : alii propinqui, vel affines, vel extranei ad accusationem adulterii, nec si subscribant in crimen, ut oportet, admittuntur ex hac constitutione, quia sunt plerique maligni, quos inscriptionis vinculum non deterret à calumniosa, aut proterve, & temere suscepta accusatione, qui contemnunt vinculum inscriptionis, & talionis. Et æquum est (quo etiam jure hodie utimur) ne cuilibet liceat temere infamare aliena matrimonia, puta adultero accusato constante matrimonio, quod olim permittebatur extraneis, *l. vim, §. 1. ff. eod.* De pœna adulterii, quod est in fine hujus l. satis exposui *sup. in l. 9.*

Ad L.pen. Si mulier repudii oblatione *sine ulla legitima causa à se dati discesserit: ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito jure deferimus.*

LEx penultima loquitur de muliere, quæ sine causa legitima divorit à marito : aliquandiu etiam inter Christianos sunt tolerata divortia ex certis, & legitimis causis. Ne autem sine causa quæ divortat, ei legibus varia fræna injiciuntur, puta, ut quæ divorterit sine causa, amittat dotem totam, & donationem propter nuptias, & ut quinquennium in viduitate perseveret, *l. consensu, sup. de repud.* Itemque, ut si interim peccaverit, possit ab eo, à quo temere divortit, stupri accusari jure præcipuo, quæ est sententia hujus legis valde singularis. Et ratio hæc est, quia quæ intra quinquennium non colit temperantiam, sed peccat (id enim est proprie peccare Latine) non tam videtur divortisse odio, vel exsecratione sui mariti, quam appetitione alieni, ut animo tenus jam in ipso matrimonio videatur peccasse, ac plane possit ab eo, à quo divortit, perinde ac si maritus esset, adulterii accusari jure præcipuo.

Ad L. ult. Libertatem servorum, *qui ad dominium pertinent uxoris, vel mariti, vel parentum eorum : repudio misso, propter suspicionem criminis adulterii, legum conditores intra duorum mensium spatium, post missionem repudii numerandum, suspendi definiunt, propter tormentorum quæstionem (si opus exegerit) eis imponendam. Sin vero uxor matrimonio sub præfato modo dissoluto, rebus humanis exempta fuerit: nihil de tempore, quousque servos eos propter memoratam causam permanere deceat, adjiciunt. Nobis vero necessarium esse videtur, certum tempus etiam in hoc casu statuere propter dotis quæstionem, utrum in lucro marito cedat, an heredibus mulieris restituetur. Sancimus itaque duos menses post mortem mulieris servari, ut intra eos ante dicti servi permaneant, & facultatem maritus habeat probationes adulterii per eos præstare. Transacto vero memorato tempore, licentiam habere heredem mulieris libertatem eis imponere : nisi per culpam ejus maritus prohibitus fuerit causam adulterii, tempore videlicet imminente, exercere.*

SCiendum est, ex lege Julia post divortium, si mulier fiat rea adulterii, servos ejus mulieris, & mariti, & parentum eorum manumitti non posse intra sexaginta dies utiles, ut scilicet serventur quæstioni, cui subducerentur manumissione, & interim forte data eis libertas, ut suspendatur, quemadmodum ait hæc *lex ult. & l. cum filius, §. servus, ff. de legat. 2.* hoc est, ut interim sint statuliberi, ut ait *l. quod si intra, ff. qui, & à quibus manum.* Quid vero fiet, si interim, id est, intra sexaginta dies maritus, aut pater moriatur, quorum servorum libertas est in suspenso, an servi mariti, vel patris mortui testamento manumissi ad libertatem interim pervenire possunt? minime, quia nondum est finita accusatio, & exstinctum crimen, quia non exstinguitur morte mariti accusatoris, cum pater superest, qui eam potest resumere, *l. sed si maritus, eod.* Nec item morte patris, quia superest maritus, qui accusationem instituit. Quid vero, si uxor moriatur intra sexaginta dies à divortio facto, an servi ejus manumitti possunt, an manumissi testamento uxoris libertatem obtinere possunt? Quod videtur, quia morte mulieris omnimodo crimen exstinguitur, morte accusatoris, non omnimodo : quia alius accusare potest. At morte reæ mulieris omnimodo crimina occidunt cum personis, ut ait *l. 1. C. Theod. de liber. causa.* Sed quia exstincto crimine superest quæstio civilis de dotis repetitione, utrum dos ob adulterium uxoris, lucro mariti cedere debeat, an restitui heredibus mulieris? quæ quæstio non potest definiri, nisi per quæstionem servorum excussa veritate criminis, ideo placet, eorum servorum libertatem suspendi intra illos sexaginta dies : Nam si adulterii fuerit convicta, dotem amittit : olim portionem tantum certam dotis, ut patet ex *l. cum mulier, ff. sol. matrim. & l. miles, §. socer, ff. ad leg. Jul. de adulter.* Hodie mulier adulterii convicta dotem totam amittit, & donationem propter nuptias, *l. consensu, §. virum, sup. de repud.* Quod & hæc lex ult. confirmat, & *caput plerumque, de donat. inter vir. & uxor.*



A

AD TITULUM X.

SI QUIS EAM, CUJUS TUTOR FUERIT, CORRUPERIT.

POST titulum generalem *de adulteriis, & stupro,* datur hic titulus, qui est specialis, *de stupro*, quod tutor infert pupillæ suæ, quia id constitutio hujus tituli gravius punit, quam quod quis alius infert aliis lex Julia, quæ infligit tantum relegationem, vel publicationem bonorum partis dimidiæ, ut est in *Instit.de publ.jud.* Hæc autem constitutio infligit deportationem bonorum omnium, quæ semper, vel tacite sequitur deportationem, & publicationem, *l.ult.§.ult.inf.de* B *sen.pass.* Et hanc quoque pœnam constitutio ait citeriorem esse, quam flagitium. Debuisset enim in tam nefandi stupri raptorem infligi pœna legis Juliæ de vi, quæ in raptorem est ultimum supplicium, quia insidiæ, quæ fiunt huic ætati, persuasiones, & blanditiæ vi comparantur, imo secundum legem Solonis, majorem pœnam meretur vis, quæ fit verbis, & illecebris, quam quæ fit manu, & viribus, quod hæc corpus tantum, illa etiam animum corrumpat, apud Plutarchum in Quæst. & in Solone, & Lysiam de Eratosthenis cæde. Debuisset igitur tutori infligi raptoris pœna, sed Imperator est contentus pœna deportationis, id est, mediocri pœna, quæ neque est pœna legis Juliæ de stupro, neque pœna legis Juliæ de raptu, aut vi publica. Turpius est stuprum in tutore, cujus fidei sunt commissi mores pupilli. Nec C inelegantur Quintilianus *Declamat.* 284. duci proditori comparat tutorem violatorem pupillæ. Nam & hic quid aliud est, quam proditor pupillæ? Turpius, inquam, est stuprum in tutore, maxime si non per matrimonium qualecumque contractum sit: Nam si tutor pupillam uxorem duxerit, puta paulo post, quam adoleverit: nam & sic intelligimus *(corruperit)* sufficit pœna legis Juliæ de stupro, *l.7. ff.ad leg.Jul. de adult. l.libertum, de rit.nupt.* Sed si eam corruperit citra matrimonium, huic constitutioni locus est, quæ proprie huic sceleri infligit deportationem, & ademptionem omnium bonorum. Dico jam ademptionem omnium bonorum, non publicationem, respiciens ad Novell. Leonis Philosophi 14. quæ bona tutoris addicit pupillæ, quam vitiavit, non fisco.

D



AD TITULUM XI.

DE MULIERIBUS, QUÆ SE SERVIS PROPRIIS JUNXERUNT.

SPECIALITER etiam in hoc titulo agitur de alio stupro, quod mulier libera committit cum servo proprio, quod longe turpius, & gravius esse, quam superius, genus pœnæ, quod hæc constitutio infligit, satis demonstrat, nimirum capitis amputatio in muliere, & concrematio in servo, quem vocat verberonem, ut veteres etiam triverberonem, & flagrionem. Superius stuprum non vindicatur in utroque, sed E tantum in tutore, & deportatione, non morte: Hoc vero stuprum vindicatur morte in utroque. Et præterea illud servi deferentes non audiuntur secundum jus commune, quo servi non sunt justi delatores, aut accusatores: hoc autem servi deferentes ex hac constitutione audiuntur, & pro præmio delationis, si reos peregerint, convicerint, condemnaverint, libertatem consequuntur: Utrumque tamen stuprum, & id, de quo hoc titulo agitur, & de quo superiore, est crimen publicum. Nam *l.30. sup. ad l.Jul.de adult.* adulterium tantum eximit numero publicorum judiciorum permittendo accusationem adulterii quinque tantum personis, nec loquitur de stupro. Ergo etiam hodie omne stuprum est A crimen publicum, & excepti adulterii; quod longe tamen est gravius: ratio est in *d. l.30.* ne temere deformentur aliena matrimonia. Itemque tam hoc, quam illud stuprum mitius punitur, si per matrimonium contractum sit, puta in hac specie servo manumisso, ac deinde optato in matrimonium, quod quidem coercetur, sed non pœna hujus legis, sed mitiore, quia contractum est sub honore, sub specie honesta matrimonii, *l.3. sup. de nupt.* & in Novella Leonis, & Anthemii *de mulieribus, quæ se servis propriis junxerunt*, & apud Paulum 2. *Sent. tit.de nupt.* Quod autem ait hæc constitutio (*filii etiam, quos ex hac conjunctione habuerunt, &c.*) hoc minus vulgo intelligitur, & omnino ejus partis interpretatio sumenda est ex *C.Theod.* in quo hæc constitutio extat plenior, alioquin secum ipsa pugnare videbitur: Nam B prima parte & mulierem, & servum ultimo supplicio afficit: secunda parte bona mulieris, & servi addicit legitimis heredibus mulieris. Hæc sunt contraria: Nam nunquam accidit, ut qui morte damnatur, non etiam publicetur, imo morte damnatum tacite sequitur publicatio, sive confiscatio omnium bonorum, sicut deportatione damnatum. Verum ex illo Codice patet, hanc partem tantum esse sumendam de ea, quæ (ut ita dicam) nupsit illicite servo proprio ante hanc constitutionem, quæ capite non punit, sed distracto eo contubernio interdicitur ei patria, & provincia, servus autem relegatur in insulam, & filii ex eo contubernio procreati, liberi quidem sunt, quia matris conditinnem sequuntur: qui ex servo, & libera nascitur, liber nascitur, ut Institutiones docent, *tit.de ingen.* Sed sunt infames, & in- C capaces hereditatis maternæ ex hac constitutione: quoniam non ad eos intestatæ matris pertinet hereditas, sed ad filios legitimos, si quos haberet, vel proximos cognatos simul cum bonis servi, tanquam mulieri quæsitis, & cum bonis etiam eorum filiorum, qui nati sunt ex eodem contubernio. Et ex eodem Codice etiam legendum est in fine hujus legis (*id autem, quod ille, qui quondam amatus est*) non *condemnatur est*. Nam in constitutione integra ter fit mentio amati, & intelligitur is, cujus domina amore exarsit. Verum post hanc constitutionem, si mulier libera junxerit se servo proprio, uterque ultimo supplicio afficitur, nec alium heredem habent, quam fiscum. Hoc enim consequens est capitali pœnæ.



D

AD TITULUM XII.

AD LEGEM JULIAM DE VI PUBLICA, SEU PRIVATA.

SUPERIORES tituli sunt de stupro contracto sine vi, quod vindicatur lege Julia de adulteriis, & stupro. Stuprum autem, quod vi contrahitur, non pertinet ad eam legem, sed ad legem Juliam de vi, *l. vim, in princ. ff.ad leg.Jul.de adult.* de qua lege Julia de vi dicere instituit, ut exposita ejus potestate, & pœnis, deinde in titulo sequenti dicat de stupro vi commisso. Alia autem est lex Julia de vi privata, cujus pœna est publicatio tertiæ partis bonorum, & relegatio, *l.2. & 6. hoc tit.* videlicet, si vis sine cæde fuerit illata: Nam si cæ- E des intervenerit, etiamsi eam cædem non fecerit, qui vim suscepit contra aliquem, ut puta, qui vi tentavit occupare possessionem alienam, tamen ultimo supplicio afficitur tanquam homicida, quia mortis causam præbuit, nec auditur appellans, si vim fecisse convictus fuerit, quæ est sententia admodum singularis *l.6. hoc tit.* Et notandum etiam ex hac lege Julia de vi privata etiam servos puniri, ut in *l.4. & l.servos, hoc tit.* si vim privatam fecerint, quod nullo modo pugnat cum *l.hos accusare, §.omnibus, ff.de accusat.* Quæ tamen negat, servos teneri de lege Julia de vi privata, hac ratione, quod in eos non cadat pœna ejus legis, quæ est publicatio tertiæ partis bonorum, & servi non habent bona. Sed dicimus, non teneri quidem servos proprie ipsa lege Julia de vi

privata

privata ob eam rationem, sed exemplo ejus legis, ex constitutionibus servos, qui vim privatam admiserunt puniri supplicio ultimo extra ordinem præfinitum lege Julia. Alia est lex Julia de vi publica; cujus pœna est deportatio, vel mors: deportatio plerunque: mors duobus, aut tribus casibus, si quis homo occisus sit, ut *l.6.hoc tit.* vel si servus vim publicam fecerit, ut *l.servos, hoc tit.* & accusetur criminaliter ex constitutionibus factis ad legem Juliam de vi publica, quo casu dominus eum tantum debet exhibere. Defendere potest, non autem pro eo conveniri, ut in *l.4. sup.de noxal.act. l. 2. sup.de accusat.* Et tertius casus est, si liber homo raptus sit: Nam & hoc casu pœna legis Juliæ de vi publica est mors, *l.5. §.ult. ff. ad leg. Jul.de vi publ.* Quæ autem sit vis publica, & quæ privata, non facile est definire: Nam harum appellationum significatio sæpius est mutata. Olim vis publica erat vis immoderata, & iniqua publicarum personarum, ut in specie *l.1. hoc tit.* recte dices, apparitorem magistratus (*quæ est persona publica*) qui ob debitum mariti ex causa judicati capit pignori res uxoris, vel qui ob munus civile delatum marito (quod qui detrectat, pignoribus captis coercetur, *l.si quis magistratus, ff.de muner. & honor. l.nominatori, sup.de pign.*) Qui igitur ob munus civile, quod detrectat maritus, pignori capit res uxoris, vim contrahere videtur, videlicet publicam, quod & Græci addunt ad *l.1.* sane vis publica ea est, quam infert publica persona contra jus, fasque pium, & privata, quam privatus infert. Et hanc fuisse veterem definitionem vis privatæ, & publicæ demonstrat Paul. 5. *Sentent. eod. tit.* & Isidorus 5. *Etymolog.* At longe aliam postea nobis juris auctores, minusque firmam, aut perpetuam definitionem tradiderunt vis privatæ, & vis publicæ, in Institutionibus nimirum, ubi vis privata definitur, quæ sit sine armis: Publica, quæ cum armis, quæ definitiones periculosæ sunt, quia non sunt semper veræ, sed plerunque tantum, quia vis armata plerunque est vis publica, propterea quod omni armorum motu offenditur, & perturbatur publica securitas: & vis privata fere nunquam est armata vis, sed inermis, nisi quis malit leviore judicio confligere, & vim publicam persequi, atque ulcisci, ut privatam mitiore judicio electa lege Julia de vi privata, missa lege Julia de vi publica. Non esse perpetuas has definitiones apparet, quod vis publica nonnunquam fit etiam sine armis, ut *l.mariti, §.ult. ff.ad leg.Jul. de adult.* si quis per vim stuprum intulerit, vim publicam commisit, etiamsi hoc fecerit sine armis, nec enim arma exigit. Itemque, ut *in l.3. hoc tit.* quam & Græci recte accipiunt de vi publica, si quis rapuerit, aut incluserit liberum hominem, etiam sine armis, vis est publica, quia scilicet libertatis tutela est publica, quæ læditur vi illata libero corpori. Eademque ratio est, si quis convocatis hominibus non armatis vim fecerit, quo liber homo verberaretur, vis est publica, *l.qui dolo, §.pen. ff.ad l.Jul. de vi publ.* Vis publica dici hoc casu potest, quia minuit libertatem civium, cujus publica est tutela. Idem etiam evenit in specie *l.ult. ff. eod.* si quis nova vectigalia exigat sine auctoritate publica, quia vectigalium ratio pertinet ad Rempublicam, & qui sine auctoritate publica ea exigit, vim Reipublicæ inferre videtur, cujus res est. Item in specie *l.5. eod.* si quis per vim aliquem sibi obligaverit. Quam obligationem lex Julia de vi publica ipso jure rescindit, nec addit, si arma adhibuerit: sed si per vim qualemcumque aliquem sibi obligavit, vim esse publicam, quia obligatio est juris vinculum, quod non vi, sed jure publico contrahitur, & nil est magis contrarium juri, quam vis. Et ita rectius statues, & tutius, vim publicam esse eam, quæ contraria est rei, jurique publico principaliter, vel per consequentias: qua ratione, & vim privatam quamcunque potes arguere ut publicam, quod per consequentias sit contraria juri publico: sicut etiam tibi licet vim publicam, si velis mitiore judicio agere, arguere tantum ut privatam, spectans tuum privatum damnum, non publicam utilitatem, ut in specie *l.qui dolo, §.pen. ff.ad leg.Jul.de vi publ.* juncta *l.2. ff.de vi privata.* Invenio etiam *in l.3. ff ad leg.Jul. de vi publ.* vim publicam esse, si quis ex incendio aliquid rapuerit præter materiam, inquit: Nam materia, quæ scilicet est parata ad ædificandum, vel fulciendum, ex incendio rapimus impune, quia auferimus materiam incendii, modo id fiat non lucri faciendi animo. Et ita ex incendio quilibet rapit impune materiam, sed si quid aliud rapiat, est vis publica, nec dicitur, si rapiat cum telo, cum armis, sed simpliciter si rapiat. Cur est vis publica? quia maxime interest Reipublicæ, ut in illa trepidatione incendii, quæ publica est, fides servetur inter cives. Et si quid quis ex incendio rapuerit, ut publicæ utilitatis causa id vindicetur, denique ut vindicetur, ita respub. ut ait *l.1. §.merito, ff.depos.* Concludamus igitur, vim publicam esse, quæ contraria est rei, jurive publico, privatam, quæ est contraria rei, jurive privato.

Ad L.VII. Si quis ad se fundum, *vel quodcunque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat: aut civiliter super possidendo agat, aut impleta solemnitate juris, crimen violentiæ imponat: non ignarus eam se sententiam subiturum, si crimen objectum non poterit comprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnis violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri quis, ad quem pervenerit possidentem: ut ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis jura reparentur: eademque protinus restituta, si criminalis quæstio agitetur, violentus pœnæ non immerito destinatus in totius litis terminum differatur: ut agitato negotio principali, si contra eum fuerit judicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis.*

CErtum est, eum, qui possessionem fundi, vel ædium, quam alius possidet, ad se pertinere putat, de ea recuperanda, aut civiliter experiri generali interdicto restitutorio momentariæ possessionis, vel interdicto unde vi, aut criminaliter agere ex l.Jul. de vi privata, vel publica, vel ex constitutionibus, subscribendo in crimen, ac proinde adeundo periculum calumniæ. Et hoc, vel illo modo illi agere licet, qui possessionem ad se pertinere putat, quam alius tenet, etiamsi creditor sit, qui eam possessionem per vim occupaverit sui crediti servandi causa, *l.5. h.tit. l.ult. ff. ad leg. Jul. de vi priv.* Loquor de creditore chirographario (*qui n'a nul gages*) Nam pigneratitius creditor, qui ex lege conventionis sine judicis auctoritate ingreditur per vim possessionem fundi sibi pignerati, vim facere non videtur, id est, non tenetur l. Julia, *l.3. sup.de pign.* Et ita Paul. 5.*Sent.* ait, creditorem chirographarium, si sine jussu judicis per vim debitoris res occupaverit, in legem Juliam de vi privata committere: Pigneratitium autem creditorem, etiam sine judicis auctoritate pignora persequi, & vindicare posse. Nec huic sententiæ obstat *l.3. inf.de vi bon. rapt.* quæ ait, crimen creditorem committere, id est, vim, qui res sibi obligatas occupat, quique eas rapit sine judice, quoniam respondeo, eam legem non loqui de pignoribus, sed de rebus obligatis, id est, de hypothecis. Pignora traditione constituuntur, & semel tradita, si forte creditor amittat, & sine judicis auctoritate vi auferat debitori, ad quem pervenere, vim non facit, quia hoc facit ex lege conventionis, quæ talis est, ut ea pignora teneat, Hypothecæ autem constituuntur nuda obligatione, nuda pactione sine traditione. Has si creditor debitori per vim auferat, vim facit, quia non id convenit inter eum & creditorem, ut eas haberet, & teneret, sed ut ei tantum jure hypothecæ nexæ, & obligatæ essent, quas nec posset persequi, nec vindicare, nisi per judicem actione hypothecaria. Et hæc obiter de creditore dicta sint. Redeamus modo ad id, quod initio proposuimus, eum, qui possessionem, quam alius tenet, ad se pertinere putat, de ea agere, vel civiliter, vel criminaliter posse, & debere. Quæro quid fiat, si neque de ea agat civiliter, neque criminaliter, sed sibi ipse jus dicat vi expellendo possessorem, & ut aperte ostendit *hæc l. 7.* Primo ante

omnia, inquit; expulso est restituenda possessio sine mora, momenti beneficio. Spoliatus ante omnia, ut dicitur, est restituendus, deio quærendum est, uter sit dominus ejus rei, & si probetur non fuisse dominus, qui vim intulit possidenti, tum criminaliter cum eo agi potest, ut ex hac constitutione subjiciatur pœnæ legis Juliæ de vi publica, id est, deportationi. Unde apparet de vi criminaliter non agi, antequam actum sit civiliter de possessione, & proprietate, quod congruit cum decreto Severi, *l.1.sup. de appellat.* quæ aperte ait, prius esse quærendum de possessione, quam de crimine. Congruit etiam idem cum alia constitutione Constantini, ut integra relata est apud Julium Frontinum *de limitibus agrorum*, & partes ejus legis sunt *l. 3. sup. fin. regund. & l. 5. sup. unde vi*. Ergo ex illo decreto Severi, & ex duabus constitutionibus Constantini, id est, *h. l. 7.* & illa, quæ est apud Frontinum, prius agitur civiliter de possessione, & proprietate rei, quam de crimine vis, aut vi ereptæ possessionis. Sed tamen hoc pugnat cum decreto quodam, seu rescripto Adriani, sive D. Pii, quod refertur, non etiam (ut opinio mea fert) probatur in *l. qui cœtu, §. si de vi, ff. ad leg. Jul. de vi publ. & l. si de vi, ff. de jud.* ubi aperte ait, prius esse quærendum de vi. Quod quid aliud est, quam prius agi de crimine, quam de possessione, vel proprietate? Nam vulgo stulte interpretantur de vi civiliter; quasi alia sit quæstio de vi civilis, alia de possessione, quæ una, eademque est. Ergo, ut & plenius docet quinta Observat. *cap. 15.* illis locis proponitur ex decreto Adriani, qui & Pius dictus est, esse prius de crimine quærendum, quam de possessione, vel proprietate. Et hoc etiam congruit cum regula veteris juris, ut prius de re majori quæratur, prius de criminali, quam de civili quæstione, *l. adulterii, sup. ad leg. Jul. de adult. l. ult. sup. de ord. judic.* Sed illa lex ult. (quod notandum) ait, ita sæpe fieri, ut criminalis causa præfetatur civili. Regulæ juris constituuntur ex iis, quæ sæpe fiunt: Nec enim ullæ sunt regulæ perpetuæ, quæ nunquam nos fallant. Ergo caute ait lex illa ultima, ita sæpe fieri, non semper: Nam in causa vi ereptæ possessionis, quamvis ex illo decreto Adriani ita fiat, hodie tamen non ita fit ex posterioribus constitutionibus, puta ex decreto Severi, & Constantini legibus, ex hac *l.7.* quæ aperte vult, differri criminis causam, antequam actum sit de possessione, & dominio. Et harum constitutionum posteriorum recte Græci hoc loco notant, hanc esse rationem, quod forte is, qui prius egit civiliter de possessione interdicto unde vi, satis habebit possessionem sibi restitui, nec ea restituta sibi volet inscribere in crimen de vi, & subire aleam judicii, periculumque talionis: & sic fieri potest, ut causa civili perducta ad finem, restituta possessione, omittatur causa criminalis. At contra, si prius ageretur criminaliter, finis hujus judicii criminalis non adferret finem civili, quia qui vim passus est, nondum rem suam recepit, etiamsi reum peregerit criminaliter. Fit autem hujus legis 7. simul ac 6. hujus tituli, vel *l.1.2. & 3. Theod. eod. tit.* mentio in *l. 14. C. Theod. quorum appellat. non recip.* quæ plane declarat, has leges sic esse interpretandas, ut nos sumus interpretati, maxime, dum nominatim ait, hanc legem Constantini velle vigorem vindictæ differri post totius negotii exitum, id est, criminale judicium postponi civili, totum negotium est de possessione, & proprietate, & principale negotium de proprietate, sic vocatur in hac lege 7. ut principalis quæstio, id est, de proprietate, *l. nulla, sup. de jud.* Totum ergo negotium civile prius finiri debet, quam veniatur ad judicium criminale de vi, ut inquit, si procacem vesaniam, id est, audaciam ejus, qui vim intulit, principalis negotii discussio publicasset, convictum affligat, aut medietatis amissio, aut sors deportationis. Et quod ait (medietatis amissio) respicit ad id, quod in Codice Theodos. additur in extremo hujus *l. 7.* videlicet *l. 3. C. Theod. eod. tit.* Quid vero additur? ut si in judicio proprietatis, in judicio principali probetur fuisse dominus is, qui vim intulit possidenti, deinde in judicio criminali, quod sequi debet, mitius puniatur, id est, ut non plectatur deportatione, sicut cum probatur, eum non esse dominum, sed ut plectatur tantum publicatione dimidiæ partis rei suæ, quam per vim abstulit, altera autem dimidia pars, ut in suo dominio permaneat. Sed cur noluit addere Tribonianus ad hanc legem, quod est amplius in *C. Theod.* unde hanc legem sumpsit? Optima ratione, quia post Constantinum aliis Imperat. placuit, hoc etiam casu, cum dominus rem suam vi abstulit possidenti, publicari totam eam rem, non dimidiam partem, sed assem, *l. si quis in tantam, sup. unde vi.* Illo loco, *dominium ejus rei amittat*. Non dicit, cui cedat dominium, aut in quem ab illo transeat, sed proculdubio intelligere debes, cedere, & transferri in fiscum dominium totius rei, ut sicut olim dimidia pars publicabatur, & ita hodie totum publicetur. Et ita hæc sunt explicanda.



AD TITULUM XIII.

DE RAPTU VIRGINUM, VEL VIDUARUM; VEL SANCTIMONIALIUM.

STUPRUM, vel adulterium vi commissum vindicatur lege Julia de vi publica, *l. mariti, §. ult. l. vim, ff. ad leg. Jul. de adult.* Item vindicatur constitutionibus, & severius multo. Leges Juliæ mitiores sunt constitutionibus. Nam & qua alia vi allata, *lex servos tit. prox.* ostendit majorem esse pœnam constitutionum, quam legis Juliæ, cum dominos, qui per servos suos vim fecerunt, si sint honestiores, subjiciat pœnæ legis Juliæ, si viles, & infames, pœnæ constitutionum, tanquam majori, ut in *l. capitalium, §. ult. ff. de pœn. Majores in omni supplicio semper severius punivisse infames, quam integræ famæ homines*. Est autem proprie hic titulus de stupro commisso in virginem, aut viduam, aut sanctimonialem, quæ & devota virgo dicitur iis, qui purius loquuti sunt, Ausonio, & Ambrosio, & ut dicatur etiam Nonna vetustissimum est, & legitur non tantum apud Hieronymum *de custodia virginitatis*, *castæ vocantur, & Nonnæ*, sed quod mirum est, etiam apud Dionem, vel Xiphilinum in Domitiano: Νόννας ἢ γυναῖκας συνέβαλλε. Vbi (*Nonnas*) accipit pro virginibus. Constitutio etiam hujus tituli est de stupro commisso in Diaconissam, quæ servit ecclesiæ, quod patet ex *l. raptores, sup. de episcop. & cleric.* Venit etiam in hunc titulum adulterium vi commissum, quo casu jus est marito occidendi quemlibet deprehensum in ipso facinore sine ulla exceptione, cum tamen ex lege Julia, si sit adulterium sine vi, quemlibet deprehensum in ipso actu, in ipsa turpitudine marito non liceret occidere. Sed hoc casu dicendum est, quoniam duplex est crimen, adulterium, & vis, deprehensum à marito quemlibet impune necari sine distinctione, sicut etiam raptorem virginis, aut viduæ deprehensum vult hæc constitutio impune necari à parentibus, vel fratribus, vel tutoribus, curatoribus, patronis, dominis. Item sive adulterium, sive stuprum sit vi commissum, est publicum crimen. Et *l. 30. sup. ad leg. Jul. de adult.* quæ adulterium non vult esse publicum crimen, est accipienda de simplici adulterio, non de eo, quod vi junctum est. Hoc enim est publicum, & ejus pœna est ultimum supplicium, & ademptio omnium bonorum, ut cedant raptis mulieribus, si ingenuæ fuerint, vel ut cedant monasterio, si devotæ virgines fuerint, vel ut cedant ecclesiæ, si diaconissæ fuerint, quales habuit multas prima Ecclesia, & vero in iis definivit Apostolus ætatem sexaginta annorum. Sed quia juniores diaconissæ quandoque admittebantur, ut Hermias ostendit in historia Ecclesiastica, dum reddit causam ferendæ *leg. nulla, sup. de episc. & cleric.* quæ reducto præcepto Apostoli, jubet non admitti in ecclesia, nisi sexagenariam Diaconissam. Admittebantur igitur errore quodam etiam juniores, quibus poterat vis inferri. Bona ergo auferuntur raptori ingenuarum, vel Deo dicatarum virginum,

num, aut viduarum: at raptori ancillarum, vel libertinarum irrogatur quidem ex hac constitutione ultimum supplicium, sed bona ei non auferuntur, quod est maxime dissentaneum ultimo supplicio. Ac similiter conscius, & ministris hujus criminis ultimum supplicium irrogatur, bona non auferuntur ex hac constitutione. Et ita Tribonianus voluisse videtur interpolata constitutione de mulieribus, quæ se servis propriis junxerunt, ut heri ostendi, ut stuprum commissum cum servo proprio puniretur quidem morte utriusque, sed bona legitimæ successioni reserventur, atque ita, ut capitale supplicium non sequatur publicatio bonorum, quod etiam vult hæc constitutio raptis ancillis, aut libertinis omnimodo, & raptis ingenuis, vel Deo dicatis, ut etiam capitale supplicium publicatio bonorum non sequatur, sed cadant bona in dominium raptæ, vel ecclesiæ, vel monasterii. Item ex hac causa rei postulati non audiuntur opponentes præscriptionem fori: quilibet judex de raptu est competens judex, ut statuere possit. Item non audiuntur appellantes, quod ait Justinianus in hac constitutione se retinere ex lege Constantini, & intelligit *l. 1. C. Theod. eod. tit.* cujus pars est in *l. pen. sup. quib. ex caus. servi pro præmio libert.* Postremo interdicitur hac constitutione stricte nuptiis raptoris, *ut Novel. 143. & 150.* & mirum in modum damnatur matrimonium raptus scelere contractum, dum ait, nullo modo, nulloque tempore licere consentire, vel principi, vel parentibus, ei, qui hostili more matrimonium studet sibi conjungere, & oportere: ut quicunque vult ducere uxorem, eam petat à parentibus, vel aliis, quos decet. Unde sumitur hodie, quod est in usu, ut qui clam parentibus, aut cognatis duxit puellam, pro raptore habeatur, etiamsi volentem duxerit: quia nec velle videtur puella, quæ (ut est in *d. l. 1. C. Theod. eod.*) etiam propter vitium levitatis, & sexus mobilitatem, & consilii, prohibetur à postulationibus, & testimoniis, omnibusque rebus judiciariis. Atque etiam illæ inlid æ, seu blanditiæ, & illecebræ, ut heri dicebam, *pictæ tectoria linguæ*, hamati sermones pro vi habentur, & quæ circumventa, seducta, sollicitata est, noluisse videtur, *l. 3. §. si quis volentem, ff. de lib. hom. exhib.* Merito igitur, qui seductam duxit, clam iis, à quibus ut decebat petenda erat, pro raptore habetur, & tenetur pœna hujus constitutionis.



AD TITULUM XIV.

DE EMENDATIONE SERVORUM.

VIM, & raptum sæpe comitantur homicidia, ut etiam *l. 6. tit. 12.* notavir, & constitutio tituli superioris. Ideoque post legem Juliam, & constitutiones de vi, & raptu, consequenter dicturus de homicidiis, quæ lege Cornelia vindicantur, & constitutionibus factis ad eam legem, prius vult dato hoc tit. ab ejus legis tractatione semovere homicidia servorum, commissa à dominis, quæ lege Cornelia non vindicantur, imo per eam dominis in servos jus est vitæ, necisque. At ex constitutione hujus tituli, dominus reus est homicidii, qui servum occidit dolo malo, & animo occidendi, non etiam si servus forte à domino fustibus, aut flagellis castigatus, aut vinctus mox, aut paulo post interierit: hic enim casus domino non imputatur, nec, ut ait constitutio, in eo distinctio dierum observatur, quibus scilicet servus supervixerit post emendationem, aut vincula, quod recte Azo animadvertit respicere ad legem Dei pro tempore datam Judæis *Exod. 21.* quæ facit dierum distinctionem. His autem verbis constitutionis, (*ictu fustis* (neque flagellorum castigatio, nec fustium admonitio significatur (ex qua etiam præsumit, dominum habuisse animum emendandi potius, quam occidendi, docet constitutio initio, dum ait, *loris*, *aut virgis*, id est, *flagellis*, *aut fustibus*) sed significatur pondus clavæ, vel alterius ligni crassioris. Et ita his verbis (*ictu lapidis*)

A pondus saxi: Nec enim quilibet jactus lapidis est idoneum argumentum animi comparati ad cædem.



AD TITULUM XV.

DE EMENDATIONE PROPINQUORUM.

UT tituli superioris constitutio dominis in servorum emendatione, permittit moderatam tantum castigationem, non immoderatam, non extremam pœnam: ita hæc constitutio permittit tantum senioribus propinquis moderatam castigationem in juniores, si mediocre sit delictum, quod admiserint, quod possit intra privatos parietes de communi
B sententia propinquorum etiam mediocriter coerceri: Nam si res graviorem animadversionem desideret, offerendi sunt judicibus, ut *l. 4. sup. de patr. potest.* Ut servi quoque à dominis, si gravius sit delictum, *l. circumcidere, ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Quo exemplo, id est, collata castigatione, data dominis in servos, eum ea, quæ datur senioribus propinquis in juniores, dicam etiam hodie more majorum non licere propinquis mulierem adulteram, cui publicus accusator deest, coercere, quem morem retulit Suetonius *in Tiberio*. Et hoc dicam hodie ita esse post rescriptum Divi Marci, quo etiam domino non licet statuere in servum suum non deprehensum, quem dicit cum uxore sua adulterium commisisse, *l. servos, ff. de accusat.* Idemque etiam hoc argumento probatur: Propinquis senioribus hæc constitutio hoc tantum
C dat, ut stultos juvenes, quos, ut ait, ad vitæ decora domesticæ laudis exempla non provocant, patrio jure corrigant. Atqui pater in filium forte infamem in novercam adulterii, nil statuere potest, sed eum debet offerre judicibus puniendum, *l. 2. ff. ad leg. Cornel. de sic.* quam ita esse accipiendam, inscriptio arguit, quæ est de adulteriis, non potest etiam statuere in filiam adulteram, nisi simul cum adultero deprehensam in flagranti crimine ex lege Julia, ut loquitur constitutio tituli 13. & Demosthenes κατ' αὐτὰ τὰ ἀδικήματα. Ergo ex hac causa etiam propinquis senioribus in minores natu nil statuere licet.



D
AD TITULUM XVI.

AD LEGEM CORN. DE SICARIIS.

HÆC lex homicidia capitali pœna coercet, & ait generaliter, qui hominem occiderit, & ideo cujuslibet conditionis hominem comprehendit. Non dicit, ut lex Numæ, *qui hominem liberum dolo malo sciens morti duit*, sed qui hominem occiderit: proinde cujuscunque conditionis hominem, comprehendit etiam servum, & peregrinum, qui fuerit occisus, *l. 1. §. & qui hominem, ff. eod. tit. Unde Neratius, §. si dolo, ff. ad leg. Aquil.* Imo, & cujuscunque ætatis infantem, seu imperfectum hominem, *l. pen. h. tit.* & generaliter quoque quemcunque hominem, qui occiderit, modo fuerit pubes, aut impubes doli capax, *l. 6. h. tit. l. 7. in fin. de pœn.* ut alio cap. ejusdem legis, *qui venenum malum fecerit*, M. Tullius pro Cluentio ait, *Omnes*
E *viros, mulieres, liberos, servos in judicium vocari*. Et non cum tantum lex Cornelia coercet, qui occiderit, sed etiam eum, qui in publico cum telo ambulaverit occidendi hominis causa, *l. 7. h. tit.* Lege Julia de vi publica tenetur (quod notandum) qui cum telo in publico ambulavit sine distinctione, quoquo animo id fecerit, *l. 3. §. 1. ad leg. Jul. de vi publ.* Juxta legem veterem, μὴ ξιφοφορεῖν. Lege autem Cornelia tenetur, qui cum telo in publico ambulavit, cum hac adjectione, hominis occidendi causa. Hæ duæ leges, vere sunt fundamenta omnium rerum publicarum. His legibus stat omnis Respublica, omne corpus, omne collegium: his stetit hæc schola diu. In lege Cornel. additur adhuc, qui hominem occiderit dolo

dolo malo : Nam si dolus, & animus absit occidendi, fortuito casu, vel improviso, non dolo malo, homicidium factum intelligitur, *l.* 1. *&* 5. *h.tit.* Dolum autem abesse, qui dicit, id est, qui se non animo occidendi occidisse dicit, probare utique debet, se non occidisse animo occidendi, ut ait *l.* 1. *h.tit.* Sicut qui dicit, se non injuriæ faciendæ causa aliquid fecisse, id etiam debet probare, *l.* 5. *inf.de injur.* Fecisse eum constat, occidisse constat: ejus est, quem constat occidisse, purgare suam innocentiam, & probare dolum malum abesse, id est, non occidisse animo occidendi. Dices, ergo negantis est probatio : ergo negatio probari potest, quod omnes notant in *leg.* 1. Pessima est collectio, quia hæc negatio non est simplex negatio, sed tacita assueratio, se fecisse casu, ut ait *l.* 5. *h.t.* Simplex negatio, veluti, non occidi, probari nullo modo potest, hoc non fert rerum natura, ut probetur negatio simplex, *l.Actor, sup.de probat.* At negatio, quæ in se continet affirmationem, puta non occidi animo occidendi, quod est vi ipsa, occidi casu, non animo, probari potest, puta, ex genere ictus, ut in specie *l.* 5. si ictus calcis forte præbuerit mortis occasionem : ex genere etiam ferri, quo percussit, ut in *l.* 1. *§.pen. D. eod. tit.* si clavi tantum percussit, vel, ut ait, si cocuma percussit, quod latinum nomen retinemus in nostro idiotismo (*un coquemar*) quod vel etiam probari potest ex aliis circumstantiis: vel si probet se mortuo semper summo necessitudinis, & amicitiæ vinculo fuisse junctum, nec ullam fuisse causam inimicitiarum. Non coercetur etiam lege Cornelia homicidium, quod quis fecit, ne ipse occideretur, ut *l.* 2. 3. *&* 4. *h.tit.* Quo tamen casu etiam occisori, & hoc jure utimur, opus est venia principis, quæ habeat adnotationem ipsius principis, id est, subscriptionem ipsius principis, ut cavetur in *Novel. Valentiniani de homicidio casu facto* : Venia igitur indiget, alioqui punitur, & qui casu, non voluntate necavit, & qui necavit vitæ suæ tuendæ causa. Et quod in illa Novella cavetur, ut homicidii pœna non remittatur ei, qui casu hominem necavit, vel sui defendendi causa sine venia principis, sine adnotatione, sine indulgentia : dico, sine adnotatione, quia non sufficit simplex indulgentia, quæ non habet adnotationem principis, sed indulgentias oportet principem manu sua subscribere, alioquin est inefficax indulgentia. Hoc idem quod cavetur ea Novella, aperte demonstratur *l.* 5. *h. tit.* etiam olim obtinuisse, dum ait, *eum, qui calcis ictu mortis occasionem præbuit, si hoc ita esse liquido probaveris, absolvi debere secundum id, quod adnotatione nostra comprehensum est.* Ubi miror Accursium non intelligere, quid sit adnotatio. Adnotatio est indulgentia admissi criminis subscripta manu principis. Et observandum ex inscriptione hujus legis, quæ in fragmentis Cod. Gregoriani talis est, & taliter etiam restituenda, *Habe*, id est, *Salve* : Nam & dicebant tenuiter, & aspirate : & est frequentissimum in C. Theod. *Habe Agatho carissime nobis*, qua salutatione princeps non utitur, nisi cum scribit ad præsides provinciarum. Et ideo ex inscriptione apparet, hanc legem fuisse scriptam ad Agathonem præsidem provinciæ, quoniam hanc salutationem præmittit. *Habe Ag.car. nob.* quo de genere inscriptionis est legenda Observatio 1. c.15. Nam & sic in *l. dominus, sup. de appell. Habe Eraclida carissime nobis*, & in *l.si quis, sup. de accusat. Habe Crispine carissime nobis*, & apud Eusebium in Historia sacra, *Χαῖρε Ἀνυλῖνε τιμιώτατε ἡμῖν*. Porro imperatores in hac *l.* 5. Agathoni præsidi provinciæ præcipiunt, si ei probaverit, qui hominem occiderit, se ictu calcis mortis occasionem præbuisse, id est, casu, non voluntate, ut eum absolvat; secundum quod, inquit, adnotatione nostra comprehensum est, id est, indulgentia, quam ei concessimus, sine qua, ut & Novella illa Valentiniani definit, homicidium casu factum non relinquitur impunitum. Homicidium autem factum dolo malo, ex ead. Nov. nec adnotatione principis remitti potest. Plures vero in hoc libro sunt ad eundem Agathonem leges eorundem Imperatorum, quarum inscriptiones eodem modo sunt restituendæ, quantum vestigia exstant manuscriptorum. Ex his est *l.* 15. *inf.de pœn. l.* 22. *sup. de probat. l.* 31. *sup. de evict. l.* 3. *sup. si ignor. rem minor.* Verum ad hæc posset quis dicere; *lex* 5. ait, ictum calcis mortis præbuisse occasionem, at is, qui mortis causam præbet, perinde ac homicida punitur, *l. nil interest, ff. eod. l.* 6. *sup. ad leg. Jul. de vi public.* Ergo & hic puniendus videtur, non absolvendus. Dico, differentiam esse inter occasionem, & causam, ut Philosophi docent. Occasio est accessio causæ. Et, ut hæc commonstrem exemplis ex jure nostro petitis, causa adquirendi legati est voluntas testatoris, quæ pro lege habetur *l.* 12. *tab.* occasio, mors ejus, *l.* 31. *D. de mort. caus. don.* Causa dominii adquirendi per usucapionem est *lex* 12. tabularum, ut ait Cicero *pro Cæcinna*, occasio, contractus, seu conventio bona fide facta, ex qua res aliena mihi tradita est, *l.* 33. *eod.* sic in homicidio voluntario causa est fraus occisoris, & malitia mala, occasio, ictus gladii. In non voluntario, causa est fatum, occasio est ictus calcis, vel clavis, vel percussio levis, vel quis alius casus.

AD TITULUM XVII.

DE HIS, QUI PARENTES, VEL LIBEROS OCCIDERUNT.

IN quibusdam libris additur, ad legem pompejam, *ut in Digestis*, nec male : Nam etsi alia fuerit lex Cornelia de parricidiis, *l.* 2. *§.capta, ff. de orig. jur. l.ult.C. Th.ad leg. Cornel.de falsis*, tamen lex pompeja magis fuit recepta tanquam novissima, quæ pro parricidio etiam habet cædem cognatorum ex transverso, & affinium, & patronorum, & conjugis uxoris, seu mariti. Proprie enim parricidium tantum committitur inter parentes, & liberos, inter ascendentes, & descendentes, de quo solo etiam agit constitutio hujus tituli, quæ id quoque vult, puniri more majorum, primitus virgis sanguineis cæso parricida, ut ait *l.pen.ff.eod.tit.* quales esse virgas lictorum apud Plinium legi, ex fruticibus scilicet sanguineis, qui arboribus infelicibus adnumerantur à Macrobio 3. *cap. ult.* ut quemadmodum alii criminosi more majorum arbori infelici suspenduntur, ita parricidæ cædantur fustibus ex arbore infelici decerptis : deinde (ut hæc constitutio declarat) insuantur culeo. *Juvenal.* Corio bovis. Cedrinus, *δέρμασι βοείοις νεοδάρτοις, qui sont frescbement escorchè*, cum impiis animalibus impii homines, ut legimus in sententiis Adriani Imperatoris, quæ habentur inter glossas veteres, & referuntur etiam (quod nusquam alibi memini me legere) parricidam insutum culeo cum illis impiis animalibus plaustro juncto nigris bobus, more majorum deportari in mare, & abjici in profundum : Nova hæc pœna esse dicitur in Instit. quæ tamen est vetustissima, quia scilicet non erat in usu ante hanc constitutionem, non erat solemnis pœna : hodie igitur est nova. At valde est notandum, quod Sveton. scribit in *Augusto cap.* 33. hoc acerbissimo supplicio more majorum nec convictum, & manifesti parricidii reum puniri, nisi ultro confiteretur, nec confessionem extorqueri tormentis. Ideoque ut det argumentum lenitatis Augusti, refert eum manifesti parricidii reum, quod eum culeo insuere non liceret, nisi confiteretur, interrogasse hoc modo, quasi suggerens, ne confiteretur : *Quid*, inquit, *patrem tuum non occidisti?* hoc est valde singulare, ut hæc pœna gravissima non exerceatur in convictum, sed in confessum tantum sua sponte.

AD TITULUM XVIII.

DE MALEFICIS, ET MATHEMATICIS, ET CÆTERIS SIMILIBUS.

LEX Cornelia fuit conjunctim de sicariis, & veneficis. Unde solet quæri, quia scriptum est in *l.* 2. *§. capta, D. de Orig. jur.* Cornelium Syllam quæstiones publicas, constituisse, id est, accusationes

fationes publicas, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, & prætores quatuor adjecisse, qui scilicet de iis criminibus quærerent ex suis legibus, omissa quæstione quarta, quoniam tantum tres quæstiones recensentur de falso parricidio, & de sicariis: quænam sit illa quarta quæstio, quæ est omissa? & proculdubio non est de veneficiis, quæ sub nomine de sicariis satis intelligitur, cum in lege Cornelia jungantur sicarii, & venefici, quia non in solo ferro est homicidium, sed in veneno, vel etiam in vi carminis, ut Lucanus ait:

Mens hausti nulla sanie polluta veneni
Incantata perit. ---

Et verius est, omissam quæstionem illo loco esse de injuriis, quoniam lege Cornelia etiam de injuriis publicum judicium fuit constitutum, *l. hos accusare*, *§. ult. ff. de accus.* sed forte est omissa publica quæstio de injuriis, quia abierat in desuetudinem. Et jam, ut ait *l.7. inf. de injur.* injuriarum quæstio non publici, sed privati erat judicii. De sicariis antem satis dictum est supra. Hic titul. est de veneficis. Nam maleficorum appellatione etiam venefici, aut venenarii continentur, qui veneficiis, votis, diris devotionibus defigunt alios, qui fingunt cereas imagines hominis necandi causa, aut cruciandi, quod glossa notavit in *l.6.* hujus tituli. Et ita Ovid. in Epistola Hypsipiles:

Devovet absentes, simulacraque cerea fingit.

Et Horatius, *Atque movere cereas imagines, ut ipse nosti curiosus*: ubi curiosus, pro malefico, seu mago accipitur. Denique hic titulus est de venefic. unde statim in *l. 1. hujus tit.* admonemur, plus esse veneno neci dare, quam gladio occidere. Nec igitur esse mirum, si venenarius eadem, qua sicarius, aut majore pœna plectatur. Maleficorum nomen latissime patet. Nam complectitur etiam Mathematicos: non qui Geometriam, Arithmeticam, Musicam, Astronomiam exercent, quæ artes sunt liberalissimæ, sed Chaldæi, ut vocabantur, & Genethliaci impostores quidam Mathematicorum nomine adumbrantes suas ineptias, qui profitentur se fata cujusque nosse, & Natalitias syderum observationes; qui omnes, & his similes, arioli, vaticinatores, Magi, plerisque Senatusconsultis subjiciuntur pœnis legis Corneliæ *de sicariis, & venef. Lex Senatuscons. D. ad leg. Corn. de sicar.* Et apud Ulpianum in Fragment. librorum de officio Proconf.& apud Cornel. Tacitum multis in locis fit eorum Senatusconsultorum mentio, & coercentur tam discipuli, quam magistri, *l. pen. hujus tit.* Tertullianus *lib. de idololat.* De his impostoribus scribens, *eadem pœna est*, inquit, *discipulis, & magistris, & libri eorum comburuntur, l.cætera, §.1. famil.ercisc.* Ubi vocantur hi libri improbatæ lectionis, juxta elegans illud præceptum Phocylidis: *φάρμακα μὴ τεύχειν, μαγικῶν βιβλίων ἀπέχεσθαι*. Quod autem permittitur in *l.4. hoc tit.* ut iis malis artibus uti liceret salutis ferendæ causa, frugum à calamitate servandarum causa, quod plerique faciunt, quos Seneca vocat *χαλαζοφύλακας, quasi observatores grandinum*, hoc recepit Paganismus, ut liceat improbatis artibus salutis ferendæ causa uti, & merito etiam hujus legis pars est abrogata *Novella Leonis Philosophi 65.*

AD TITULUM XIX.

DE SEPULCHRO VIOLATO.

SUPERIORIBUS proximi sunt sepulchrorum violatores, quia & magicis artibus dediti plerunque acciendis manibus consueverunt adire sepulchra, ossa legere, quod semel mihi videre contigit, mulierem scilicet legentem ossa, attrectantem reliquias, ac deinde præhensam, & à judice interrogatam cujus rei causa sepulchra violaret, & defunctos inquietaret: respondisse, se maleficii causa hoc fecisse: ut plane dicam, recte maleficis esse proximos, aut maleficos resipere eos, qui sepulchra violant, qui lædunt religionem, qui sunt rei læsarum religionum, *l.1.* ut Tacitus, *communi crimine læsarum religionum*, hoc est, violatorum sepulchrorum, in quos pœnæ statuuntur hoc titulo, & sunt constitutæ gravissimæ in clericos, *Novell. Theod. de sepulchr.* quia clerici potissimum (ut ait *Novella*) erant infames hujus criminis, & ideo gravius puniuntur. Ratio additur in ea Novella, quod vehementius sit puniendus, quem peccasse mireris. Notabo tantum, quæ sunt præcipua in constitutionibus hujus tituli. Noto primum ex *l. 1.* relegationis fuisse pœnam convenientem servis, quoniam in ea servus, qui insciente domino sepulchrum violavit, in metallum datur: qui sciente domino, aut jubente tantum relegatur. Ergo cadit in servum relegatio, quod etiam ostendit *lex 2. ff. qui, & à quibus manum.* Et *l.1. C. Theod. de mulierib. quæ se propriis servis junx.* Unde apparet, quemadmodum sit sine cunctatione ulla accipiendum, quod ait *l. hos accusare*, *§.omnibus, ff. de accusat.* pœnam capitis, aut pecuniariam non cadere in servum, sicut relegationem. Quid hoc est, sicut relegationem? Utrum sicut relegatio etiam non cadit, an sicut relegatio cadit? Et hoc est verius: Nam & ita loqui solent nostri auctores, *l. & non tantum, §.ult. ff. de pet. her. l.3. ff. pro solu.* Noto præterea in *l.3. hujus tit.* ut apparet non tantum ex *C. Theod.* sed ex libris manuscriptis, deesse verbum unum, scilicet, *nota*, quo loco ait (*judicem, qui non vindicat hoc crimen, non minus quam viginti librarum auri pœna*) quoniam legendum, *non minus nota*, id est, infamia, quam viginti librarum auri pœna puniri, perinde ac violatorem ipsum sepulchrorum, qui eadem pœna pecuniaria punitur. Unde apparet etiam in *l.3.* pœnam sepulchri violati, verti in pecuniariam pœnam, inferendam fisco scilicet, aut largitionibus, ut ait *l.3.* puta privatis. Nam comiti largitionum privatarum, Cassiodorus in formula ejus Comitivæ scribit fuisse commissam quietem defunctorum. Ea vero pœna pecuniaria, ut dixi, est 20. librarum auri: Nam & in *l.4.* hujus tituli, Basilica habent viginti pondo, non decem pondo, alioquin confligeret *l.4.* cum tertia. Itemque eadem *l.4.* de sepulchro violato judicium publicum facit, dum ait, sive quis propria sepulchra defenderit, sive quis alius accusaverit, hoc est, sive is, ad quem res pertinet, sive extraneus accusaverit, & sequitur, *vel officium nuntiaverit*. Nam & sic habent Basilica, & Codex Theodos. non *officio*, ut in *l.1. tit.11.* sit omnibus facultas arguendi, sit officio copia nuntiandi. Recte ibi, *officio*. Sed in hac *l.1.* ut sit idem sensus legendum est, *sive quicunque alius accusaverit, vel officium nuntiaverit*. Nam quæ in aliis est accusatio cum inscriptione: in officiis, id est, officialibus est nuntiatio sine inscriptione, *l.ea, quæ, sup. de accus.* & crimen publicum dicitur id, cujus accusatio solemnis patet omnibus, & nuntiatio officio sine solemnibus accusationis. Et præterea, *l.4.* ait, se hanc pœnam accedere velle publici judicii, & publicæ vindictæ de sepulchro violato, antiquo supplicio, priscæ severitati, ut scilicet demonstret, se non tollere actionem popularem de sepulchro violato, quæ prisco jure competit cuilibet, cessante eo, ad quem res pertinet ex edicto prætoris, quod proponitur in *ff. eod. De lege ult. hujus tit.* satis diximus in *Novella 60.*

AD TITULUM XX.

AD LEGEM FABIAM DE PLAGIARIIS.

ALIA fuit lex Cornelia de plagiariis, quod aperte indicat hic locus Apuleii *libro 8. Crimen*, inquit, *legis Corneliæ incurram, si civem Romanum pro servo vendidero*: Nam venditio civis Romani plagium est, *l.12. sup. de ingen. manum. leg. 2. ubi de crimine agi oport.* sed in legis Corneliæ locum successit lex Fabia, sicut in ejusdem legis de parricidio successit lex Pompeja. Et ut lex Pompeja magis placuit, ita lex Fabia, qua plagiarii, qui & laverna, & fraganæ dicun-

dicuntur in veteribus glossis, publico judicio lenius coercentur, nimirum pecuniaria pœna fisco inserenda, ut ait *l. 6.* Sed hodie ex constitutionibus adficiuntur longe graviori, *l.ult. ff. eod. tit. l.ult. hujus tit.* Quæ lex, & dominum Alciatum, & omnes plurimum torsit, quoniam in statuenda pœna plagii secum pugnare videbatur, cum in ea legebatur in prima parte (*teneantur*) Sed rem expedivit Codex Theod. in quo legitur (*tenebantur*) quo verbo significatur id, quod est proditum in *l.ult. ff. eod.* quod plagiarii damnabantur in metallum. Sed secunda pars hujus legis ultimæ, infligit pœnam graviorem metallo. Alciatus perfide multa scripsit, id est, multos auctores adducit falso, & scripsit in Codice Theod. legi in hac *l.ult. ante cognitionem teneantur*, imo, ante cognitis suppliciis tenebantur, id est metalli pœna. Plagiarii autem sunt, qui sine vi dolo malo scientes abducunt liberos homines, atque supprimunt, aut distrahunt. Item, qui servos alienos sine vi, & furto abducunt, vel qui fugam eis persuadent. Et est in hoc tractatu nobilis quæstio, quæ sit ratio, ob quam non liceat fugitivum servum vendere, aut donare, ut in *l.6. hoc tit.* Sed hæc ratio nuper fuit profligata in *Observat.* 17.



AD TITULUM XXI.

AD LEGEM VISELLIAM.

TUETUR lex Fabia ingenuos homines, quos plagiarii celant, & distrahunt. Lex Visellia etiam tuetur dignitatem, & privilegia ingenuorum, dum punit libertinos, qui honores solis ingenuis deferendos, veluti decurionatum, usurpant, & administrant, vel si qui se gerunt pro ingenuis, cum sint libertini. Hanc injuriam lex Visellia ulciscitur, *l.1. sup. quando civil. actio crim.* ni scilicet, ut ait constitutio hujus tituli, jus aureorum annulorum libertini impetrarint, quoniam hoc jure imagine quadam ingenuitatis utuntur, & adnumerantur in ordinem equestrem, cujus erat insigne aureus annulus. Ideoque etiam ita addi potest, & formari hæc exceptio, nisi libertini ab equite Romano adoptati fuerint, ut apud Suetonium in Claudio cap. 24. quoniam & adoptati ab equite Romano, perinde atque donati jure aurei annuli pro equitibus Romanis habentur, & pro ingenuis, & ingenuis debitos honores possunt gerere. Itemque multo magis est, si libertini natalibus fuerint restituti, quoniam ii non imaginem tantum ingenuitatis habent, sed sunt vere ingenui. Et ita proditum est in *l.1. inf. si servus, vel libert. ad decur. &c. lib.* 10. Fuit aliud caput legis Viselliæ, de quo Ulpianus *lib. regul. tit. de Latinis*, ut libertus Latinus fiat civis Romanus, si sex annis inter vigiles militaverit.



AD TITULUM XXII.

AD LEGEM CORNELIAM DE FALSIS.

HABUIMUS legem Corneliam de sicariis, & de veneficis, qua etiam hodie utimur; habuimus etiam legem Corneliam de parricid. sed versam in legem Pompejam: & legem Corneliam de plagiar. sed versam in legem Fabiam. Sequitur lex Cornelia de falsis, quam nulla alia lex commutavit, vel in se convertit, sicut nec legem Corneliam de sicariis, & veneficis. Hæc lex Cornelia de falsis dicta est testamentaria, quia fuit de falsis testamentis, & per consequentiam de falsis codicillis, ut in plerisque legibus hujus tituli. Et fuit etiam de veris testamentis, quæ quis suppressit, vel subripuit dolo malo, qui perinde tenetur ac is, qui falsa testamenta scribit, *l.14. hujus tit.* Tam est falsarius, qui falsum testamentum scribit, quam qui verum, ut non appareat, celat, supprimit, vel amovet, subripit. Fuit etiam lex Cornelia de testamentis confirmandis, quæ vera quidem sunt, sed irrita facta testatore capto ab hostibus, si ibi decesserit, quia fingit lex eum decessisse in civitate, conjuncta tempore captivitatis, ac si mortuus fuisset in ipso articulo, quo captus est ab hostibus. Et de hoc capite legis Corneliæ est frequens mentio in tractatu de testamentis, & in titulo de captivis. In hoc autem tractatu publicorum judiciorum de illo tantum capite legis Corneliæ agitur, quo publicum judicium leges constituunt in eum, qui sciens dolo malo testamentum supprimit, vel subripit, ut verum non appareat, ut veritas occultetur, vel qui interlevit verum testamentum, aut resignavit vivi testamentum, vel qui falsum testamentum scripsit, signavit, signarive curavit, aut recitavit, *l.2. ff. eod.* Item in eum, qui signum adulterinum fecit, sculpsit, quo obsignatione adulterini annuli vitiaretur verum testamentum, *l.30. ff. eod.* quoniam tota ea lex fuit de testamentis, & constituit publicum judicium, publicam accusationem, & ut opinor, constituit pœnam capitalem, id est, mortis pœnam. Nam ita est propositum, & proditum apertissime in *l.1. & 5. hoc tit.* crimen falsi esse capitale: quod cum dicimus, significamus id puniri ultima pœna. Et sane etiam falsum crimen dicitur esse ex gravioribus, *l.3. §.1. ff. de decurion.* Sed post legem Corneliam pœna falsi posterioribus constitutionibus facta est non capitalis, cum hac exceptione, nisi capitalem infligi aliquando forte magnitudo commissi exegerit: alioquin pœna falsi non est mors; sed deportatio. Et ita est proditum in *l.20. hoc tit.* Ut non male in *l.transigere, sup. de transact.* falsi crimen ponatur inter ea crimina, quæ non irrogant pœnam sanguinis, id est, quæ non sunt capitalia. At lege Cornelia dico fuisse pœnam capitalem: Nam quod est in *Institutionibus* leg. Corneliæ testamentariæ pœnam esse deportationem, id tam est falsum, quam quod est in eisdem Instit. *de publ. judic.* lege Julia adulteros puniri gladio. Falsum est utrumque, si ad ipsas leges solas publicorum judiciorum, si ad nudas leges (ut sunt initio conditæ) respicias, non etiam ad Senatusconsulta, & constitutiones factas ad eas leges, quibus quæ pœna cauta est, & subrogata, eam ipsis legibus publicis Justinianus accommodat, & tribuit. Nam & illud etiam, quod est in Institutionibus, *l. Cornelia testamentaria eum puniri, qui aliud quodcunque instrumentum falsum conscripsit*, non est ex ipsa lege Cornelia, quæ tantum fuit de testament. sed ex Senatusconsulto. Varia facta sunt Senatusconsulta, quæ ampliarunt potestatem legis Corneliæ testamentariæ. Primum Senatusc. factum est Statilio Tauro, & Libone consulibus, ut Ulpianus scribit *l.4. §.1. de offic. procons.* quod Senatusc. in nostris libris dicitur Senatusconsultum Libonianum, quod sit factum Libone Consule, & Statilio Tauro. Eo Senatusconsulto redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ is, qui alienum testamentum scripsit, id est, qui est adhibitus scribendo alieno testamento, qui & testamentarius, & Ennomius dicitur, & in eo sibi adscripsit partem hereditatis, vel legati aliquam, qua de re in titulo sequenti. Sed eodem Senatusconsulto etiam pœna legis Corneliæ testamentariæ irrogatur ei, qui aliud quam falsum testamentum sciens dolo malo scripsit, signavit, non addit subripuit, sed qui aliud instrumentum, quam testamentum scripsit, signavit. Unde in Instit. dum ait, *aliudve instrumentum*, notandum, hoc esse ex Senatusconsulto Liboniano, non igitur id tantum est *de iis, qui sibi adscribunt*, de quib. tit. seq. sed etiam de eo, qui aliud quodcunque instrumentum falsum scripsit, signavit, ut perinde puniatur, ac si damnatus esset lege Cornelia testamentaria. Dein aliud est factum Senatusconsultum Licinio, & Tauro consulibus, ut idem Ulpianus ait eodem loco, quo legis Corneliæ pœna irrogatur ei, qui ob falsas testationes faciendas, testimoniave falsa invicem dicenda, id est, mutua testimonia, sicut Græci dicebant, *da mihi mutuum testimonium*, *aut ad testimonia falsa consignanda* (testimonium, vel dicitur, vel in tabella scribitur, & obsignatur) qui, inquam, hæc dolo malo curavit, de quibus nil erat cautum l. Cornelia testamentaria,

nil

nil de falsis testimoniis, sed de falsis testamentis. Tertium item Senatusconsultum, & omnia hæc Senatusconsulta sub Tiberio, ut Consules monstrant, factum fuit Cotta, & Messala Coss. ut idem Ulpianus scribit, quo eadem pœna irrogatur ei, qui pecuniam acceperit ob instruendam advocationem, testimoniave, id est, ut lis instrueretur advocatis, & testibus, *l.20. D. eod. tit.* qui, inquam, ob instruendam advocationem, & testimonia pecuniam acceperit, pactusve fuerit, societatem coierit, aut aliquam obligationem interposuerit, sic legendum apud Ulpianum ex *d. l.* 20. Quartum, & ultimum Senatusconsultum factum fuit sub eodem Tiberio duobus Geminis Coss. ut idem Ulpianus scribit, quibus Consulibus Dominus noster Jesus Christus cruci est affixus. Et eo Senatusconsult. facto duobus Geminis consulibus redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ, qui coierit ad accusationem innocentium dolo malo: ego erro. Nam hoc etiam, quod dixi, est tribuendum Senatusconsulto tertio, si quis coierit ad accusationem innocentium dolo malo: nam Senatusconsultum, quod fuit factum duobus Geminis Coss. pœna legis Corneliæ afficit, auctore eodem Ulpiano, eum, qui ob denuntiandum, vel non denuntiandum, remittendumve testimonium pecuniam accepit. Ulpiano debemus cognitionem temporum, quibus ea Senatusconsulta facta sunt, quibus Consulibus, quo imperante. Cæterum jam erat proditum in *Digestis*, superiora omnia etiam comprehendi Senatusconsultis lege Cornelia testamentaria ad ea porrecta, *l.1. ff. eod. l. 2. de concuss. & in d. l.1.* ut *l.20.* ostendit. Et quod ante retuli ex Ulpiano, est legendum, ob instruendam advocationem testimoniave pecuniam accepit, obligationem, pactionemve fecerit, societatem coierit ad accusationem innocentium, ut *l.2. ff. de concuss.* Et ex his omnibus causis etiam Senatusconsultis constitutum est publ. jud. & publ. crimen, *d. l.2. de concuss.* Ego recte dicam de quolibet instrumento falso esse publicum crimen, quod ita est cautum Senatusc. ut & publico crimine tanquam ex l. Cornelia test. teneatur, qui aliud instrumentum falsum scripsit, vel obsignavit: at non etiam dicam, quod sicut de testamento subrepto est publicum judicium ex lege Cornelia: Ita dicam esse judicium publicum de instrumento subrepto, ut verum non appareret, quoniam id non fuit expressum Senatusconsulto. Sed Senatusconsultum Libonianum loquitur tantum de eo, qui falsum testamentum scripsit, vel signavit, non de eo, qui verum amovit, vel celavit, qui potest accusari ea de re non à quolibet, sed ab iis tantum, ad quos ea res pertinet, *l.16. ff. eod.* Denique de subrepto, vel suppresso vero testamento est publicum crimen ex l. Cornelia: de suppresso, vel subrepto alio instrumento non est publicum crimen. Etiam notandum est, crimen suppositi partus non esse publicum crimen, licet ad hunc quoque casum constitutiones porrexerint pœnam legis Corneliæ testamentariæ, quod & falsum committit, quæ supponit partum. Et eleganter Græci *ad l.1. hoc tit.* δοκεῖ γὰρ τὴν φύσιν αὐτὴν πλαστογραφεῖν, id est, *videtur naturam ipsam fallere, quæ subjicit partum*. Et ideo ex constitutionibus tenetur pœna legis Corneliæ, ac si falsum testamentum scripsisset, sed non est publica accusatio, quoniam constitutiones, quæ hunc casum subjecerunt legi Corneliæ, hanc tantum accusationem permiserunt iis, quorum interest, *l.30. §.1. D. eod.* Verum, ut de falso testamento accusatio, vel de quolibet falso instrumento, aut testimonio, aut corruptela ex Senatusconsultis est perpetua, id est, durat usque ad 20. ann. Crimen omne finitur vicennio, id est, nisi quis instituat accusationem intra viginti annos, post id tempus non admittitur. Et hoc jure utimur. Ita etiam accusatio suppositi partus est perpetua, nullis clausa præscriptionibus temporariis, l.12. *hoc tit. l.19. ff. eod. d. l.2. C. Theod. eod.* Illo loco, *accusatio nullis clausa præscriptionibus temporariis*, scilicet, *brevioris temporis*, ut accusatio adulterii clauditur præscriptione 5. annorum, ut etiam peculatus: iis præscriptionibus brevioris temporis, nec clauditur accusatio suppositi partus, nec ulla accusatio falsi, sed longo tantum spatio, id est, viginti annorum. Et in *d. l.* 19. *ff. eod.* notatur accusationis adulterii, quod cum adulterio solet conferri suppositio partus. Sed est differentia hæc inter ea crimina, quod adulterii accusatio est temporaria 5. annorum, suppositi partus perpetua, id est, 20. annorum. Commune tamen hoc inter se habent, adulterium, & suppositio, quod ob pupillarem ætatem, ob infantiam filii, accusatio adulterii non differtur, *l. miles, §. defuncto, ad leg. Jul. de adult. l. Titia, ff. de Carbon. edicto*. Quod tamen posset tentari, differendam esse accusationem adulterii in mulierem ob filium infantem, quem ex matrimonio procreavit, ne fiat præjudicium infanti. Sed hoc non est verum, quia potest mulier esse adultera, & infans revera procreatus ex eo matrimonio. Ergo, quod dicitur mater adultera non præjudicat infanti, hoc est statui infantis, quia potest defunctum patrem habuisse infans, & mater ejus fuisse adultera. Dico defunctum patrem matrimonio soluto morte patris, quæ quæstio status pueri vivo patre non differtur in pubertatem, sed tantum mortuo patre, si moveatur post mortem patris ex edicto Carboniano. Ita vero ob infantiam filii non differtur accusatio partus suppositi post mortem patris adversus matrem ex hac causa instituta accusatione. Et hæc est sententia *l.2. hujus tit.* Cur non differatur accusatio suppositi partus ob pueritiam filii, non eadem est ratio, quæ reddita est de accusatione adulterii non differenda, quod non faciat præjudicium puero: Nam hæc accusatio suppositi partus, sane facit præjudicium puero, quia si appareret mulierem supposuisse, si convicta, & damnata fuerit suppositi partus, plane pro supposito haberetur, nec admitteretur ad bona patris, contra quam hic Accursius tentare conetur, *l.1. §. ult. ff. de Carbon. edicto*. Sed alia est ratio quædam propria cur etiam differatur accusatio suppositi partus in tempus pubertatis filii infantis. Et ratio hujus rei proponitur in hac *l.1. hoc tit.* quia est verisimile, matrem accusatam suppositi partus ex fide causam suam acturam, quia capitis pœnam subit, & vitæ periculum adit: quæ ratio non potuit reddi de adulterio similiter, quia non fuit capitale crimen. Et congruit cum hac ratione legis primæ hujus tituli *d. l. 1. §. ult.* quia utique, inquit, mater integra fide, & majore constantia causam est defensura recenti partus tempore. Et ideo non est necesse differri accusationem in gratiam pueri, quia nullus subest metus, quin strenue se defendat mater. At si forte damnata fuerit, ea sane res præjudicium afferet partui, & eum excludet bonis paternis. In *hac l.1.* ratio dubitandi erat, quia cum quæritur post mortem patris de statu pupilli, & bonis paternis, vel de statu tantum pupilli, quæstio differtur in tempus pubertatis, ut puta, si dicatur suppositus, quia metus potest esse, ne pupillus minus idonee defendatur. Sed hæc ita procedunt, si principaliter agatur de statu pupilli: sed si principaliter matri objiciatur crimen adulterii, vel suppositi partus, non est differenda accusatio in tempus pubertatis, sed repræsentanda. Nec obstat *lex si ventris*, *ff. de ventre in possess. mitt.* quæ ait, *differendam esse accusationem adulterii*, *ne*, inquit, *ventri fiat præjudicium, si mulier ventris nomine in possessionem sit missa, & ipsa accusetur, scilicet concepisse* ex *adulterio*: accusatio plane tangit ventrem, atque adeo ei facit præjudicium, cum, quæ missa est ventris nomine in possessionem bonorum paternorum, arguitur uterum gestare ex adulterio, non ex matrimonio. Sed apparet in specie *legis si ventris*, esse quæstionem principaliter de bonis paternis, in quæ missa fuit mulier ventris nomine, quo genere palam fit præjudicium utero, & ideo differtur accusatio adulterii. Sed si de adulterio quæratur tantum publico judicio, nulla mota pupillo, aut ventri quæstione bonorum paternorum, non differtur accusatio adulterii. Quæstio est de supposito partu: in hac *l. 1. hoc tit.* recte dicitur venire in judicium, pœnamque legis Corneliæ, quia & suppositio partus, falsitas est, & fraus facta naturæ, & cadit in generalem definitionem falsi. Quid est falsum? Paul. 5. Sent. *Quidquid in veritate non est, sed pro*

vero adversatur: Et August. in Soliloq. *Quidquid ad similitudinem alicujus est accomodatum, nec id tamen est, cujus simile apparet*. In has definitiones cadit suppositio partus, & omne genus falsi. Nam quæ proponitur definitio falsi in *l. quid sit falsum, ff. eod. ὡς ἐν τύπῳ* proponitur, neque comprehendit hoc genus falsi, dum ait lex, *falsum esse imitari alienum chirographum, vel libellum*, aut *rationes alienas intercidere*, aut *describere*. Quod Jurisconsultus proponit, non quasi ea tantum veniant in crimen falsi, sed ut excludat à crimine falsi, sicuti subjicit mendacium, quod quis inserit scripturæ propriæ, ac si diceret falsum est imitari alienam scripturam, non in propria scriptura mentiri, ut puta si quis in computatione, vel in ratione mentiatur dolo malo, si pro 10. ponat 12. Non omne mendacium falsum est: aliquod mendacium est falsum, ut falsum testimonium, quia adserit pro vero, quod non est verum. Verum exponere pergamus de partu supposito, quæ resident adhuc. L.1. ait, mortuo patre relicto filio impubere, propter ætatem filii impuberis, ne scilicet ei præjudicium fiat, accusationem suppositi partus, quæ in matrem intenditur, non differri in tempus pubertatis pueri, hac ratione, quia non est, quod metuamus, inquit, ne puero fiat præjudicium, si interim agitetur crimen suppositi partus, quia est verisimile matrem hanc causam defensuram ex omni fide, cum subeat periculum capitis. Quam rationem etiam expressit, sed aliis verbis Ulpianus in *l.1.§.ult.ff.de Carb.edic.* Sed verba Ulpiani sunt valde vitiata ab interpunctionibus, & possunt, ut fit sæpe, vel solæ interpunctiones malæ lectorem perducere in errorem. Itaque ea verba Ulpiani ita distinguenda sunt: Cum vero mater rea postulatur, utique integra fide, & majore constantia causam defensura, deinde lege uno spiritu, recenti tempore dubium non est cognitionem fieri oportere. Et ita perspicua ratio, & sententia Ulpiani erit, & nimirum sensus est: cum mater suppositi partus rea postulatur, quia certe est causam suam defensura integra, & majore constantia, quam pupillus, si de statu eum eo principalis esset quæstio, non cum matre de partu supposito. Quia igitur certe mater causam suam ex fide defensura est, & totis viribus, cum agatur de ejus capite (est enim capitale crimen suppositi partus) ideo absque ullo metu præjudicii futuri in perniciem pupilli recenti tempore, id est, præsenti tempore, ut ait *l. 2. ejusdem tit. de Carb. edict.* in recenti, ut ait *l. si diuturno, ff. de pœnis*, *l. si creditores, ff.de reb.auctor. jud. poss.* Denique recenti tempore, id est, in præsenti, id est, re non dilata in tempus pubertatis de crimine suppositi partus cognoscendum esse. Ergo *recenti tempore* dubium non est cognitionem fieri oportere, id est, cognitionem suppositi partus statim repræsentari oportere. Quod autem subjicit in eo §. post eventum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, si damnata mater fuerit, pupillum excludi bonis defuncti, quem mulier asserebat esse patrem pueri falso, quia est convicta, & condemnata. Hoc, inquam, quod ait ille §. pugnat cum regula juris, ut res inter alios judicata aliis non noceat. Nam rem judicatam contra matrem, ait, nocere filio, cum quo lis non fuit, ut nec admittatur ad bona defuncti tanquam filius. Et illa regula efficit, ut contenderit Accurs. in hac *l.1.* damnationem matris non nocere filio, contra sententiam manifestam *d. l.1. §. ult.* Sed movere illum non debuit illa regula juris, nec enim semper locum habet, sed distinctiones quasdam admittit, ut ait *l. sæpe, ff. de re judic.* Certe hoc casu fallit hac ratione, quia & si lis, judiciumque cum matre fuerit, non cum filio, tamen palam est judicatum, defunctum patrem ejus non fuisse, supposititium illum fuisse, quod non potest non præjudicium afferre postea volenti agere de bonis defuncti, tanquam patris, quia manifestum est præjudicium: quæ sunt manifesta, non possumus effugere, quæ in nos pronuntiata diserte, & evidenter sunt. Et hæc de supposito partu. Nunc ad *l. pen. & ult. hujus tit.*

AD L. pen. & ult. Sciendum est, de falso agi posse, non tantum criminaliter publico judicio, sed etiam civiliter privato judicio, & altero judicio alterum non consumi, utroque licere experiri, ut definit *l.1. inf. quando civil. act. præjud. crim.* Et statuit idem etiam esse in omnibus criminibus, ut de eis, & civiliter, & criminaliter agi possit, ut civiliter, hoc postulat utilitas privatorum: ut criminaliter, hoc postulat vigor publicæ disciplinæ, *l. locatio, §. quod illicite, D. de public. & vectig. & comm.* Et ita de vi agitur criminaliter ex lege Julia, & civiliter interdicto unde vi, vel actione vi bonor. rapt. De homicidio etiam est actio civilis internecivi, sic appellata, *l.14. C.Th. de accusat.* & criminalis ex lege Cornelia. Item, de sepulchro violato est actio civilis ex edicto prætoris, & criminalis publici judicii, *l.4. sup. de sepul. viol.* De adulterio quoque est criminale judicium ex lege Julia, & civile, quo agitur de repetenda dote, aut lucrifacienda, *l.ult. sup. ad leg. Jul. de adult.* Fuit etiam olim de adulterio, ante Justinianum qui eam sustulit, actio civilis de moribus, de qua in *l.5. D. de pact. dotal.* Sed in ea hoc erat singulare, quod maritus, qui elegerat actionem civilem de moribus, postea non poterat accusare mulierem adulterii lege Julia, *l.1. C. Theod. Victum civiliter, criminaliter agere posse*; ubi excipit actionem de moribus. Et videtur etiam hodie nos debere excipere actionem furti civilem in duplum, vel quadruplum, ut qui eam elegerit, & duplum, vel quadruplum fuerit consequutus, non possit postea furti criminaliter agere. Nam è contrario si elegerit criminalem persecutionem in furem, & simplum consequutus fuerit, id est, rem subreptam, sane postea non potest agere civiliter in duplum, vel quadruplum, *l. interdum, §.qui furem, D.de furt.* Cur hodie non utimur actione furti civili? quia eligimus criminalem, & extraordinariam criminis persequutionem. Alias vero civilis actio non consumit criminalem, & vice versa criminalis, si electa sit, non consumit civilem. Nam ut & aliis exemplis commonstremus hoc, est de plagio actio civilis servi corrupti, vel furti, si quid servus, cui fugam suasi, subripuerit, quod ego receperim, *l.2. & 12. sup. ad leg. Fab. de plag.* Est etiam interdictum de libero homine exhib. civile judicium, *l. 3. ff. de lib. hom. exhib.* Et præterea criminale ex lege Fab. *de plag.* Item quod libertinus se egerit pro ingenuo, est civilis actio, de debitis operis patrono ex stipulatu, vel jurejurando, & criminalis accusatio ex lege Visellia, *l. 1. sup. tit.* quæ fuit lata tempore Tiberii Cornelio Cethego, & Visellio Varrone Consul. Et similiter, de suppresso testamento est interdictum *de tab. exhib.* civile judicium, & criminale ex lege Cornelia testamentaria, *l.3. §.si quis dolo, ff. de tabul. exhib.* nec altero alterum consumitur, sed utroque judicio experiri licet. Item de alio quolibet falso, & civiliter, & criminaliter potest agi, ut initio dixi, & probant multæ leges hujus tit. & maxime *l. pen. & ult.* Exstincto, vel finito civili (exstinguitur indulgentia principis, *par grace, par pardon*, finitur sententia judicis) exstincto, inquam, aut finito criminali judicio falsi, superest civile, *l.9. h. tit.* Itemque cessante judicio criminali, superest civile, ut in *l. 5.* filius matrem non potest accusare falsi, aut patrem criminaliter, filius non potest accusare matrem suppositi partus criminaliter: cæterum civiliter de ea re potest cum ea agere leviore judicio, quale est omne civile judicium, *d. l.5. l. si tamen, §.1.ff. de accus.* contra finito judicio civili falsi, superest criminale, *l. 16. & l.pen. hujus tit.* Denique altero alterum non tollitur, & sive agatur de falso civiliter, sive criminaliter, *l. ult. h. tit.* ostendit, probationes exigi tam ab actore, quam ab reo, probationes exigi ab eo, qui profert instrumentum, ut doceat esse verum, & ab eo, qui id arguit esse falsum. Et sumpta est illa lex ultima ex *l. 2. C. Theod. de testament.* & congruit cum ea *l.4. C.Theod.de fide, & testibus, & l. ult.sup. de fide instrum.* Nec hoc est novum, ut judex probationes exigat ab utraque parte, cum etsi sit controversia de genere, de gente, probationes exigantur ab utraque parte, *Novel. 35.* Hactenus

osten-

ostendi de eodem crimine agi posse civiliter, & criminaliter, nec uno judicio tolli aliud. Nunc quæramus, quid sit dicendum, si actioni civili de alia re institutæ, quam de fide instrumenti, vel falsitate, puta de credita pecunia, vel de legato, vel de proprietate rei, incidat quæstio falsi criminalis, ut puta, si agenti ex testamento civiliter, vel ex chirographo, vel rem vindicanti, & proferenti instrumentum auctoritatis, instrumentum emptionis obiiciatur falsum esse testamentum, falsum instrumentum, & falsum chirographum: quæro qua de re sit prius disceptandum, de crimine falsi, an de civili causa? Et hac in re servatur regula juris, ut prius agatur de majori re, de crimine, quam de causa civili, *l. adulterii, sup. ad leg. Juliam de adult. l. ult. sup. de ordine judic. l. 5. §. si de vi, ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Ideoque si judex datus cœperit cognoscere de causa civili, si judex pedaneus, qui judicat pedes, non ex suggestu, vel tribunali sit datus specialiter, ut sit in causa civili creditæ pecuniæ, agente creditore ex chirographo, ei obiiciatur crimen falsi chirographi, hæc objectio criminis moratur cognitionem judicis pedanei (*il ne peut passer outre*) Quod ex contrario demonstrat *lex 20. h. tit.* dum ait, *judicem datum posse cognoscere de causa civili, cui judex est addictus.* Etiamsi obiiciatur exemplum precum, seu libelli supplicis, quo utitur adversarius in ea causa, non per omnia congruere cum originali: denique aliqua ex parte esse falsum: Hæc objectio non impedit cognitionem judicis pedanei, si modo constet id contigisse per errorem scriptoris, ut alius esset tenor exempli, quam authentici, quia quod fit per errorem, cum vacet dolo, non deputatur crimini falsi, ut *l. D. Pius, ff. eod. t.* refert D. Marcum pro sua humanitate remisisse pœnam falsi ei, qui per errorem in judicio protulerat instrumentum falsum. Et similiter Svetonius in Augusto, ut arguat lenitatem Augusti, ait, eum ignovisse iis, quos constiterat errore inductos ad falsum testamentum signandum. Ex contrario igitur, si falsi crimen commissi dolo malo incidat in judicium civile, quod est cœptum apud pedaneum judicem, judex temperare debet eo casu à cognitione civili, ut criminale judicium præferat civili, & de criminali prius statuat judex competens, judex major (Nam judex pedaneus de criminali causa cognoscere non potest) Et tamen si cœpta actione civili apud pedaneum judicem, puta de pecunia credita, incidat quæstio falsi, quæ intendatur civiliter, non debet temperare à cognitione, sed exequi eam debet. Et ita respondisse Paul. ait *l. 11. h. t.* & hic locus est singularis. Denique sic dicamus: Judex datus in causa civili, pura pecuniæ creditæ, etiam cognoscere potest de falso, quod civiliter obiicitur, non si obiicitur criminaliter, sed abstinere debet à cognitione, & transferre causam criminalem ad magistratum. Et hoc olim ita obtinuisse, ut criminalis accusatio falsi anteponeretur civili actiuni institutæ alia de re, quam de falso, hoc, inquam, obtinuisse secundum regulam juris testatur *l. 2. C. Theod. eod. tit.* Sed addenda est una tantum exceptio, nisi constet judici debitorem conventum ex chirographo, morandæ tantum solutionis causa per calumniam obiicere crimen falsi chirographi, quæ est sententia *l. 2. h.* tit. At *d. l. 2. C. Theod.* contra jus vetus, & regulam illam juris in proposita specie vult, prius peragi civilem causam, quam accusationem falsi, quæ incurrit, & incidit. Sed hoc Justinianus non probavit, & perstitit in veteri regula juris. Et hoc non probasse Justinianum, argumentum præstat, quod ex *d. l. 2. C. Theod. eod.* Justinianus id tantum retinuit, quod est in *l. ubi, h. tit.* in qua hoc non proponitur, ut civilis præferatur criminali, sed hoc tantum, ut cum de falso agitur criminaliter, in eam rem rem diligenter inquiratur argumentis, inquit, testibus, & collatione scripturarum, sive de fide instrumenti quæratur, & aliis vestigiis veritatis, & ut probationes requirantur ex utraque parte à judice, ut in *l. ult.* & judex inter utramque partem sedeat medius, & taciturnus, nec interfando suos sensus aperiat, qua de re Gellius scripsit *lib. 14. cap. 2.* utrum judex aliquid interloqui debeat, quod

A promat sensus animi sui, an tacere semper. Sed lex vult, ut nihil interloquatur, quod possit animi sui sensus aperire, sed ut judicet ad imitationem relationis, quæ solum audiendi mandat officium, id est, cum causæ cognoscuntur per relationem, puta delegato judice, ut sæpe fit rescriptis, ut causam audiat, dein referat ad principem. Judex igitur sic judicet de crimine falsi, ac si tantum audiendi facultatem habeat, non pronuntiandi, qui tamen, & pronuntiandi habet. Sed his verbis indicit silentium lex *ubi*. Et postremo ostendit litem criminalem falsi esse finiendam à tempore litis contestatæ intra annum, ut erat in *Cod. Theod.* Quoniam ante Justinianum causa criminalis erat finienda intra annum, *l. reut, ff. de munerib. & honoribus, & in Cod. Theodos. ut intra annum criminalis, &c.* Sed Justinianus annum mutavit in bien-
B nium, ut infra demonstrabitur. Et postea, *l. ubi* addit pœnam falsi, nempe deportationem, nisi magnitudo commissi exigat pœnam mortis, quæ verba sunt obscura. Et ideo ea est interpretatus Leo *Novell. 77.* ut crimen falsi non sit capitale, nisi cum quis falsum instrumentum fecit, quo adversarius periret, & plecteretur morte. Qui hoc egit falsarius sustinebit mortem, alioquin tantum deportationem. Ergo concludamus ex mente Justiniani, si in actionem civilem incidat falsi criminalis, subsistere debere actionem civilem, quoad criminalis sit finita secundum regulam juris, à qua tamen discedebat illa *l. 2. Cod. Theod. eod.* Sicut, & ea regula in plerisque aliis causis fallit, ut cum agitur de possessione vi erepta, *l. si quis, inf. ad leg. Jul. de vi, & l. 1. de appellat. sup.* quod ibi exposui. Vel cum in crimen plagii incidit quæ-
C stio proprietatis, prius est de proprietate, quam de plagio judicandum, *l. 8. sup. ad leg. Fab. de plagiar.* Et cum in criminalem causam incidit quæstio status, *l. quoniam, sup. ad leg. Jul. de adult.* Uno verbo ab ea regula excipiuntur causæ civiles, quæ præjudiciales sunt, sine quibus criminales non possunt expediri.



AD TITULUM XXIII.

DE IIS, QUI SIBI ADSCRIBUNT IN TESTAMENTO.

EX Senatusconsultis, quæ facta sunt ad legem Corneliam testamentariam, unum est, quod di-
D citur Libonianum, de quo in hoc titulo agitur. Factum id est Statilio Tauro, & Libone Coss. auctore Tiberio, ut Ulpianus indicat, *sup. de offic. proconf.* Et sententia ejus Senatusconsulti hæc est, ut pœna legis Cornel. testament. afficiatur is, qui, cum adhibitus esset, & advocatus ad scribendum alienum testamentum, in eo sibi adscripsit hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel aliud quodcumq; emolumentum, dictante, & jubente testatore, ut in *l. 1. 3. 5. 6. hujus* tit. Quid ergo? delinquitne testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti, qui sibi adscribit aliquid volente ipso testatore? ita est, quia debuit alium poscere scriptorem, qui hoc adscriberet, non ipse sibi adscribere: Nam ex hac causa valebit testamentum, etiamsi alia, atque alia manu scriptum sit: una pars manu Titii, alte-
E ra pars manu Sempronii, qua quid relinquitur scriptori prioris partis, *l. D. Claudius, §. ult. ff. eod.* Ergo ex Senatusconsulto Liboniano in pœnam legis Corneliæ incidit testamentarius, qui dictante, nuncupante, volente, jubente testatore, sibi aliquid adscribit: nam si hoc faceret invito, vel ignorante testatore, plane, & directo locus esset legi Corneliæ testamentariæ, non Senatusconsulto Liboniano, *l. impuberem alimendo, ff. eod.* Aliud est falsum, aliud quasi falsum, ut in *l. 1. §. ult. ff. eod. Pœna*, inquit, *falsi, vel quasi falsi*, falsi, ex lege Cornelia testament. quasi falsi, ex Senatusconsulto Liboniano. Nam falsum committit testamentarius, qui invito, vel ignorante testatore sibi adscribit legatum: nihil est certius, quam eum sibi falso adscribere legatum, quod

adscribit invito, vel ignorante testatore: at qui id sibi adscribit volente testatore, sane falsum non committit, sed quasi falsum, quia hoc facientem, & audentem Senatusconsultum Libonianum redigit ad pœnam falsi: proinde non tantum falsum punitur, sed etiam quasi falsum ex hoc Senatusconsulto, tametsi id, quod sibi adscripsit, pro non scripto habeatur, *l.1. de iis, quæ pro non script. hab.* Delicta puniuntur, etiamsi delinquenti nullum commodum afferant. Ergo verum est, pro non scripto haberi id, quod sibi testamentarius dictante, & volente testatore adscribit, & legatum quidem, quod sibi adscribit, remanere apud heredem, vel fideicommissum: Hereditatem autem, quam sibi adscribit volente testatore, pertinere ad substitutum, vel ad coheredem, vel iis deficientibus, ad legitimum heredem, quoniam Senatusconsult. Liboniano fiscus non vocatur. Ergo licet cadat relicto testamentarius, non ideo tamen minus punitur. At notandum est hujus pœnæ gratiam facere aliquando Senatum, vel Principem deprecantibus testamentariis variis ex causis, ut puta, si dicant, se jus ignorasse, id est, Senatusconsultum Libonianum, vel si ultro dicant, se paratos esse discedere ab eo, quod sibi adscripserunt. Raro quidem eis veniam dari ait *l.3. hoc tit.* ob supradictas causas: Sic enim vulgo est scriptum, *raro veniam dederunt*, & similiter in Basilicis *σπανίως*. Et ideo raro, quia regulariter juris ignorantia non excusat, & quia ultro abstinere relicto, parum relevat scriptorem, cum neque id, si velit, capere possit, excusat tamen juris ignorantia hac in re minorem 25. annis, *l.5. ff.eod.* & mulierem, *l.D.Claudius, §.pen. eod.* & militem etiam juris error excusat, *l.5. hoc tit.* Quæ lex est exemplum veniæ, seu indulgentiæ principis, siquidem in ea legatur, ut in Basilicis, hoc modo, *sequutus tenorem indulgentiæ meæ, pœnam legis Cornel. tibi remitto*, ut etiam legit Haloander, *ἀπολυθήσεαι τῇ δυνάμει τῆς ἐμῆς φιλοτιμίας, τὴν τιμωρίαν τοῦ νόμου Κορνηλίου συγχωρῶ*. Et ut ait in hac *l.5.* malitia tantum punitur Senatusconsulto, non error, in *l.20. tit.prox. sup. & l. D.Pius, ff. eod.* Posset & interdictum excusare quemlibet apud principem illa spontanea professio, & abstentio relicti. Poterit etiam dari venia, si petatur, marito, qui sibi adscripsit uxore dictante, ut ei obsequeretur, ut *in l.4. h. tit.* Datur etiam plane venia filiofam. qui sibi aliquid adscripsit in testamento patris, nuncupante, & dictante patre, & imperante, quia ei necesse fuit parere patri, *l.5. ff.eod.* Ac ita dabitur venia servo, qui sibi adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem domino imperante, ut *in l.ult. hujus tit. l.Divus Claudius, §.& quatenus, ff. eod.* Nam leve est hoc delictum, & in levioribus delictis excusantur omnino, qui obtemperant imperio patris, vel domini. In gravioribus autem delictis, non omnino excusantur, quia debent potius sufferre mortem, quam obtemperare patri, vel domino facinora atrociora imperanti. Cæterum si imperaverint, mitius puniuntur, *l.servos, sup.ad leg. Jul. de vi, l.2. de sepulcr. viol.* Datur etiam venia extraneo, qui sibi adscripsit in testamento, si codicillis testator generaliter scripserit se dictasse testamentum, uti est scriptum. Ob eam rem testamentarius facile veniam impetrabit à principe, sed non capiet legatum, *l.2. h.tit. d. l. D. Claudius, §.plane.* Denique plerisque casib. vel causis testamentario potest remitti beneficio principis, aut senatus pœna legis Corneliæ, at nullo casu id, quod sibi adscripsit, capere permittitur. Proinde, quibus casibus testamentario venia opus est, iis omnibus, etiamsi eam impetret, relicto excluditur. Exposui, quibus ex causis detur venia testamentario, ne afficiatur pœna leg. Cornel. Exponam nunc casus, vel causas, ex quib. etiamsi quis sibi adscripserit in alieno testamento, cessat Senatusconsultum Libonianum, & ipso jure securus est, qui sibi adscripsit, ut puta, si id, quod sibi quis adscripsit, testator sua manu in codicillis nominatim scripserit, *se ei reliquisse*, non generaliter, se dictasse testamentum, sed se L. Titio dictasse, & reliquisse, quod ille sibi adscripsit, *l.2. hoc tit.* vel etiamsi ita specialiter subscribat testamento. *Quod L. Titio dictavi, legi, & recognovi*: hoc casu cessat Senatusconsultum Libonianum, scilicet, si L. Titius extraneus fuerit: in extraneo testamentario est necessaria, ut cesset Senatusconsultum, specialis subscriptio, *quod L.Titio dictavi, & recognovi*. At si testamentarius fuerit in potestate testatoris, sufficit generalis subscriptio, L.Titius hoc testamentum dictavit, non expresso cui dictavit. Et ita est explicanda *l.1. §.inter, ff.eod.* Est etiam alius casus *in l.1. hoc tit.* quo omnimodo cessat Senatusc. Libonianum, & testamentarius, qui sibi adscripsit, jure relictum capit, nec incidit in pœnam legis Corneliæ. Casus hic est, si filius emancipatur, & ita extraneus, dictante patre sibi totam hereditatem patris adscripserit, id est, si se ex asse heredem scripserit, scilicet, cum erat solus, qui patri poterat succedere ab intestato, quia hoc casu frustra haberemus hanc institutionem pro non scripta, cum etsi habeatur pro non scripta, ad eum filium emancipatum mox tota hereditas sit reditura ab intestato, tanquam honorarium successorem patris ex *cap.unde liberi*. Et hæc est sententia *l.1.* cui nil adversatur, quod eadem lex ait, fuisse interpretatos jurisperitos, nimirum *in l.filius, initio, & §.maritus, ff. eod. tit.* Nam ea interpretatio jurisperitorum non pertinet ad hunc casum, quo filius, qui solus erat venturus ad bona patris ab intestato, se in testamento patris, volente patre, ex asse heredem scripsit. Sed illi interpretationi tunc est locus, cum filius emancipatus adjecto coherede adscripsit sibi portionem hereditatis. Hoc enim casu, quia cessat causa intestati, propterea quod coheres sustinet testamentum, locus est Senatusconsulto Liboniano, & pars filii adcrescit coheredi: & præterea filius punitur pœna legis Corneliæ testam. nisi veniam impetraverit à principe. Sed priore casu, cum erat solus ex asse heres futurus patri, hoc, vel illo jure, si non ex hoc testamento, statim ab intestato lex ait perinde esse, ac si sua manu pater eum heredem scripsisset. *Functus*, inquit, *dulci officio*, id est, *mortuus*, ut in Glossis Isidori, *functus officio*, inquit, *qui officium vitæ implevit*. Igitur dulce officium, dulceve munus vita dicitur. Seneca in Hippolyto: *Cur dulce munus redditæ lucis fugis?* Ergo ait, *est perinde, ac si pater, qui jam est mortuus, & functus vita, eum sua manu heredem scripsisset*. Postremo notandum ad hunc titulum hac de re, qua de primum factum est Senatusconsultum Libonianum auctore Tiberio, etiam postea fuisse factum aliud Senatusconsultum ex edicto D. Claudii, ut ait *l.3. hujus tit. & d.l. D. Claudius*, quod dicitur Senatusconsl. Claudianum. Sunt igitur duo Senatusconsulta hac de re, Libonianum, & Claudianum, & quod probat inscriptio libri singularis Pauli ad Senatusconsultum Libonianum, seu Claudianum in indice præposito ff. Et quod etiam *l.10. ff.eod.* Senatusconsultis hoc cautum fuisse ait, quod ante exposui, non Senatusconsulto. Et ita, quod sub Tiberio legimus apud Cornel. Tacitum *lib.2. Annalium*, factum fuisse Senatusconsultum de Mathematicis, & Magis Italia pellendis. Idem apud eundem auctorem legimus sub D.Claudio alio Senatusconsulto repetitum, vel reductum fuisse. Quod autem ait hæc l. edicto D. Claudii, ex eo plane constat errasse Svetonium, qui hanc juris constitutionem tribuit Claudio Neroni, qui nunquam Divus factus est aut nuncupatus. Neque hoc genus erroris est Svetonio insolens: Nam & idem Senatusconsultum Macedon. de pecuniis creditis filiofamilias, & Senatusconsultum Claudianum de liberis mulieribus, quæ se servis alienis commiscent, tribuit Vespasiano, quæ rectius Tacitus D. Claudio. Nec illud est omittendum, male Accursium passim Senatusconsultis factis ad legem Corneliam testamentariam adjungere Senatusconsultum Volusianum, de quo *in l. ex Senatusconsulta, ff.ad leg. Jul. de vi priv.* quoniam, ut ea ipsa lex demonstrat, pertinet Volusianum ad legem Juliam de vi, non ad legem Corneliam testamentariam, in eos scilicet, qui facta veluti conspiratione, coeunt in alienam litem, ea lege, & conditione suppetias laturi litiganti adversus al-

terum,

terum, & omnem suam opem, ut finita lite secundum eum, cui ferunt suppetias, id quod in rem ejus fuerit redactum, inter eos communicet. Hoc accedit ad vim, non ad falsum: ergo deleantur hæ glossæ.



AD TITULUM XXIV.

DE FALSA MONETA.

ALIA est lex Cornelia testamentaria, de qua ante dictum est, alia lex Cornelia Nummaria, de qua in hoc titulo agitur. Marcus Tullius in præiura urbana: *Cornelia Testamentaria, nummaria*, inquit, *cæteræ complures, in quibus jus aliquod novum populo non constituitur, sed quod semper malum facinus servatur, ut ejus quæstio ad prætorem pertineat*. Hæc lex est de falsa moneta, id est, de falsis nummis, & adulterinis. Monetæ nomen est ἀμφίβολον, & multiplex; Nam vel eo nummi significantur, vel locus, in quo formantur, *ut l. 2. h. tit.* Et apud Macrob. 1. in Som. Scip. *Semen locari intra formandi hominis monetam*. Vel etiam monetæ nomine significatur, quod dicitur εἰκόνιον, ut in historia Antonini Florentini, imo apud Sveton. in Caligula, *aureum iconium* (quo formantur nummi) unde proculdubio nos traximus, quod in Idiotismo dicimus, *Le coin*, id est, *Iconium*, quo formantur nummi. Et recte Harmenopulus 6. Epitomarum, *Monetam esse* ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βουλλωτήριον. Nam & iconium vocabant bullam, aut bullulam. Ideo ait iconium esse ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βουλλωτήριον. Hae lege Cornelia nummaria tenetur, qui argento publice, privatimve æs admiscuit, quæ pecunia dicitur ærosa, *l. creditor, ff. de solut.* ut Cyprus insula ærosa apud Festum, quod in ea plurimum æris nascitur. Nam ære tantum est nobilis, & in glossis, πολύχαλκος, ærosus. Item tenetur eadem lege, qui similiter auro miscuit argentum, vel æri plumbum, quo pejus id fiat, quo vitietur, & corrumpatur, quod Tacito Imperatori fuit capitale, cum bonorum proscriptione, ut Vopiscus ait in Tacito. Et qui hoc admittit in publico metallo, id est, qui id vitiat immixto deteriore metallo, etiam tenetur lege Julia peculatus, *l. 1. ff. ad l. Jul. pecul.* quia vitiat pecuniam publicam. Nec novum est, ut ob idem crimen quis pluribus legibus teneatur publicis, licet non omnibus, cum eo possit agi, *l. senatus, ff. de accusat.* Ergo, & qui vitiavit metallum publicum, conveniri potest l. Cornelia nummaria, & lege Julia peculatus, id est, alterutra. Utraque lege tenetur, sed non utraque etiam convenitur. Tenetur etiam lege Cornelia nummaria, ut est in *l. 8. ff. eod.* qui aureos nummos partim raserit, partim tinxerit, quod satis intelligitur, sed sequitur, vel *qui finxerit*, quod sane est figuraverit adulterina imitatione, ut *l. 1. C. Theod. de collat. æris, & l. 1. C. Theod. si quis solidi circulum exteriorem circumciderit*. Item, ut ostenditur in *l. 9. & 19. ff. eod. tit.* qui nummos stagneos (nam stagnum dicebant, non stannum) vel plumbeos in merce habuerit dolo malo, & generaliter, quicunque falsam monetam flaverit, percusserit. Item, qui cum hæc posset prohibere ne fierent, non prohibuit, qui domum, vel agrum præbuit conflandæ falsæ monetæ, *d. l. 9. & l. 1. hoc tit.* Item, qui monetam publicam quoquo modo deminuit, vel etiam excindit penitus, cum & reprobos nummos forte creditor sibi solutos reddere debeat debitori, non excindere, quod maxime notandum, *l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pignerat. act.* quia domino ad aliquid possunt esse utiles, & in merce haberi, emi, vendi palam tanquam reprobi, suo qualicunque pretio. Igitur domino sunt reddendi, non excindendi. In cautionibus solet plerunque addi, ut probi nummi solvantor, qui non subærati, & in quibus nulla sit lacuna, nulla deminutio justi ponderis, ut *l. lecta, ff. de reb. cred.* probam pecuniam reddi, *l. Titius Sejo, ff. de constit. pec.* Et in formula fœderis Antiochi Regis apud Livium 38. *Argenti probi Attica talenta 12. millia dato*. Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, ἀποδοῦναι τὸ ἀργύριον δόκιμον. Seneca 19. Epistol. *Nec voles, quod spero, nisi in aspero, & probo nummo accipere*. Aspero, id est, recenter cuso. Pius addebatur in manumissione sacrorum causa, auctore Festo, *Puri, probi, profani, sui, ut scilicet, penderetur pecunia pura, proba, profana, sua, quia nec solutio impuræ, vel reprobæ, vel sacræ, vel alienæ liberat debitorem*. Invenio etiam in *C. Theod. supradi. tit. si quis solidi circulum exter. circumcid.* cujus auctoritate fuit, non ab hinc multos annos Lutetiæ, usus summus præses, cum hac de re recitaret hoc Senatusconsultum de falsa moneta. Nam in libris nostris, de hac re nulla est lex specialis, sed tantum in Cod. Theodos. ut crimine falsi, sive legis Corneliæ de falsis teneatur, qui circuncidit publicam monetam, quod proprio vocabulo illius artis, sive cupiditatis, est arrodere nummos, ut ait *l. 2. Cod. Theod. de ponderat.* & hoc proprium esse verbum hujus cupiditatis, *rogner*, quo etiam utitur in supradicto titulo, *si quis solidi circulum, &c. l. 1. si quis arroserit*, inquit. Et hos, qui hoc faciunt, recte dicas ψαλίδας, ut Alexandrum quendam λογοθέτην, quod per quamlibet nollet nummos aureos in orbem attondere, & arrodere, & leviores facere, quantum habuisset, Procopius 3. de Bello Gothico scribit, Byzantios notæ causa eum appellasse, Alexandrum ψαλίδιον, id est forficulam, *Alexandre des cizeaux*. Eodem etiam crimine tenetur, qui monetam vultu principis signatam, præter adulterinam, reprobaverit, vel in solutum accipere noluerit, forte causatus formæ parvitatem, & quod vultus principis in nummo sit formatus minore habitu, quamobrem nummus probus justi ponderis non est reprobandus, ut ait *d. l. 1. C. Th. si quis solidi circulum, &c.* Et Paulus etiam noster *5. Sentent. tit. ad leg. Cornel. test.* in quo nummariam confundit cum testamentaria. Et loquitur illa *l. 1.* de aurea moneta, ut etiam *l. 1. & 3. inf. de veteris numis. potest. libr. 11.* quoniam loquitur de solidis, & solidi, vel aurei, solidus, & aureus idem est. Unde quæ fuit religio Persarum legibus, & aliorum Barbarorum, ne vultus suos auro imprimerent, sed tantum argento, uti Procopius scribit *eodem libro*, apparet eandem non fuisse religionem apud Romanos, & Romanos principes in auro vultus suos impressisse: nec fuit etiam illa religio in Francorum regibus, nec Gothorum, qui Italiam tenuerunt. Theodoricus Rex apud Cassiodorum 7. variar. *Monetæ debet integritas quæri, ubi & noster vultus imprimitur. Quidnam erit tutum, si in nostra peccatur effigie, sit mundum, quod ad formam nostram inferitur, claritas regia nil admittit infectum*. Nam si vultus cujuslibet sincero colore depingitur, multo magis metallorum puritate princeps depingendus est. Etiam valde est notandum ex *l. 3. hujus tit.* puniri eum quoque, qui in privatis ædibus, vel castellis, aut prætoriis, etiamsi oitatur rescripto, vel adnotatione principis, probam, & justi ponderis monetam percusserit. Nam ea sane est sententia legis 3. *hujus tit.* quam & Asconius Pedianus in prætura urbana tribuit ipsi legi Corneliæ nummariæ his verbis, *lex Cornelia nummaria, quæ de moneta: ne quis privatus pecuniam faceret*. Nam ut in publicis fabricis tantum arma fabricare licet fabricensib. quæ sunt publicæ personæ selectæ, & sepositæ, & probatæ armorum fabricandorum gratia, in *Novella de armis, & tit. de fabricens. lib. 11.* ita monetam tantum monetariis (quæ etiam publicæ erant personæ certi numeri) publicis, & fiscalibus cudere licet. Et de privatis hominibus, qui hoc audent, velim accipi, quod Paulus scribit dicto superiori loco, eum teneri lege Cornelia, qui aureos, argenteos adulteraverit, & qui flaverit (sic lego) non qui laverit, quia nec privatis licet flare, & ferire probos: sed tum monetariis, quæ sunt publicæ personæ probatæ, cui rei olim præerant triumviri Monetales, æri, auro, argento, flando, feriendo, in *l. 2. ff. de orig. jur.* Et addit Paulus, qui conflaverit. *Qui flaverit*, inquit, *& conflaverit publicam monetam*. Flare est cudere, conflare, recudere,

cudere, & dissolvere, *fondre*, *l. si duo*, *D. depos. l. 1. C. Theod. qui bon. cedere poss.* Lampridius in Severo, *quaternarios nummos conflari jussit, & tremisses tantum, solidosque formari, ut princeps nuper quosdam conflari jussit, & certos quosdam tantum formari*. Notandum etiam est, quod est in *l. 1. hujus tit.* pro præmio delatori, seu accusatori, qui reum falsæ monetæ in judicium detulit, dari libertatem, si servus fuerit: Nam & hoc crimen deferentes servi audiuntur, qui alias non audiuntur, & pro præmio, si reum convicerint, ferunt libertatem, fisco pretium eorum reddente dominis, ut in *l. 2. sup. quibus ex causis servi pro præmio*, quæ est pars *legis 1. hujus tit.* Ingenuo autem accusatori dari immunitatem, quod quid sit hæsitat Accursius. Sed quid est evidentius, ingenuo dari immunitatem, id est, vacationem onerum patrimonialium, & publicorum, quæ censui nostro, seu patrimonio indicuntur, ut *l. 1. inf. de desertoribus*, *lib.* 12. Ei, qui prodiderit desertorem, si sit ingenuus pro præmio datur immunitas. Fateor tamen addi posse, vel ei dari si conscius facti fuerit, impunitatem, ut apud Sallustium in conjurat. *Catilinæ*. Servis datur libertas, & sestertia centum, ingenuis rei impunitas, & sestertia ducenta. Addi item potest, vel etiam damnatis ex hac causa dari restitutionem in integrum, sicut lege Jul. de amb. cautum est, eum, qui est damnatus ambitus, si alium fecerit reum ambitus, & convicerit, restitui famæ, quoniam rei ambitus plectuntur pœna pecuniaria cum infamia. At si post ejusdem criminis reum convicerint, restituuntur quidem famæ, sed mulctam pecuniariam non recipiunt. Ægre reddit fiscus, quod semel recepit, *l. 1. D. ad l. Jul. de ambitu*, & apud Ciceronem hoc etiam caput legis Juliæ notatur in Cluentiana, & Dionem *lib.* 40.



AD TITULUM XXV.

DE MUTATIONE NOMINIS.

AD pœnam legis Corneliæ de falsis etiam rediguntur, qui sibi mutant nomen, qui novum sibi nomen imponunt dolo malo, quo quid alienum intercipiant, vel possideant, ut ait Paulus 5. *Sentent. tit. ad leg. Cornel.* Et ita, *l. falsi*, *ff. eod.* falsi nominis adseverationem, susceptam scilicet dolo malo, falsi pœna coerceri, si quis dolo malo nomen, prænomen, vel cognomen mutaverit. Nam, ut docet constitutio hujus tituli, si fraus absit, unicuique est liberum, sibi quodcunque nomen imponere libero homini, non servo, nam servorum nomina sunt in potestate dominorum. Qua de causa liberis hominibus redactis in servitutem domini mutant nomina, ut Danieli Prophetæ contigit: nomina non sunt in potestate servorum, sed sunt in potestate liberorum hominum, modo fraus omnis absit. Nam ex eo solo, quod quis sibi novum nomen imposuerit, non tenetur, sed quod novo sibi imposito nomine alii fraudem fecerit, ut argumento est *l. ult. ff. quod falso tut. auct.* ex eo, quod quis interrogatus an tutor esset, falso respondit se tutorem esse, ex eo solo simpliciter nulla actione, & nullo crimine tenetur, sed si falso responso suo adolescentem in fraudem induxerit, tenetur utili actione tutelæ in id, quod interest.



AD TITULUM XXVI.

AD LEGEM JULIAM DE AMBITU.

EXPOSITIS legibus Corneliis, cedit ad legem Juliam publicorum judiciorum, & proponit hoc titulo legem Juliam de ambitu, quæ olim obtinuit in urbe tantum, cum populi suffragiis deferebantur honores, & magistratus, non ut hodie nutu principis, *l. 1. ff. eod. l. quidam*, *ff. de re judic.* Nam petitores honorum, id est, candidati sæpe clanculum ingentem pecuniam in populum erogabant, corrumpendorum suffragiorum causa, quæ corruptela, & effusio nimia candidatorum dicitur ambitus, & hac lege judicio publico coercetur, non abs se. Nam sæpe hujus rei gratia nil candidati habebant in rebus soli, sed omne suum patrimonium divendebant, ut ex eo pecunias redigerent, quibus corrumperent suffragia, ut non viderentur urbem habere pro patria, sed pro hospitio, aut stabulo quasi peregrinantes. Nam certe non sunt cives proprie, nisi qui sunt possessores quarundam rerum immobilium. Quare apud Plinium 6. Epistol. legimus Trajanum Imperatorem, eos candidatorum sumptus fœdos, & infames ambitus lege restrinxisse, & eosdem candidatos tertiam partem patrimonii jussisse conferre in ea, quæ solo continentur, ut similiter Senatusconsulto fœneratores jubentur, qui plerunque omnia habent in numerato, duas partes patrimonii in solo collocare: & confiscantur, qui partem dimidiam rei familiaris habent in pecunia apud Sveton. in August. *cap.* 48. & 49. quo Senatusc. nihil aliud agebatur, quam ut cohiberetur avaritia fœneratorum. Verum quod ad legem Juliam de ambitu attinet, ea, ut dixi, hodie cessat, quia in urbe regia princeps solus, non populus magistratus creat, nec ulla fit effusio in principem, qui nec posse corrumpi præsumitur. Verum ad instar legis Juliæ de ambitu ex Senatusconsulto ambitus coercetur in municipiis, vel aliis civitatibus, ubi magistratus municipales, id est, duumviri creantur suffragio populi, vel decurionum, itemque sacerdotes provinciarum, profani, ut ait *lex 1. D. eod.* Diu etiam pertinuit ad populi Christiani favorem creatio Episcoporum, & Presbyterorum, ut ait *l. 49. C. Th. de decurion.* Et D. Hieronymus 2. adversus Jovinianum: *Nonnunquam*, inquit, *errare plebis, vulgique judicium, & in sacerdotibus creandis unumquemque suos sequi mores, & evenire aliquoties, ut mariti. quæ pars major in populo est, maritis quasi sibi applaudant*, sed hic etiam ambitus valde coercetur, *l. si quenquam*, *sup. de Episcop. & cler.* & punitur non tantum is, qui dederit pecuniam, sed etiam, qui accepit sacerdotii obtinendi gratia, ut, inquam, quos par crimen coinquinat, eos etiam teneat pœna similis, quo modo etiam D. Cyprianus primo Epistolarum, *qui junguntur* in *culpa*, non *separantur in pœna*. Ex constitutione hujus legis ad instar legis Juliæ crimine falsi tenetur, qui ante redditas rationes, sic est intelligenda hæc lex, sive administrationes repetit, id est, continuat officium principis inter apparitores proconsulum. Nam scripta est constitutio hæc ad proconsulem Africæ: qui, inquam, ante redditas rationes repetit, & continuat inter apparitoris officium principis, id est, primatis apparitiones, qui erat summus gradus in officio, vel qui continuat officium commentariensis, aut numerarii, vel quodcunque aliud officium, quod sit pro gradu quodam militiæ, & beneficio: Nam quos promotos vocat in hac constitutione, & *lege 1. sup. de falsa monet.* ii dicuntur beneficiarii, qui pro beneficio obtinuerunt præfecturas, municipatus, præturas, centurionatus: & opponuntur iis, qui dicuntur munifices (*qui portent toute le charge*) ut in *l.* 18. *ff. de verb. signific. l. 2. C. Theod. de cursu publico*. Ergo iidem sunt in gradu promoti, & beneficiarii, & iis adversi sunt munifices. Et ita Ascon. Pedianus in 3. Verr. *Accensum esse nomen ordinis, & promotionis in militia, ut nunc principem, vel commentariensem, vel cornicularium*. Hæc enim nomina sunt de legionaria militia sumpta, & sunt translata in civilem militiam: pœna autem hujus constitutionis est deportatio, si princeps officii, vel alius beneficiarius, qui ex hac administratione fisco remansit obligatus, repetierit, & continuarit idem officium ante redditas rationes, quam interpretationem confirmant verba legis, ad solutionem debiti prius urgeatur, quam continuet officium, & *l. si aliquid*, *inf. de susceptor. & arcar. libro* 10. quæ est cum illa conjungenda, & vetat, ne quis iterum gerat officium, in quo ante decoxit. Et in hac sola specie pœna ambitus est deportatio. Alias est tan-

tantum mulcta pecuniaria centum aureorum cum infamia, *l. 1. eod.* sicut legis Viselliæ pœna erat damnum, id est, mulcta pecuniaria cum infamia, ut *l. 1. sup. ad leg. Visellian*, quæ quodammodo ambitum coercet eadem pœna, qua lex Julia de ambitu, dum coercet, & punit libertinos, qui se venditant pro ingenuis, atque ita in honores irrepunt debitos solis ingenuis.

AD TITULUM XXVII.

AD LEGEM JULIAM REPETUNDARUM.

POST legem Juliam de ambitu, datur lex Julia repetundarum, certissimum argumentum summæ avaritiæ Romanorum, ut ait D. Hieronymus in *Esaiam*, *capite* 13. Superior lex coercet ambitionem, quæ in eis etiam fuit incredibilis, hæc vero lex coercet avaritiam, utraque publ. judic. quod ex hac lege constituitur in eos, qui dum in magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio publico captis, coactis, conciliatis, aversis pecuniis, quo judicio, & suum, & suorum factum præstant, apparitorum, puta, & ministrorum, & militum à manipulario, id est, gregario milite, qui infimus usque ad domesticum protectorem, sive satellitem, & corporis custodem, qui summus est militiæ gradus, ut in *l. 1. h. tit.* & accusantur publice, ut Verres, & alii plerique nomine totius provinciæ, vel civitatis per actorem, quem ipsa provincia, vel civitas delegerit, ut Cicero ait in Divinat. Quo loco etiam ostendit hanc legem tantum fuisse nationum exterarum, sociorum provincialium: in urbe autem captarum pecuniarum à magistratibus civilem fere fuisse actionem, inquit, & privatum judicium, seu recuperatorium. Unde hic exsistit differentia inter legem Juliam de ambitu, & legem Juliam de repet. quod illa primum in urbe tantum locum habuit, contra hæc in provinciis tantum. Existit etiam altera differentia, quod ambitus crimen exerceri potest non tantum post depositum honorem, & administrationem honoris suscepti, sed etiam ante susceptam administrationem, ut apud M. Tullium legimus, sæpe plerosque accusatos ambitus in toga candida, cum adhuc petebant honores, aut cum tantum erant designati. Repetundarum autem crimen exercetur post depositam tantum administrationem, excepto casu *legis* 4. *hujus tit.* quo potest exerceri etiam in ipsa administratione, dum magistratum habet, vel Imperium. Et casus hic est singularis, si Præsides provinciarum in judiciis, & litibus improbe, vel sordide se gerant, velut litium mercatores, ut ait *l. 3. ut mercatores provinciarum*, Marcus Tullius in Orat. post reditum, quam habuit ad Quirites, & in ea etiam, quam habuit ad Senatum, & in Consilio illo incerti auctoris, dato imperatori etiam incerto, quod est in fine notitiæ Imperii Romani *de judicum pravitate*: *Despecta*, inquit, *reverentia dignitatis*, *velut mercatores in provincias esse missos*, *existimant*. Illo quoque casu *d. l. 3.* ostendit, etiam judices pedaneos, qui nundinantur in litibus exercendis, aut dijudicandis, teneri iisdem legibus, & pœnis: damnatos autem lege Julia repetundarum interdum sequebatur exilium, ut constat ex historiis, frequentius sequebatur mulcta pecuniaria in quadruplum, nimirum ablatis pecuniis repetitis in quadruplum. Unde nomen judicio repetundarum, quod tribui solet etiam cuilibet repetitioni civili, ut repetitioni dotis, & condictioni indebiti, vel ob rem dati, sunt actiones repetundarum civiles. Et eadem forma etiam dixit D. Hieronymus in *princip. quæst. in Genes.* Ciceronem à Græcis accusari repetundarum, quod multa sumpserit à Græcis, & sua fecerit. Hoc igitur judicio infligitur mulcta in quadruplum, ut *l. 1. & ult. hujus tit.* cum infamia, ut *l. judices*, *inf. de dignitat.* ut plane possis dicere unam fuisse pœnam legis Viselliæ, & leg. Juliarum de ambitu, & de repetundis, nempe damnum rei familiaris, seu mulctam cum infamia. Et

A *l. ult. hujus tit.* est communis utrique legi *de ambitu*, & *repet.* nam & quadrupli pœnam irrogat Præsidi, si quid dederit honoris ambitu, vel si quid sordide acceperit in ipso gerendo honore, præter salaria publica, & annonas. Utrumque autem judicium, ambitus scilicet, & repetundarum non finitur, nisi spatio viginti annorum, ut cætera fere omnia crimina, excepto adulterio, & peculatu, *l. querela*, *sup. ad leg. Cornel. de fals.* Uno tamen casu crimen repetundarum finitur anno, quo etiam simpli tantum est repetitio, non quadrupli, qui casus est in *l. pen. hujus tit.* & proprie pertinet ad specialem quendam Comitem domorum principis, quæ erant in Cappadocia. Altero etiam casu judicium repetundarum ex hac lege finitur, anno scilicet in heredem rei, quo etiam est quadrupli repetitio, etiamsi reus sit defunctus ante litem

B contestatam, & damnationem sequutam. Est speciale in hoc crimine, ut ejus pœna, quæ est pecuniaria sequatur intra annum tantum heredem, non post annum, quia qui ab herede repetit quadruplum non auditur post annum, *l. 2. h. tit. l. 2. ff. eod. l. ult. ff. ad leg. Jul. pecul. Lex judiciorum*, *ff. de accusat.* Plinius 3. Epistol. *Bætica provincia*, inquit, *in defuncti rei repetundarum accusatione perstabat: provisum hoc legibus* (ut scilicet non extinguatur morte) *intermissum tamen*, *& post longam intercapedinem tunc reductum*, *& placuit senatui bona defuncti*, *quæ habuisset ante provinciam*, *à reliquis separari*: *illa filiæ*, *hæc spoliatis relinqui*. *Et additum quoque*, *ut pecuniæ*, *quæ erant solutæ creditoribus*, *revocarentur*: quod congruit cum *dict. Lex judiciorum*, quæ in hac re comparat crimen majestatis cum crimine repetundarum.

C

AD TITULUM XXVIII.

DE CRIMINE PECULATUS.

RESTANT 4. tituli de publicis judiciis explicandi. Crimen autem repetundarum, & peculatus est crimen captarum pecuniarum. Sed repetundarum, quod captæ sint pecuniæ privatorum: peculatus, quod captæ sunt pecuniæ publicæ, nec delatæ in ærarium: utrumque crimen est ex legibus Juliis judiciorum publicorum. Et hoc etiam crimen peculatus in magistratus provinciales post depositam administrationem, & in magistratibus quidem longe gravius,

D quam in cæteris: Nam ex constitutione hujus tituli magistratus, qui sunt depeculati pecuniam reipubl. & fisci, afficiuntur pœna capitis, & vitæ, ut *l. 5. C. Theod. ad leg. Jul. repetund.* quæ pœna extenditur etiam ad socios, & ministros, & eos, qui summotas, subtractas ab eis pecunias publicas receperunt, quia (ut est in *l. pen. sup. ad leg. Jul. de vi*) non est dissimile crimen, rapere, & ea, quæ quis rapuerit, servare: quæ lex est ducta ex *l. 2. C. Theod. de crimine pecul.* ante constitutionem hujus tituli etiam in judices, sive magistratus provinciales non erat pœna capitis, sed tantum pœna legis Juliæ peculatus, quæ initio fuit eadem, quæ legis Juliæ de ambitu, & de repetundis, & legis Viselliæ, id est, mulcta cum infamia, *l. 1. C. Theod. eod.* Et reducitur etiam hæc mitior pœna in *Novella Leonis* 105.

E

AD TITULUM XXIX.

DE CRIMINE SACRILEGII.

EADEM lege Julia coercetur furtum pecuniæ publicæ, quod dicitur peculatus, & furtum pecuniæ sacræ, quod sacrilegium dicitur, & sacrilegium certe gravius, quam peculatus. Huic crimini sacrilegii constitutiones hujus tituli adjungunt, quæ sunt proxima crimina, & affinia, principale crimen prætermittunt. Non adjungunt quidem majestatis crimen omne, vel maximum crimen majestatis,

tis, quod de eo sit ante dictum; quod proximum dicitur sacrilegio, *l.1. ff. ad leg. Jul. majestat.* imo & sacrilegium, *l.1. Cod. Theodos. si quis pecun. constituerit, &c.* & in Basil. in *l.1. sup. de privat. carcerib. inhib.* pro majestatis est ἱεροσυλίας, id est, *sacrilegii*. Sed adjungunt constitutiones hujus tituli crimina, quæ ipso sacrilegio videbantur esse inferiora, puta contemnere, & violare constitutiones sacras principum, *l.ult. inf. de privileg. eorum, qui in palat. milit. l. 1. inf. ut dignit. ordo serv. l.13. inf. de erogat. milit. ann. l.pen. C.Th. de relat.* quod dicitur etiam majestatis crimen, contemnere, & violare sacras leges in *l.1. sup. ut omnes judices, &c. C. Th. de Judæis*. Item adjungunt, quod est nefandissimum crimen, confundere, corrumpere, offendere legem Dei omnipotentis, de quo majores nostri acceperunt *legem 1. hujus tit.* utpote cum eam posuerunt in *Cod. Theod. sub tit. de Episcop. & Cleric.* Et in Basilicis quoque ita verba ejus legis, *quæ divinæ legis sanctitatem, aut nesciendo confundunt*, ita transtulerunt, ὅτοι τὴν τῆς θείας πίστεως ἁγιωσύνην ἢ ἐν τῷ ἀγνοεῖν συγχέουσιν, &c. Ex quo patet etiam Basilica legisse, ut est in *C.Theod. aut nesciendo confundunt*, συγχέουσιν, non *omittunt*: veteres etiam libri male, *committunt*. Additur in hoc titulo, etiam instar esse sacrilegii disputare, an is sit idoneus judex, quem princeps elegit, & creavit, ut *l.5. sup. de divers. rescript.* Itemque petere ejus provinciæ administrationem, ex qua originem ducimus, qua de re est titulus in *libro 1. nulli patriæ suæ administrationem, &c.* Sed hæc hodie ne in minimo quidem vitio ponuntur.

AD TITULUM XXX.

DE SEDITIOSIS, ET DE IIS, QUI CONTRA REMPUBLICAM AUDENT PLEBEM COLLIGERE.

SACRILEGII criminis reos recte dixeris agi posse seditionis, vel tumultus auctores, cum & superioribus legibus tenentur læsæ majestatis, & de vi, & propria lege de sodalitiis, maxime ii, qui coacta multitudine magna vociferatione quid à populo petunt in foro, vel in spectaculis. Qua de re est *l.2. h.tit.* quæ recte vocabitur lex de sodalitiis. Pacata seditione parcitur multitudini, & unde est orta culpa, ibi pœna consistit, ot est apud Livium *lib.28.*

AD TITULUM XXXI.

QUANDO CIVILIS ACTIO CRIMINALI PRÆJUDICET, AN UTRAQUE AB EODEM EXERCERI POSSIT.

HIC titulus concludit tractatum de publicis judiciis, proposita regula communi omnibus, ut scilicet cum publicis, & criminalibus judiciis concurrant privata, & civilia judicia ob idem factum, & utrisque experiri liceat, nec alterum altero consumatur. Publica judicia, ut differentia intelligatur, continent vigorem publicæ disciplinæ: privata autem utilitatem privatorum, & rem familiarem cujusque, ut in hac constitutione, & in *l.4. D. de publ. judic.* dicitur, in privatis judiciis, & civilibus agi de re familiari, id est, de damno pecuniario: quod dicitur, ut excludatur actio injuriarum, in qua non agitur de re familiari, quia nihil abest injuriam passo, sed agitur tantum de læso honore vindicando. Ideoque regula hujus constitutionis non habet locum in privata actione injuriarum, hæc non concurrit cum alia actione criminali ex eodem facto, *l.prætor, §.1. ff. de injur.* At si prius sit actum de re familiari privato judicio, præjudicium fit publico judicio, ut ait *d.l.4.* Quod ita est interpretandum, nam verba sunt ambigua, id est, prius est agendum de civili actione, quam de criminali. Privatum judicium præjudicium facit publico, id est, disceptatur prius, quam publicum si prius moveatur, & hoc *d.l.4.* ostendit exemplis, si prius, inquit, actum sit lege Aquilia, quæ est civilis, & privata, & furti, & vi bonorum raptorum, interdicto unde vi, & interdicto de tabul. testamenti exhibend. Recte. Nam actio legis Aquiliæ præjudicium facit, si servus occisus esse dicatur judicio publico ex l. Corn. de sicariis. Ita est. Nec nos turbare debet, quod ait *l.inde Nerat. §.si dolo, ad l.Aquil.* actionem l.Aquil. noo facere præjudicium *l.* Corn. quia est ambigua uratio, & sententia, utraque vera, si distinguantur significata ejusdem orationis. Unde ita dicamus, actionem leg. Aquil. præjudicium facere legi Cornel. id est, si prius de ea agatur, prius de ea disceptandum: contra actionem l. Aquil. non præjudicare l. Corn. id est, etiamsi de homine occiso sit judicatum judicio l. Aquil. & forte absolutus reus: tameo retractari (ut ait constitutio h. t.) judicium potest ex *l.* publ. de sic. Præterea actio vi bonorum raptorum (ut ait *d. l. 4.*) quæ est privata, & civilis, præjudicat publico judicio ex *l.Jul. de vi*, ut ait hæc constitutio, & *l. 2. §. 1. ff. de vi bon. rapt.* Idem efficit interdictum unde vi. Item interdictum de tabulis testamenti exhib. præjudicat judicio publico ex *l.* Cornel. testament. quod exemplum proponitur etiam io hac constitutione. Actio etiam furti, quæ est civilis in duplum, vel quadruplum, præjudicat judicio publico. Hic quæritur, cui judicio publico actio furti faciat præjudicium: Nam cum actione furti nullum concurrit judicium publicum de furto, nisi de peculatu, & sacrilegio, & de repetundis, non de omni furto: sed cum actione furti civili concurrit taotum extraordinarium, & criminale judicium, non ordinarium, & publicum, *l.ult. D. de furt.* At regula hujus tit. pertinet tantum ad publica judicia, nec obtinet in extraordinariis, ut patet ex *l.interdum, §.qui furem, D. de furt.* Nam extraordinarium furti crimen non concurrit cum actione furti civili, sed aliud alio consumitur. Quare io hac constitutione non recte Accurs. separat actionem furti à l.Fabia illo loco, *furti actio, & l.Fabiæ constitutio*. Igitur dicendum erit, nos posse experiri ex l. Fabia criminaliter, & actione furti civiliter ub idem crimen plagii. Denique actionem furti cohærere crimini leg. Fabiæ, sicut actio bonorum raptorum cohæret legi Juliæ de vi. Iterum objicies, imo non concurrit actio furti cum crimine legis Fab. quia plagium fit sine furto, *l.10. sup. de furt. l.pen. ff. ad leg. Fab. de plag.* & legi Fabiæ melius jungeretur actio servi corrupti, ot in *l.2. ff. ad leg. Fab.* Furtum est, cum aufero servum alicuum lucrifaciendi animo. Plagium est, cum eum abduco, ut se agat pro libero, cum seduco, & sollicito eum, ne pareat domino suo, nec eum agnoscat, sed fugiat ab eo, & fugitivum celo, hoc est corrumpere servum, non furari. Denique plagium non est furtum: non ergo cum crimine plagii concurrit actiu furti, ut ait hæc const. sed potius actio servi corrupti. Dicamus, rem esse ita expediendam, ut plagium plerumque concurrat, etiam cum actione servi corrupti, & actio furti, utraque civilis: quia vix unquam servi aufugiunt à dominis, quin aliquid subripiant, quod plagiarius, id est, suppressor fugitivi recipiat & celet, ut fugitivum. Quarum rerum nomine est in eum actio furti, ut *l.Nerat. §. quamvis, ff. de serv. corr. l.12. ad l. Fab.* Et ita si filiusfam. sit subreptus, dabitur etiam patri actio furti, non propter personam filii, sed ob res à filio interim acquisitas, quæ interim patri acquirantur, & ab eo possunt vindicari, *l.eum, qui, §.si filiusfam. & l.mater, D. de furt.* Ac similiter actio civilis de operis patrono debitis, ut *in hac l.* præjudicat crimini ex *l.*Visellia, & actio civilis de fide instrumenti præjudicat crimini ex l.Corn. ut diximus in *l.pen. & ult. sup. ad l.Corn. de fals.* non tamen ita præjudicat, ut finito judicio civili de fide instrumentorum, non possit eadem de re judicio criminali tractari ex l. Corn. de fals. Certum erat criminalem actionem præferri civili, id est,

prius

prius esse definiendam : contra etiam, an civilis præjudicet criminali, id est, an prius esset dirimenda, si prius ageretur civiliter, dubitabatur, quod hæc constitutio definit, ut aliud alii non præjudicet, id est, ut prius definiri possit quodcunque libuerit actori, vel civile, vel criminale. Et cum hac l. est conjungenda *l. pen. sup. de probat.* ut inscript.& subscript.demonstrant.



AD TITULUM XXXII.

DE CRIMINE EXPILATÆ HEREDITATIS.

POST judicia publica, incipit ab hoc titulo tractare de privatis judiciis, quæ ex maleficiis oriuntur, quorum alia sunt civilia, & forensia, alia criminalia, & pœnalia omnia. Privata autem sunt, quia non patent omnibus, sicut publica judicia criminalia, de quibus ante dictum est,vel publica civilia, quæ popularia dicuntur,de quibus nil in hoc libro, sed privata dicuntur,quia patent iis tantum, quorum interest. Verum inter se differunt plurimum. Primum quidem, quod civilia sunt ordinaria: criminalia extraordinaria. Item,quod civilia, certam legem, & pœnam habent, ut furti nec manifesti legem 12. tab. habet, qua furti nec manifesti constituitur pœna dupli : & furti manifesti, & vi bonorum raptorum, quæ habet edictum prætoris : & injuriarum, quæ partim habet legem Corneliam,partim edictum prætoris:& damni injuria dati, quæ habet legem Aquiliam. quibus legibus, vel edictis,his privatis delictis imponitur pœna certa,quam judex diligenter observet:perinde atque publicis criminibus imponuntur pœnæ certę legibus Juliis,& aliis legibus publicorum judiciorum. Criminalia autem privata judicia pœnam non habent certam, sed arbitrariam,id est, constitutionibus, vel Senatusconsultis relictam in arbitrio judicantium, *l.1. ff.de effract.* quam ob rem crimina,quæ judicia illa privata criminaliter persequuntur,dicimus non esse crimina legitima, *l.3. §.pen. ff.de crim. stellion.* nimirum, quia eis non est constituta certa, & legitima pœna, quia non reguntur veluti mente certa legis,sicut civilia, quæ ex maleficiis nascuntur, aut publica judicia : Item hoc inter se distant, quod civilibus judiciis exercendis adhibetur specialis, seu pedaneus judex, datus à prætore, vel præside more judiciorum cæterorum forensium: criminalia autem extra ordinem exercentur apud præfectum urbi, vel præsidem provinciæ, non apud judicem datum,*l.3. D. expilat. heredit.*Item,quod in civilibus non est necessaria inscriptio actoris:in criminalibus est necessaria,etiamsi extra ordinem intendantur, *l.ult. D.de privat. delict.* Item, quod leviora sint civilia, quam criminalia, *l.pen. in fine, sup. ad leg.Corneli. de fals.* vel, ut ait Justinianus in *constitutione Græca, de veteri jure enucleand.* Civilia *μετριώτερα*:criminalia *φοβερώτερα*.Et postremo,quod quo ex maleficio est actio civilis,deficiente publica non erat olim etiam privata criminalis extra ordinem, ut subindicat *lex ult. de furt.* dum ait,de furto, de quo constat esse actionem civilem pœnalem,nunc plerunque esse criminalem, extraordinariam,& privatam, tacite significans, ante non fuisse, nisi solam civilem in duplum,vel quadruplum.Quo tamen ex maleficio est actio civilis, erat etiam, imo est etiam hodie sæpenumero publica accusatio : ut de vi, lege Julia de injuriis,de damno injuria dato:de suppresso testamento,lege Cornelia:quia scilicet alia de re est publica accusatio,alia de re civilis actio : hæc enim est de re,aut vindicta privata,illa de vindicta publica, seu de ultione disciplinæ publicæ.At extraordinaria, & civilis,quoniam utraque est privata,causam,& rem eandem spectant,nempe privatam. Ideoque utraque non licet experiri.At publica accusatione,& civili actione pęnali ex eodem delicto,si modo ea civilis actio pertineat ad rem familiarem,id est, ad damnum pecuniarium privati hominis, non ad ultionem, sicut actio injuriarum, vel de moribus, utraque experiri licet,quia non spectant eandem rem,quod docuit supra proximus titulus. Contra vero, qua de re est accusatio extraordinaria, non semper est etiam actio civilis,quæ scilicet pœnam inferat reo,ut de expilata hereditate,& de stellionatu,quæ crimina extra ordinem vindicantur,nulla est prodita actio civilis,quæ pœnam persequatur, quæ omnia notanda sunt. Quamvis autem tot sint differentiæ inter judicia civilia, & extraordinaria, tamen,quia omnia sunt privata, conditori Codicis placuit ea collocare alternato potius, quam distincto ordine, proposito primum in hoc titulo crimine,& judicio extraordinario expilatæ hereditatis, dein civili actione bonorum raptorum, tum extraordinario crimine stellionatus, post civili actione injuriarum, & mox extraordinario crimine abigeatus : sic miscuit amaro dulce, omissis interim civilibus actionib. furti, & legis Aquiliæ, quæ omnino cadebant in hunc tractatum, quoniam de eis jam è re nata anteverterat dicere *libro 3. & 6.* Primum ergo proponit crimen expilatæ hereditatis, cui locus est, si post mortem testatoris,vel intestati, ante aditam hereditatem, vel etiam post aditam, sed ante apprehensam possessionem rerum hereditariarum, res quædam hereditariæ sint subreptæ,quod proprie non est furtum. Nam furtum est interversio possessionis alienæ. Rerum igitur, quarum nulla est possessio, rerum quarum possessio vacat, id est, quæ à nemine possidentur, furtum non fit, *l.1. §.Scævola, ff.si quis test. liber esse juss. fuerit*. Possessionis tantum furtum fit. Ubi igitur nullus est possessor rei, quæ aufertur, furtum non fit,& ideo vacante possessione rerum hereditariarum, si quid ex rebus hereditariis sit subreptum heredibus, eo nomine non competit actio furti, *l.2. ff.eod.* sed competit extra ordinem accusatio compilatæ hereditatis, quæ privata est, non publica. Et hoc est ex senatusconsulto, & oratione D.Marci, *l. 1. ff. eod. l. 3. ff. de extraord. crim.* Loco deficientis actionis, id est, ut ait *l. ult. hujus tit.* loco pœnalis actionis, loco actionis furti, quæ deficit in proposita specie.Quare recte dicemus hodie, hoc crimen cessare expilatæ hereditatis, quoniam heredibus sufficit semper actio furti, nunquam deficit, si quid sit subreptum ex bonis hereditariis, quoniam eo jure utimur, ut à defuncto possessio rerum ipso jure transeat, & continuetur in heredes, etiam sine apprehensione corporali. Et hoc est, quod dicitur (*le mort saisit le vif*) ut plane non possit non semper interverti possessio,subreptis ab alio rebus hereditariis. Proinde est verum hodie, rei hereditariæ furtum fieri, quod etiam quidam veteres Jurisconsulti existimant, nempe Brutus, & Manilius, & Sextus Ælius, ut ad Trebat.scribit Marcus Tullius 7.Epist. ad famil. sed obtinuerat plurium sententia, scilicet rei hereditariæ nondum possessæ furtum non fieri, etiamsi heredes hereditatem adierint, quia heres adeundo hereditatem, jura tantum adquirit, id est,ea quæ sunt juris, non quæ sunt facti, hæc non adquirit, nisi suo corpore. Denique possessionem rerum hereditariarum non acquiri adeundo, ni eas apprehenderit, *l.cum heredes, ff. de adquir. possess.* antequam apprehendat, possessio vacat, possessio nullius est. Ergo interim ejus rei hereditariæ furtum non fit, sed expilatur hereditas,quæ res coercetur extraordinario judicio, quod perinde irrogat infamiam, atque actio furti, in cujus locum succedit, *l. si te, sup. ex quibus caus. infam. irrog.* Ut actio furti est famosa, ita accusatio expilatæ hereditatis, quæ est instar actionis furti,aut quæ in locum ejus successit,quod ea non possit apte ad hanc speciem accommodari. Et datur hoc judicium extraordinarium, etiam privigno in vitricum, vel novercam, quibus honorem non debet,qui,quæve expilavit extranei hereditatem privigno delatam, *l.2. & 3. hujus tit.* Nam & privignus in eos recte agit furti actione, *l.3. & 21. sup. de furt.* & vi bonorum raptorum, *l.ult. tit.seq.* At non datur actio expilatę hereditatis privigno in novercam, quæ expilavit hereditatem mariti sui, id est,patris privigni sui, puto nec in vitricum, qui expilavit matris hereditatem, quia nec expilare videtur conjux, quod vivo conjuge societas vitæ, & matrimonii fecerat in ejus potestate. Nam, ut ait *l.4. hujus tit.* uxor socia rei humanæ, & divinæ domum suscipitur, sic est legendum, & post apprehensam possessionem non daretur, etiam privigno heredi de-

functi actio furti in novercam, cujus instar hæc accusatio obtinet. Eademque ratione, non datur hæc accusatio heredi extraneo in maritum, vel uxorem, qui, quævc expilavit defuncti hereditatem, quia hoc suo jure quodam fecit, tenens post mortem conjugis, quod tenuit eo vivo societatis jure, *l. 4. hujus tit. l. pen. ff. eod. l. heres, ff. de negot. gest. l. quamvis, sup. de furt.* Eadem ratio societatis facit, ut hæc actio extraordinaria non detur coheredi in coheredem, quia re communi coheres utitur, ut sua, ut socius, Et hoc est certissimum, non dari coheredi in coheredem, ex *l. 3. sup. fam. ercisc. & l. 1. hujus tit.* Et probatur etiam argumento *l. merito, ff. pro soc.* Ratio igitur cur coheres coheredi hoc judicio non teneatur, proficiscitur ex societate, & communione rerum hereditariarum. Neque est ratio, quod satis sit consultum coheredi judicio familiæ erciscundæ, si quid coheres sustulerit, quia huic crimini est locus, etiamsi suppetat alia actio, non quæ pœnam, sed quæ rem persequatur, ut ad exhibendum, vel petitio hereditatis, *l. 2. & 3. ff. eod.* Ergo etsi suppetat actio famil. ercisc. quæ rem, non pœnam persequitur, nec dum ait *l. 3. sup. fam. ercisc.* crimen expilatæ hereditatis frustra coheredi intendi: cum inquit, judicio famil. erciscundæ indemnitati ejus prospiciatur, non hoc significat ideo cessare crimen hoc, quod suppetat, aut sufficiat actio famil. ercisc. sed quod ablatæ res communes fuerint, tanquam inter socios, in quarum divisione, de qua agitur famil. ercisc. judicio, damni ratio haberi possit, ut *l. 19. eod.* Et ita est explicanda *d. l. 3. l.* autem *1. h. tit.* cujus est difficilior species, explicanda hoc modo. Finge: duo sunt coheredes, & in hereditate est arca communis, quam possidet quidam extraneus: in arca autem sunt quædam res mobiles, quarum inspiciendarum copiam possessor facit coheredibus, sed claves arcæ uni tantum ex coheredibus tradidit, id est, earum rerum in unum tantum possessionem transtulit. Clavium traditio est translatio possessionis, *l. clavibus, ff. de contrah. empt. l. 2. sup. de periculo, & commodo rei venditæ.* Hinc quæritur eo, cui claves arcæ sunt traditæ, arcam, & res in ea positas retinente totas, & sibi habente, an alter coheres, cui tradita non est possessio rei, possit intendere crimen expilatæ hereditatis, quod totas eas res sibi vindicet, & adserat? Lex ait, non posse, quia scilicet socius socio hoc crimen non intendit, *d. l. 3.* Verum, si eas res ab eo est vindicaturus pro sua portione judicio familiæ erciscundæ, habet in coheredem actionem ad exhibendum, ut eas res palam exhibeat. Cui si coheres possessor earum rerum, objiciat compensationem pretii, puta aliarum rerum hereditariarum, quas facile concedit coheredem, qui agit ad exhibendum, sibi ferre, & habere in solidum, habita compensatione pretii earum rerum, ut fit in *l. Mævius, §. arbiter, ff. famil. ercisc. l. 3. sup. comm. divid.* Lex ait, oblata illa compensatione, non statim esse repellendum actorem, sed rebus exhibitis familiæ erciscundæ actionem exercendam esse, quam vocat directam actionem, id est, principalem. Actio ad exhibendum non est principalis actio, sed est præparatio actionis principalis, puta vindicationis, quæ ut hoc loco dicitur directa actio: sic etiam in *l. 3. §. ibidem, & l. si quis hominem, ff. ad exhibend.* Et idem dicitur pene in *d. §. ibidem*, quod in hac lege 1. actioni ad exhibendum opposita exceptione obscuriori, vel quæ habeat altiorem quæstionem, eam esse differendam in directum judicium, id est, in principale judicium, in rem, quale est familiæ erciscundæ, re interim exhiberi jussa, secundum intentionem actoris, nec habita ratione oppositæ, vel inductæ compensationis. Et ita est explicanda *lex 1. hujus tit.* Postremo illud tantum notandum est ex *lege pen. hujus tit.* libertos, quibus quid patronus testamento legavit, non repelli à petitione legatorum, prætextu compilatæ hereditatis, id est, quod dicantur compilasse hereditatem, maxime, inquit, suspensa cognitione, id est, suspenso hoc crimine. Bene, quia finita cognitione, & damnatis legatariis, repelluntur à petitione earum rerum, quas subtraxerunt, seu compilaverunt, *l. 48. ff. ad Trebell. & l. 5. sup. de legat.* Et eodem modo dicitur in *l. penult. ff. de accusat.* criminis reum, suspenso crimine, id est, suspensa cognitione, posse deferre causam fisci. Cur suspenso crimine? quia eo finito, si fit damnatus, certe non potest deferre causam fisci, *l. 18. ff. de jure fisci.* Idem fere etiam, quod ait hæc *lex pen.* proponitur in *l. 23. initio, ff. de fideicommiss. libertat.* ut non differatur præstatio fideicommissariæ libertatis, prætextu compilatæ hereditatis: Id est, quod dicatur servus compilasse hereditatem, quamdiu cognitio ejus criminis in suspenso est.



AD TITULUM XXXIII.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

IN hoc tit. proponitur actio civilis: Nam prætoria civilis dici potest, sicut jus prætorium jus civile. Actio igitur civilis vi bonorum raptorum, quæ ex edicto prætoris datur in eum, qui rem alienam rapuit, si res mobilis fuerit, ut ait *lex 1.* Nam de re immobili hæc actio non competit, puta de fundo, sed competit interdictum unde vi, vel actio in duplum, ex constitutione *legis si quis in tantam, sup. unde vi.* Hæc autem actio, quæ est de re mobili, seu animali, quæ movet seipsam, modo dicitur dari in triplum, ut in *l. locatio, §. quod illicite, ff. de publ.* modo in quadruplum, ut in constitutionib. *h. tit.* & alibi passim: modo in triplum, quadruplum, ut *l. pen. C. Th. de paganis, sacrificiis, & templis.* Et varietatis istius causa est, quia hæc actio mixta est, id est, quia cum pœna tripli persequitur etiam rem vi ereptam, quæ confusio rei raptæ, cum triplo pretii efficit quadruplum. Et ita dicitur dari in triplum, si pœnam tantum spectes: in quadruplum si pœnam cum re confundas, scil. intra annum utilem. Nam post annum utilem hæc actio datur tantum in simplum, id est, ad rem, non ad pœnam. Et unoquoque casu Tribonianus eam redegit ad duplum speciali casu, quo actio vi bonorum raptorum est in duplum, cui insit res, scilicet vi erepta, & alterum tantum, quanti ea res est. Et is casus specialis est in *l. 6. sup. de pagan. sacrific.* si quid Christianus mobile eripiat Judæo, vel Pagano. Nec enim ex hac causa vult Christianum gravius coerceri, cum tamen C. Theodos. in *d. l. pen.* multo æquius etiam in Christiano statuerit quadrupli pœnam, si quid deripuerit per vim Judæis, aut Paganis. Actio igitur vi bonorum raptorum est mixta, & annalis in quadruplum. Quæro, an ideo existimabimus mitius agi cum raptore, quam cum fure, quod in raptorem sit actio mixta, & annalis, & in furem sit actio tota pœnalis non mixta, & perpetua, non annalis, quod est verissimum. Sed non ideo existimabimus, mitius agi cum raptore, qui vim fecit, quam cum fure, qui nullam vim fecit. Nam sive raptor sit manifestus, id est, qui invito domino extorqueat rem mobilem, vi aperta, missa actione vi bonorum raptorum, conveniri potest actione furti manifesti in quadruplum, quæ tota est pœnalis, & perpetua. Rem autem persequi condictione furtiva, vel ad exhibendum. Nam & hic raptor fur est manifestus, *l. si vendidero, §. cum raptor, ff. de furt.* Sive raptor est non manifestus, ut si quid coactis hominib. rapuerit ex domo, in qua nemo erat, & nemo deprehenderit tollentem, raptor est nec manifestus, *l. si quis uxori, §. ult. ff. eod. t.* Et sane hoc casu, aut in hunc casum proprie est comparata actio vi bonorum raptorum, quia est hoc casu gravior intra annum utilem, quam actio furti nec manifesti. Et in hunc casum esse proprie comparatam significat *§. 1. Instit. eod. tit.* dum ait, huic actioni esse locum, etiamsi non comprehendatur in ipso delicto, quia scilicet hoc casu visum non est prætori sufficere actionem furti nec manifesti, quæ datur tantum in duplum: ideo dedit actionem in triplum, quæ dicitur vi bonorum raptorum, in raptorem nec manifestum proprie, qua actione, si non egerit is, cujus interest, intra annum utilem, post annum non vetabitur agere furti nec manifesti in duplum, vel si prius egerit actione furti nec manifesti intra annum, nec dum annus utilis exierit, adhuc potest agere vi bonorum raptorum in id, quod amplius in ea est, *l. 1. ff. eod. tit. l. si quis egerit, ff.*

de

de furt. Et observandum est maxime de illo concursu actionis furti nec manifesti cum actione vi bonorum raptorum sæpe agi in jure nostro, quoniam in hunc proprie casum comparata est actio vi bonorum raptorum. Nusquam autem agi de concursu actionis furti manifesti, & vi bonorum raptorum, quia ad hunc casum proprie non pertinet, nec est necessaria actio vi bonorum raptorum. Et hoc adnotasse ad hunc titulum satis est.



AD TITULUM XXXIV.

DE CRIMINE STELLIONATUS.

SEQUITUR crimen extraordinatium stellionatus, quo nomine significatur fallacia, impostura, & omnis dissimulatio, & quicquid turpiter fit in fraudem alterius, quod proprio nomine demonstrari, aut designari non possit. Denique stellionatus nomine significatur omne crimen, quod nomen proprium non habet, omnis fraus, quæ nomine proprio vacat. Cum hoc autem crimine non quidem concurrit ulla actio civilis, quæ pœnam persequatur, sed quæ rem persequantur, variæ possunt concurrere. Et si quidem famosa sit actio civilis rei persequendæ causa, quæ concurrit, ut si sit actio de dolo, vel actio depositi, famosum etiam erit crimen stellionatus. Finge, debitorem in solvendo, pro auro debito ex stipulatu, vel ex causa depositi, subjecisse æs Corinthium, quod auri colorem habet: vel finge, eundem in solvendo, pro veris gemmis, vitreas subjecisse. Ex hac causa est actio de dolo, cum fuit debitor ex stipulatu, vel actio depositi, quæ sunt famosæ actiones. Ergo ex his etiam causis crimen stellionatus erit famosum. Nam esset absurdum ex iisdem causis civilem actionem esse famosam, & criminalem non esse famosam. Et ad hunc casum pertinet *l. quid ergo, §. ult. ff. de iis, qui not. inf.* crimen stellionatus esse famosum, quamvis non sit publicum, inquit: Nam & crimen expilatæ hereditatis, ut heri ostendi, est famosum. Non solum igitur publica crimina, de quibus est comprehensum, & cautum legibus publicorum judiciorum, sunt famosa, quæ famosa certe sunt omnia, sed etiam privata quædam crimina, quæ extra ordinem vindicantur. Id vero genus stellionatus, quod notavi, puta, pro auro æs subjicere, proprie est id, quod ait *l.3. ff. eod.* imposturam facere: laborat Budæus illo loco quærens, quid sit imposturam facere, nec explicat nisi obscure, & magis obscure, quam exigant illa verba. Rem explicat aperte Trebellius Pollio in Gallienis. *Cum quidam*, inquit, *vitreas gemmas pro veris vendidisset ejus uxori, atque illa, re prodita, vindicari vellet, subripi, quasi ad leonem venditorem jussit: deinde è cavea emisit caponem, non leonem, & mirantibus cunctis rem tam ridiculam, per curionem dici jussit, imposturam fecit, & passus est*, hoc est, subjecit vitream gemmam pro vera, & ego vicissim caponem pro leone. Cæterum si in pignore dando debitor, vel si venditor in vendendo subjecit æs pro auro, vel vitream gemmam pro vero adamante, aut sardio, *rubis*, si in vendendo subjecit statuliberum pro servo, dissimulata conventione statutæ libertatis dolo malo, iis casibus stellionatus non est crimen famosum. Ad quod est referenda *l.2. ff. eod. tit.* dum ait, *crimen stellionatus non esse famosum*, quia iis casibus, nec actio pigneratitia contraria, vel ex empto, quæ cum eo crimine concurrit, est famosa, *l. si quis in pignore, ff. de pignerat. act. l. statuliberum, §.1. ff. de statulib.* Idemque est, si qui sciens ignoranti creditori rem alienam, vel jam alii obligatam, simulans rem esse suam, vel esse liberam, pignori obligavit, *l.1. & 2. hoc tit.* Quibus casibus concurrit etiam civilis actio pigneratitia contraria ad rem persequendam cum accusatione stellionatus extraordinaria, *l. tutor, §.1. de pigner. act.* quæ actio cum non sit famosa, nec crimen etiam illud erit famosum. Idem erit, si debitor producat aliquem creditorem, quem simulet in causa pignoris esse priorem, cum sit posterior,

A prioris creditoris fraudandi gratia: Nam & hoc casu cum causa stellionatus concurrit actio pigneratitia contraria, ut in *l.4. hoc tit.* & neutrum judicium est famosum. Et hoc ita debet intelligi, ut sit locus utrique judicio, civili, & criminali, si id fecerit debitor, & adstruxerit nullo prolato scripto, quo persuaderet priori creditori, alterum esse longe priorem. Nam si hoc fecerit prolato falso chirographo, quod sit prælatus dies pignoris obligationis (id Græci [illegible] vocant, *une antidate*) tunc locus est crimini falsi, quia scripsit falsum, *l.15. sup. ad leg. Cornel. de fals. l. si à debitore, ff. eod.* Ergo cessat tunc crimen stellionatus, quia ita demum huic crimini locus est, si aliud non sit crimen, quo deceptor possit argui, si deficiat aliud crimen. Translatum autem esse nomen stellionatus, nemo est, qui nesciat, ab animali ad hominem vafrum, &
B decipiendi peritum, ut apud Apulejum Venus irata Cupidinem stellionem vocat, *quibus modis*, inquit, *stellionem illum cohibeam, un trompeur*. Glossis etiam antiquis stellionator dicitur [illegible], id est, *impostor*. D. Cypriano implanator, ut Christianis nascente ecclesia, quod plerique pallio uterentur, qua veste hodie frequenter utimur, adversarii ambigua oratione objiciebant, quod essent Græci [illegible], vestiti scilicet pallio Græcorum vestimento, quo se operiebant solutim uno circumjectu, *un Reytre*, ut intelligi volebant, ut ipsi intelligebant Græci impostores, & stelliones apud D. Hieronymum. Pœna hujus criminis est arbitraria, ut omnium criminum extraordinariorum. Sed tamen additur in *l.3. §. pen. ff. eod.* in plebeis non debere pœnam hujus criminis egredi metallum: in cæteris esse remittendam relegationem, aut ab ordine motionem.
C Et *remittendam*, id est, *mitigandam*, inquit glossa ignara lat. sermonis: nam hoc vult, *esse remittendam*, id est, permittendam, ut *l.22. §. ult. ad leg. Jul. de adult.* patri esse remissum omnem adulterum occidere. remittere, pro permittere, & contra sæpe permittere, pro remittere, & condonare.



AD TITULUM XXXV.

DE INJURIIS.

EXTRAORDINARIIS executionibus criminum hoc tit. interserit civilem actionem injuriarum,
D quæ datur ex 12. tabul. vel ex edicto prætoris, vel etiam ex lege Cornelia, ut est in *l. constitutionibus, D. eodem tit.* id est, ex causis comprehensis lege Cornelia de injuriis, puta quod quis pulsatus sit, verberatusve, domusve ejus vi introita, & generaliter de omni atroci injuria, puta servili, & sæva, & gravissima, *l.7. §. posse, D. eod. tit.* Cujus exemplum est in *l.4. hujus tit.* si quis sacerdoti procedenti cum infulis, & ornatu proprio injuriam fecerit. Et de levissima etiam injuria, ut Hortensium oratorem legimus, cum incederet elaboratus ad speciem, cujus decoris, & pulchritudinis fertur fuisse studiosissimus, collegæ de injuriis diem dixisse, quod sibi in angustiis obvius occursu fortuito structuram togæ destruxisset, apud Macrob. 3. *cap.13. Capitale*, inquit, *putavit, quod in suo humero ruga locum mutasset.* Hujus
E autem actionis pœna olim ex duodecim tabulis erat certa, hodie est posita in æstimatione judicis, & est famosa, ac annalis actio, *l.5. hoc tit.* quæ scilicet ex omni causa indistincte, ut opinor, finitur anno continuo .i. breviori tempore, quam actio vi bonorum raptorum, quia & hæc actio de injuriis facillime aboletur, veluti dissimulatione, id est, si contestatus illico non sit is, qui injuriam passus est, se eam recipere, & revocare ad animum, *l.31. sup. de liber. causa*, illo loco, *habita contestatione*: qui sic est explicandus. Aboletur etiam pacto nudo, quod regulariter non tollit actionem, sed tollit actionem injuriarum. Aboletur jurejurando, si delato jurejurando juraverit quis, se injuriam non fecisse, aut se non fecisse injuriæ gratia, *l.5. §.1. l. non solum, §.1. D. eod.* At de in-

juriis civiliter agitur, seu directo nobis illatæ sint, sive per consequentias, ut si illatæ sint filiis, aut servis nostris, aut uxori, *l.2. & 8. hoc tit.* Et non tantum civiliter agitur, sed etiam, si quis hoc maluerit, criminaliter. Sed aliud judicium alio consumitur, nec licet experiri utroque civili, & criminali, *l.6. D. eod. tit.* Quoniam utrumque est eadem de re, id est, utrunque respicit ad vindictam: nec enim actio injuriarum pertinet ad rem pecuniariam, seu familiarem, sed ad vindictam. Et ut ait Valentinianus Imperator, qui agit de injuriis, agit causam doloris sui, & imminutæ suæ libertatis; non causam rei familiaris. Et ea ratione non licet utroque judicio experiri, sed hoc, vel illo, civiliter scilicet, vel criminaliter. Criminaliter, quo nomine olim erat publica accusatio ex lege Cornelia, *l.hos accusare, §.ult. D. de accusat.* Sicut vi bonis raptis, etiam est publica accusatio ex lege Julia de vi. Et hodie etiam publica est injuriarum accusatio uno casu, *l. si quis in hoc, sup. de episc. & cler.* si facta sit injuria sacerdoti, dum sacra facit, vel clerico, dum cultui divino ministerium præbet. Videtur & de injuriis factis viris illustribus esse publica accusatio, ut hic locus Salviani indicat *libro 8. de gubr. Dei.* *Deum ergo, O homo,* inquit, *incuriosum, & negligentem vocas? si quemlibet ingenuorum hominum hac contumelia læderes, insolentium injuriarum reus esses. Certe, si illustriorum quempiam, aut sublimiorem, etiam censuram juris publici sustineres.* Altero etiam casu publica est injuriarum accusatio, de quo dicemus titulo sequenti. Cæteris casibus accusatio injuriarum est hodie extraordinaria, pertinens ad privatam tantum causam, *l. ult. D. eod.* & cum inscriptionis vinculo, *l.ult. hoc tit.* Nam & crimina extraordinaria inscriptionem exigunt accusatoris, *l.ult. ff.de furt. l.1. inf. de abig.* Et notandum, quod specialiter constituitur in *l.ult. hujus tit.* & firmatur *Novella 71.* ut viri illustres, sive sint honorarii, seu legitimi: Nam ut est in *l.1. Cod. Theod. ad leg. Jul. repetund.* (quæ ratio loquendi est elegans) alia est dignitas honoraria, quæ est sine re, & nil agit: alia legitima, quæ in actione consistit, & administratione reipublicæ. Ut igitur viri illustres, seu sint honorarii, seu legitimi, & seu extra ordinem criminaliter agant, seu conveniantur de injuriis, causam agere possint per procuratorem, quod etiam datur episcopis, & presbyteris Novella Valentiniani *de epist. judic.* Regulariter causa criminaliter non potest agi per procuratorem, *l.pen. ff. de publ. jud. l.2. sup. ad leg. Fab. l.16. ad leg. Cornel. de fals. l.ult. sup. ubi senat. vel clariss. l.1. ff. an per alium appell. &c.* Regulariter causa criminalis non potest agi per procuratorem, nisi (ut ostendi supra quodam loco) capitale crimen intendatur, quo absens damnari possit, qui sui defensionem omittit, ut est proditum in *l.3. sup. de accus.* & in *l.servum, §. publice, D. de procurat.* Quibus locis in capitalibus judiciis nominatim procuratori permittitur defensio absentis. Quo nomine significatur plena defensio, id est, totius causæ criminalis, & purgatio non tantum absentiæ, sed innocentiæ, si absens damnari potest, qui nullam habeat rationem suæ salutis: Nam & pro condemnato ultimo supplicio, si nolit appellare, quilibet potest appellare, *l.non tantum, D. de accusat.* Ergo & eum defendere, quando absens potest damnari. Quod obtinet uno tantum casu, si cum eo præsente jam lis fuerit contestata, & post litis contestationem defensionem omiserit, & judicio recesserit, *l.inter, D. de public. judic. l.4. §. pen. ff.ad leg. Cornel. de sicar.* At ubi absens damnari non potest, ut quia litem non est contestatus: vel ubi non est capitale crimen, tunc superiori regulæ locus est, ut causa criminalis non possit agi per procuratorem, ut *l.miles, §.ea, quæ, D.ad leg.Jul. de adult.* Verum ad hæc est animadvertendum, in *l.ult.hoc tit.* viris illustribus iis conditionibus permitti causam criminalem agere per procuratorem, ut per semetipsi si accusent, subscribant in crimen, & ut in eorum persona nominatim condemnatio fiat, quæ tamen (ut Græci recte notant) argumento *legis 2. D. de obsequiis parent. præst.* nullam eis inuret infamiam, quia eorum persona, neque judicio adfuit, neque adest cum sententia fertur. Absens non erubescit, infamia suffundit sanguinem præsenti tantum. Hoc igitur casu cum vir illustris agit causam injuriarum per procuratorem criminaliter, procuratori, vel in procuratorem, cujus persona abest judicio, non est dicenda sententia, Id est, non est concipienda in ejus personam, sed in personam mandatoris viri illustris. Idemque puto esse quocunque casu procuratori voluntario, vel mandatario permittitur exercitio capitalis judicii, ut non alius damnetur, quam auctor criminis. Et hoc distant criminales causæ à civilibus. Nam in civilibus causis sententia dicitur procuratori, vel in procuratorem, si cum eo lis fuerit contestata, ut *l.1. sup. de sentent. & interloc.* nisi in causa matrimoniali, ut glossa ait in *l.nihil, sup. de procurat.* Dico in causis civilibus, quæ aguntur per procuratorem, sententiam concipi in personam procuratoris, si cum eo lis fuerit contestata: Nam si cum domino litis lis fuerit contestata, proculdubio in personam domini litis, sententia est concipienda, licet post litem contestatam causa sit acta per procuratorem. Et quod ait *l.nihil, sup. de procur.* nil interesse ab initio, an cœpta lite, negotium ad personam procuratoris transitum fecerit. Hoc tantum vult, etiam post litem contestatam dari posse procuratorem, qui peragat causam, non etiam post litem contestatam à domino, sententiam esse dicendam procuratori, vel in procuratorem in causis civilibus, quod valde notandum est.

AD TITULUM XXXVI.

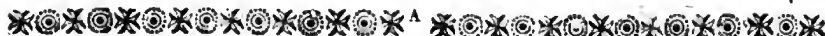
DE FAMOSIS LIBELLIS.

INJURIA aut fit in corpus, aut extra corpus. In corpus, puta verberibus, aut ductu pugni: Extra corpus autem fit, vel convitiis, vel famosis libellis. Convitiis, ut puta si quem infamandi gratia vocaveris delatorem, id est, sycophantam, ut in *l.3. tit. super.* vel si homicidam, ut in *l.5. tit. super.* vel si liberum hominem per contumeliam vocaveris servum, aut vilissimum mancipium, ut *l.9. & 10. tit. super.* Famosis autem libellis fit injuria, si quid scripseris, quod pertineat ad infamiam alterius, de qua injuria est publica accusatio ex Senatusc. *l.6. D. de injur.* & pœna capitalis, ex *l.1. & 2.* (quarum prima est Græca, altera Latina) *hoc tit.* non tantum in auctorem libelli famosi, sed in eum etiam, qui invenit libellum famosum, nec combussit, sed evulgavit, quia ipse præsumitur esse auctor libelli, qui eum spargit in vulgus, non prodito auctore.

AD TITULUM XXXVII.

DE ABIGEIS.

SEQUITUR in hoc titulo crimen extraordinarium abigeatus in latrones pecorum, ut ait *l.9. §. Imperator, ff. loc.* quod constitutio hujus tituli ait, modo intendi cum inscriptione, ut si grex ovium abactus, & abductus sit, si equus, si bos: modo sine inscriptione, ut si una tantum ovis, vel capra, vel sus abacta sit, qua de re tantum civiliter agitur, tanquam in furem potius, quam abigeum: Nam ob rem modicam non agitur criminaliter, *l.causas, Cod. Th. de jurisdict.* Civiliter agitur ob rem modicam, ut est in *Instit. vi bonorum rapt.* si vel minima, inquit, res sit rapta, & abacta, *§. Gallinarum, Instit. de rer. divis.* At non agitur criminaliter.



AD TITULUM XXXVIII.

DE NILI AGGERIBUS NON RUMPENDIS.

HUJUS tituli constitutio non intelligitur à nostris. Est etiam extraordinarium crimen in Ægypto, si quis ruperit moles, vel aggeres objectos Nilo, qui solent aquam Nili continere, coercere, dispensare, qua irrigatur Ægyptus, *l. pen. ff. de extraord. crim.* Nam & in sacris Bibliis Deuteronomii undecimo legimus, humana opera perinde atque hortum totam terram Ægypti irrigari: qui aggeres in *d. l. pen.* vocantur Græce *χώματα*, & à quibusdam *προχώματα*. Certe quæ Arriano scribenti de gestis Alexandri, & de Nili miraculis sunt *χώματα*, Q. Curtio, qui multa sumpsit ex Arriano, sunt *moles*. Legendum autem est in constitutione hujus tituli (*valla fluenta*) Nam constitutio de iis vallis, seu aggeribus nominatim non loquitur, de quibus tamen est titulus conscriptus, sed tantum tacite. Ideoque non est legendum, *valla fluenta*; sed, ut in *Cod. Theod.* *ulla fluenta*, hoc sensu, ut si quis ruptis, apertis, aut dissolutis aggeribus Nili, qui aquam Niloticam continent, intra duodecimum cubitum, id est, cum incrementum Nili nondum excessit duodecimum cubitum, ut Græci recte dicunt, *πρὸ τῆς ἀναβάσεως τοῦ δωδεκαπήχεος*. Ita igitur si quis ruptis aggeribus intra duodecimum cubitum, id est, antequam pervenerit ad duodecimum cubitum, *jusques à la douziesme condeè*, quem cum non excedit, est certissima fames in Ægypto, ut Plutarchus scribit. Si ulla fluenta derivavit ad se, & prædium suum, & usurpaverit sibi, capite plectatur. Græci legunt (*valla*) qui vertunt, *τὸν τάφρον*. Sed hanc lectionem, neque verbum (*usurpaverit*) admittit, quia non apte diceret, si valla usurpaverit, sed si ruperit. At dicit, si ulla fluenta usurpaverit, id est, ullos rivulos, apertis aggeribus ante tempus. Et subjecta quoque vox (*fluenta*) non admittit hanc scripturam.



AD TITULUM XXXIX.

DE IIS, QUI LATRONES, VEL ALIIS CRIMINIBUS REOS OCCULTAVERINT.

EST etiam extraordinarium crimen in eos, qui latrones, vel ambigeos, vel aliorum criminum reos recipiunt, & celant, qui sunt receptatores latronorum, ut *l. 1. ff. de receptat.* Quintilian. *Declamat.* 255. *Proximos existimo eos esse transfugis, à quibus transfugæ recipiuntur. Hoc natura simile est, facere scelus, & probare.* Latrones dicit, non fures. Nam qui furem recipit, & celat, forte tantum civiliter tenetur, ut *l. qui vas, §. qui furem, ff. de furt.* nisi & res furtivas receperit, ut *l. si quis uxori, §. si fugitivum, ff. eod. tit. l. 12. sup. ad leg. Fab.* juxta legem Platonis lib. 12. *ἐάν τις κλεμμάτων ὑποδέχηται γιγνώσκων*, &c. *Si quis*, inquit, *sciens receperit qualemcunque rem furtivam, ut pœnam furis sustineat.* Et Phocylides.

φωρῶν μὴ δέξῃ κλοπίμην ἀνδρῶν παραθήκην.
ἀμφότεροι κλῶπες καὶ ὁ δεξάμενος, καὶ ὁ κλέψας.

AD TITULUM XL.

DE REQUIRENDIS REIS.

DE reis jam dixit ante, qui præsentes rei fiunt litis contestatione, post quam etiam absentes damnari possunt, ut ante dixi ad *titul. de injur.* Nunc de reis absentibus dicit, qui fiunt requirendi, qui certe damnari non possunt. Qui fiunt requirendi, ut ait *l. 1. h. tit. si factus sit requirendus*, & Græci ad *l. adulteram, sup. ad leg. Jul. de adult.* Ii sunt, cum quibus lis non est contestata, qui semper judicio absfuerunt. Fiunt autem requirendi cum annotantur inter reos, ut ait *lex 3. hujus tit.* ut scilicet requirantur, non ad pœnam, quoniam damnari non possunt, sed ad purgandam innocentiam suam: & edictis evocantur, bonis eorum obsignatis, nondum publicatis: nec enim absentes damnari possunt, qui nunquam litem sunt contestati, nisi sint levia crimina. Non possunt igitur damnari absentes, qui nunquam litem sunt contestati, videlicet, si gravia fuerint crimina, ut ait *l. 1. hujus tit.* quæ verba interpretatur *l. 1. ff. eod.* in qua citatur etiam hæc constitutio, ut sint graviora crimina, quæ inferunt mortem, vel capitis deminutionem maximam, hoc est, servitutem, & addatur *l. absentem, D. de pœn.* Requirendis autem factis datur annus, intra quem venientes se purgare possint, & bona sua recipere, quæ sunt obsignata. Et si forte venerint intra annum, & mox decesserint in reatu, heredes eorum bona recipiunt, *l. 1. hujus tit. l. 2. sup. si pend. appellat. mors interven.* Post annum, qui non venerunt, bona eorum publicantur, & in fiscum rediguntur, *l. 2. & l. 3. hujus tit.* nec si venerint post annum, ea bona possunt recipere. Quod semel sumpsit fiscus, nunquam reddit, ut *l. 2. hujus tit. l. 1. ff. ad l. Jul. de amb.* Post annum quidem audiuntur, si velint purgare innocentiam suam: Nam quocunque tempore licet se purgare, & defendere, etiam post quintum annum, sed bona confiscata non recipiunt, nec famam. Nam post annum, & bona publicantur, & infamis fit. Et ita est accipienda *l. 3.* ut fiat infamis ipso jure post annum, nec accipe legem 3. de infamia facti, ut glossa, sed de infamia juris, ut post annum bona transferantur in fiscum, infamis fiat. Cæterum fama poterit restitui à principe bona autem confiscata vix restituuntur.



AD TITULUM XLI.

DE QUÆSTIONIBUS.

EXPOSITA ratione faciendorum reorum, & exhibendorum, & custodiendorum, & ad extremum etiam, ubi absunt, adnotandorum inter reos, expositisque variis judiciis, quibus varia crimina coercentur, tempus erat dicere proprio titulo de Quæstionibus, de quibus obiter ante, cum ea exponerentur facta mentio est: hæ sunt strictiores inquisitiones criminum, ut ait *lex 3. ad leg. Jul. majest.* quæ scilicet non sunt nudæ interrogationes, sed quæ fiunt per vim, & tormenta, cruciatusque corporis reorum, vel testium, & quandoque etiam accusatorum, ut *d. l. 3.* efficacissimæ ad requirendam veritatem, ut est in edicto Augusti, quod proponitur in *l. edictum, D. eod. tit.* Duæ autem potissimum leges sunt in hoc titulo, quæ desiderant operam nostram, quæque ad se trahunt cæteras fere omnes, *l. 1. & l. pen.* Hodie tantum legem primam explicabo, quæ pertinet ad veterem illam regulam juris, sive vetus Senatusconsf. ut ait Cornel. Tac. 2. *Annal.* ne de servo quæstio habeatur in dominum, ne offerente quidem domino servum quæstioni, ut *l. 7. h. t. l. 18. §. servus nec si à Domino, D. eod.* Et hujus regulæ ratio hæc est, quia indignum est audiri servum adversus dominum,

num, & dominis maxime periculosum, & dominorum morte ipsa tristius, quoniam (ut est in proverbio) quot servi, tot hostes. Et quia, ut pro domino servus non torquetur, *l. 6. & 14. h. tit. l. 7. sup. de test.* ita æquum est, ne audiatur etiam adversus dominum, imo nec adversus patrem, aut matrem, aut filium, aut tutorem domini sui, *l. 2. hoc tit. l. 10. §. 1. ff. eod. tit.* nec adversus dominum pro parte, id est, adversus unum dominum ex pluribus, *l. 13. hujus tit. l. 3. ff. eod.* Nec adversus eum, qui quondam dominus fuit, in memoriam prioris dominii, ut in *l. 11. & 17. §. servum in caput, ff. eod. tit.* Sed addenda est hæc exceptio, nisi dominio ejus exierit, eo deportato, vel dato in metallum, mancipiis, & bonis omnibus suis publicatis: Nam domini damnati servos constat in eum torqueri posse ex nova causa, *l. 1. §. item Mummio, ff. eod.* Et hanc addit rationem illo loco: quia desierunt esse ipsius. Et mirabilis ratio, & quæ, quod ante posuimus evertit, ut neque torqueri possit in eum, cujus desiit esse servus, qui quondam dominus fuit. Sed tamen ita est scriptum Florentiæ, illo loco, *quia desierunt esse ipsius*. Et in Basil. ἐπαύσαντο γὰρ εἶναι αὐτοῦ, ut non sit dubitandum de castitate scripturæ. Et tamen certum est, eam rationem, si generaliter accipiamus, esse falsam, & vitiosam. Nam si servus sit damnatus in metallum, vel si ab emptore redhibitus sit venditori, vel si venditus sit, & traditus, desinit esse ejus, & tamen in eum torqueri non potest, *d. l. 11. 17. & 18. §. servus in caput, eod. tit.* Nec probatur fraus Augusti, & Tiberii, qui quem volebant torqueri in dominum, prius jubebant à domino distrahi fisco, vel reipublicæ, apud Dionem 53. & Cornel. Tacitum 2. *Annal.* quoniam nec venditus servus potest torqueri in venditorem in memoriam prioris dominii, alioquin hoc genere semper eluderetur vetus illa constitutio juris, domino coacto vendere à principe. Igitur ratio illa *l. 1. §. item Mummio*, est tantum accommodanda ad suum casum, non generaliter accipienda. Nec enim rationes Jurisconsultorum omnes sunt admodum necessariæ, pleræque sunt coloratæ, & tantum probabiles. Hoc autem modo accommodabitur, ut servi ejus, qui est damnatus, & damnatione capite minutus, scilicet amissis bonis omnibus, possint in eum torqueri, quia ejus esse desierunt propter scelus, & turpitudinem ejus, ut plane egerit se indignum, cujus memoria coleretur à servis, qui ejus esse desiissent eo modo, argumento *l. ult. supra qui, & advers. quos in integ. rest. postul.* Ubi patronis aut parentibus, si turpes sint personæ, nec honos, nec memoria vivis, aut mortuis eadem pariter exhibetur, ac si honestæ essent personæ. Porro ab illa veteri regula juris lex 1. hujus tituli excipit tria crimina, in quibus servi torquentur, & interrogantur in dominos. Primum est crimen fraudati census, quod per consequentias est etiam crimen fraudati tributi fiscalis. Nam fraudati census in *l. 1.* non est (quod glossa ait) fraudatæ annonæ, sed si quis in censum non deferat omnia, quæ habet fisci fraudandi causa, cui pro modo eorum, quæ possidemus, debentur tributa, in quibus sunt nervi Reipublicæ, ut ait *lex 1. §. in causa, D. eod.* qui est de hoc crimine fraudati census, quia est de fraudatis tributis, in quibus, inquit, sunt nervi reipublicæ, & licet etiam servo hoc crimen ultro deferre adversus dominum, *l. vix, ff. de judic.* & nisi detulerit, de salute sua periclitatur, quæ est ratio, quæ juste compellit servum, & instruit ad professionem, id est, ad delationem, seu judicium istius criminis. Et ita est explicandus *d. §. in causa*, qui prima facie videbitur obscurus. Alterum crimen est perduellionis, quod etiam ultro servus potest, & debet, si scierit, deferre adversus dominum, ne veniat in vitæ suæ discrimen, & periculum. Ergo in eo crimine potest etiam interrogari, & torqueri in dominum. Tertium est crimen adulterii, in quo constat ex lege Julia servos uxoris torqueri in uxorem, servos adulteri adversus adulterum, id est, qui dicitur adulterium commisisse, *l. 3. & 32. & ult. sup. ad leg. Jul. de adult.* hac tamen conditione, ut post quæstionem habitam de eis in reum adulterii, vel ream, in cujus sunt potestate, publicentur, seu redigantur in fiscum, ut scilicet sine ullo metu verum dicant, nec obdurent in quæstione, dum timent ne redeant in potestatem reorum, in quos torti sunt, *l. si postulaverit, §. jubet, ff. ad leg. Jul. de adult.* Post quæstionem recte publicantur, ante quæstionem non recte publicantur venditione extorta à domino in fraudem illius veteris constitutionis. His tribus criminibus alia addi oportet, veluti crimen per insidias appetitæ vitæ mariti, aut uxoris, quod conjungit adulterio, *l. ult. sup. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ est conjungenda cum *d. l. 32.* Unde exemplo adulterii possis dicere, etiam in hoc crimine post quæstionem servos esse publicandos eadem ratione. Et notandum, hæc duo crimina (adulterii, & insidiarum factarum vitæ uxoris, aut mariti) servum non posse deferre ultro adversus dominum, sicut potest crimen perduellionis, & crimen fraudati census: sed tantum potest etiam in crimen adulterii, & insidiarum factarum vitæ conjugis, torqueri in dominum, vel dominam: Nam (quod notandum) etsi, ut opinor, quacunque ex causa ultro servus dominum deferre potest, veluti fraudati census, ut dixi, vel læsæ majestatis, & alia duo crimina addas, vel arctioris annonæ, quod dominus supprimat annonam, & arctet; vel falsæ monetæ, *d. l. vix*, ex eadem causa servus etiam in eum torqueri, & interrogari potest; quia si ultro potest deferre, certe etiam invitus per tormenta cogetur declarare veritatem. At non ita e contrario quacunque ex causa servus torqueri, & interrogari potest in dominum, non potest etiam ultro eum deferre, ut in crimine adulterii, & insidiarum. Constat etiam pro domino adversus dominum servum posse torqueri. Ut si duo sint domini, & alterum dicatur occidisse, *l. 13. hujus tit. l. 17. §. pen. ff. de Senatusc. Syll.* Nam nec alia ratione dicitur servus in crimine perduellionis posse interrogari in dominum, quam quod interrogetur in dominum, pro domino rerum, id est, principe, *l. 2. Cod. Theod. ne præter majestatis crimen servus dominum accuset*. Et ita licet servus non soleat torqueri per tormenta in domini tutorem, interrogabitur tamen per tormenta pro domino, puta agente tutelæ in tutorem ejus, *l. 2. hujus tit.* Item pro domino occiso in heredem, qui dicitur eum occidisse, vel mandasse occidi eum, *l. 6. §. 1. ff. de Senatusc. Syllan.* Item pro successione domini defuncti, si sit incerta & controversa, vel eo maxime, quod cum causa in incerto est successio, & incertus successor domini defuncti; & plures inter se de hereditate disceptant, nondum habet servus ullum certum dominum. Et ideo, sive sit quæstio de fide generis, de statu ingenuitatis, de supposito partu, de falso testamento, servi hereditarii possunt interrogari, nempe pro successione domini defuncti, cujus interest habere heredem certum. Et hoc ostenditur in *l. 9. & 10. & 13. h. tit. l. 2. l. 17. §. 1. & l. 18. §. judex, ff. eodem*. Imo vero si non sit controversia de hereditate domini defuncti, sed tantum de certis corporibus, & rebus hereditariis, aut sint ex hereditate, inter coheredes, vel inter heredes, & legatarios, aut creditores servi hereditarii, qui rerum habent notitiam, interrogandi sunt per tormenta, ut fit: Nam servo non creditur sine tormentis, non sunt interrogandi de heredibus, qui sunt heredes, quia de eo non quæratur, nam constat inter omnes, sed tantum de rebus hereditariis, de quibus ambigitur, *l. ult. hujus tit. l. ult. §. licentia, sup. de jure deliber. & Novella 1. & 48.* Sed exigit *l. ult. hujus tit.* ut qui de hac causa servum hereditarium postulat in quæstionem, prius juret de calumnia, id est, purget se jurejurando, se hoc postulare bona fide, quod existimet per servos hereditarios expediri posse, an res sint hereditariæ, de quibus ambigitur, ut in *l. 1. sup. de jurejur. propter calum.* quæ est conjungenda cum *l. ult. hujus tit.* & illius subscriptio emendanda est ex subscriptione legis ultimæ hujus tituli, & de iis hactenus. Sequitur altera pars legis primæ, in qua parte proponitur differentia una inter causas criminales & pecuniarias; cujus ratione videtur quodammodo ne-

cti

ſtii initium hujus tituli cum fine tituli ſuperioris: Nam A in *l. ult. tit. ſuper.* ponitur alia differentia inter cauſas criminales, & pecuniarias, quæ lex (quod pauci animadvertunt) ducta eſt ex *l. 29. Cod. Theod. de petitionib. & ultro datis*. Ut autem ſit conſtituenda, & enodanda differentia, quam dico proponi in ſecunda parte hujus legis primæ, non eſt facile expedire ob duplicem ſcripturam legis primæ: Nam vulgo, ac etiam in Baſilicis in ea legitur, *nec inopia probationum*. At Haloander legit, ut & plerique veteres Codices habent, *ex inopia probationis*. Secundum vulgatam ſcripturam differentia hæc erit, in cauſis criminalibus, ſi ſit inopia probationum, ſervum non audiri in dominum, præſcriptione refelli ſervum, qui in cauſa criminali quid dicit in dominum. Sed ſi ſit copia aliarum probationum, quibus conſtet fides veri, ea præſcriptione uti, *de ce reproche*, B nihil attinere, nihilque prodeſſe domino, quo magis relevetur, ſatis convicto aliis probationibus, ut non ſit neceſſe refelli dictum ſervi, quod pro non dicto poſſis habere. In pecuniariis vero cauſis etiamſi ſit inopia aliarum probationum, ſervos in dominum interrogari non poſſe, hic eſt ſenſus hujus legis: ſi legis, *nec inopia probationum*. At hoc ſenſu nulla ponitur differentia inter cauſas criminales, & pecuniarias, ſed idem omnino in omnibus jus, ut ſcilicet per inopiam aliarum probationum non interrogetur ſervus adverſus dominum. Et tamen lex ponere voluit differentiam inter has, & illas cauſas, quia poſtquam dixit de criminalib. cauſis, ſubjicit (*in pecuniariis vero*) quaſi aliud ſtatuens in pecuniariis, quam tamen differentiam deſtruit, qui legit, *nec inopia probationis*, & vinculum illud, ut fit ſæpe, quod eſt initio hujus C tit. cum extremo ſuperioris. Itaque non hanc vulgatam, ſed aliam ſcripturam magis probo, ut ſcribamus, *ex inopia probationum*, ut Haloander. Nam manifeſto inter cauſas criminales, & pecuniarias hanc differentiam ponit, quod in criminalibus, nec ſi ſit inopia probationum, audiantur ſervi in dominum: in pecuniariis ſi ſit inopia aliarum probationum, audiantur. Et *ex inopia*, id eſt, propter inopiam, ut illo Salluſtii loco, *ex divitiis, luxuria juventutem invaſit*. Et ratio differentiæ eſt evidens. Non, ut quidam ait, & alios etiam dixiſſe confingit falſo, quia in pecuniariis cauſis ſervi interrogantur nuda interrogatione, non etiam torquentur: nec enim hac ratione unquam uſus ſum: & in hoc titulo (*interrogare*) eſt ſemper per tormenta, ſed ratio differentiæ hæc eſt, quia in pecuniariis cauſis ſervus, qui torquetur, & inter- D rogatur, non interrogatur in caput domini: ex SC. vetita eſt tantum interrogatio in caput domini, ut non ſit iniquum in pecuniariis cauſis, in quibus non de capite domini agitur, maxime deficientibus aliis probationibus, ſervum audiri contra dominum. Et hoc etiam confirmat *l. 6. ſervi, ff. de teſtib.* dum ait, ſervi reſponſo (generaliter cujuſcumque ſervi) in cauſis pecuniariis ſcilicet, tunc eſſe credendum, cum alia probatio, ad eruendam veritatem non eſt, id eſt, ſi ſit inopia probationum. Confirmat etiam hoc *l. 12. hoc tit.* cum ait, ſi de dominio ſervi quæratur, inter dominum ſcilicet, & extraneum, in ea cauſa, quæ eſt pecuniaria, ſervos ita demum cum tormentis interrogari poſſe, ſi aliis probationibus veritas illuminari non poſſit, id eſt, ex inopia probationum. Et poſtremo hoc etiam confirmat *l. Divus, ff. eod. tit.* quæ E de ſervis generaliter loquitur tam propriis, quam alienis, quod indicat ea lex, dum infert licere igitur, & de ſervis alienis habere quæſtionem, ſicut de propriis, ſcilicet in pecuniariis cauſis, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, id eſt, ex inopia probationum. Et addit, ut & D. Severus reſcripſit in *b. l. 1. §. item Severus Antigono*. Nam & hæc l. 1. eſt inſcripta Antigono, ut alias admonui. Unde quoties legimus in pecuniariis cauſis ſervos non interrogari in dominum, ut in *l. 2. & 6.* & à contrario ſenſu in *l. 15.* hoc ſic excipi debet, ut non poſſit interrogari in pecuniariis cauſis adverſus dominum, niſi urgeat magna inopia aliarum probationum. Reſtat ut adnotemus ex hoc tit. de liberis hominibus, qui quæſtioni ſubjici

poſſunt, vel non. Servos jam oſtendi heri ſubjici quæſtionibus, & tormentis, tam alienos, quam etiam quandoque proprios, qui facti ſunt conſcii, vel auctores non tantum in criminalibus cauſis, ſed etiam in pecuniariis, ſcilicet, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, *l. Divus, ff. eod.* Ergo ſive accuſentur ſervi, ſive ad teſtimonium provocentur, ſervi alieni, aut proprii torqueri poſſunt: liberi autem homines vocati ad teſtimonium in pecuniariis cauſis, etiamſi res ſit obſcura, qua de agitur, quæ nullis ſit ſubnixa probationibus, nullis probetur argumentis, vel ſignis, torqueri non poſſunt: quia nec ſtatuliberi poſſunt torqueri in pecuniariis cauſis, qui ſpem tantum habent obtinendæ libertatis, nondum ſunt liberi, nec deportati in inſulam, qui liberi quidem ſunt jure gentium, ſed non jure Quiritum, quia deſierunt eſſe Quirites, *d. l. Divus, §. pen. & ult.* At ut in criminalibus cauſis ſtatuliberi vocati ad teſtimonium in caput alterius torqueri poſſunt, *l. edict. §. ult. ff. eod.* Ita etiam liberi, maxime pro vacillante teſtimonio, ut ait *l. ex libero, initio, ff. eod.* vel etiamſi infames ſint: Nam & infames quandoque ad teſtimonium, imo, & ad accuſationem admittuntur, ut in cauſa læſæ majeſtatis, *l. famoſi, ff. ad l. Iul. majeſt.* & in cauſa arctioris annonæ, *l. mulierem, ff. de accuſationibus*. Unde ait *l. hoc carmen, §. ſi ejus rei, ff. de teſtib.* ſi ita ſit rei conditio, ut admittat arenarium teſtem, vel ſimilem perſonam, id eſt, famoſam perſonam, ſeu infamem, ut puta ſi ſit reus majeſtatis, vel fraudatæ annonæ. His perſonis famoſis licet ſint liberæ, non eſt credendum ſine tormentis, quod congruit cum *§. 1. Novellæ de teſtibus*. Et hoc ſi liberi homines ad teſtimonium vocentur in cauſis alienis. At quid ſi ipſi accuſentur, quid ſi ipſi liberi homines rei poſtulentur? Et hoc quoque caſu plebejos conſtat torqueri, ut in *l. 3. hoc tit.* libera mulier, quæ veneno maritum necavit (ſic enim ad eam legem ponunt ſpeciem tum Latini, tum Græci) Ea, inquam, mulier veneficii poſtulata torquetur: ſed primum interrogantur ſervi alieni, qui facti conſcii ſunt, vel eſſe præſumuntur, nedum proprii ſervi, quod ad eam *l. 3.* Baſil. adeunt ex *l. ult. ſup. ad Corn. de ſicar.* Denique torquetur mulier poſtulata de veneno porrecto marito, quo maritum extinxit, videlicet, ut ait lex, ſi opprimatur argumentis quibuſdam: Nam quæſtio non habetur de quoquam niſi extrinſecus impleatur accuſatio quibuſdam argumentis. Iraque *l. 3.* recte ait, dixiſſe Imperatorem Antoninum *cognitionaliter*, id eſt, utraque parte præſente, vel [illegible], cui opponitur *μονομερῶς*; dixiſſe, inquam, mulierem in ea ſpecie non torqueri, niſi opprimatur quibuſdam argumentis veriſimilibus, aut probabilibus, quibus veluti certis indiciis moveatur judex, ut ait *l. 8. hujus tit.* Ex qua in *l. 17. ſup. ad leg. Cornel. de falſis*, pro (*cæteris judiciis*) velim reponi (*certis indiciis*) quoniam idem ait, quod *l. 8. hujus tit.* ut ſi prius judex fuerit commotus certis indiciis, tum jubeat reos exhiberi, ut de eis quæſtio habeatur, hæc de plebeis. Conſtat etiam eos, quos à plebe ſecernit dignitas, aut ſplendor generis, aut militia, aut emerita militia, torqueri, ſi objiciatur crimen perduellionis, *l. 3. & 4. ſup. ad leg. Iul. majeſtat. l. 16. hujus tit.* Vel etiam quod perduellioni, ſive læſæ majeſtati proximum eſt, ſi eis objiciatur crimen maleficarum artium, ut in *l. 7. ſup. de malefic. & mathemat.* crimen ſcilicet maleficarum artium, quas dicantur non exercuiſſe paſſim, ſed in comitatu Auguſti, vel principis quoniam, qui has artes exercent in comitatu principis, propemodum pulſant, & appetunt ipſum principem, *ipſam majeſtatem*, & ideo crimen eſt proximum læſæ majeſtati, & in eo nulla dignitas excuſat à tormentis: *Cum*, inquit, *has artes exercuerit in comitatu noſtro, vel Cæſaris*, ut ait *l. 7.* plane ſeparans Cæſarem ab Auguſto; quam ſeparationem Trajani ætate primum fuiſſe introductam didici ex Aurelio Victore, non mutilo quidem illo, & decurtato, qui formis eſt expreſſus, ſed integriore, quem habuimus. Ejus verba ſunt: *Trajanus*, inquit, *grandæva ætate, adſcito ad imperium Adriano cive, & propinquo,*

pinquo, abhinc divisa sunt nomina Cæsarum, & Augusti, A *inductumque in Rempub. ut duo, vel plures summæ potentiæ dissimiles cognomento, ac potestate dispari sint.* Augustinus in fin. 10. de Trinitate. *Cæsarem cum Augusto commune habuisse purpuræ gestamen, at non idem Diadema.* Quod etiam Zonaras scribit in Michaele Stratiotico. Ammianus Marcel. duobus locis, Cæsarem Augusto esse veluti apparitorem, non residem, sed ultro citroque discurrentem mandato Augusti, *lib.* 14. Verum ad rem. In cæteris omnibus dignitas, & splendor generis, & militia excusat à tormentis, *l.* 8. 11. *& pen. h. tit.* Et *l.* 11. primum nominat eminentissimos, & perfectissimos, quos non vult ob dignitatem, quam sustinent, affici pœnis, aut quæstionibus plebejorum. Et eminentissimos vocat viros illustres, ut in constitutionibus Justin. Tribonianus modo vir eminentissimus, modo vir illustris appel- B latur. Contineri etiam possunt eo nomine spectabiles, & clarissimi. Eminentissimi igitur sunt viri illustres, clarissimi, quoniam potissimum hi tres dignitate eminent in rep. perfectissimi sunt inferiores clarissimis. Ammianus Marcel. 21. *Nec sub eo dux quisquam provectus est cum clarissimatu; erant enim*, inquit, *perfectissimi*. Ait autem *l.* 11. neque eminentissimos, neque perfectissimos subjici tormentis, & pœnis plebejorum, neque liberos eorum usque ad 3. gradum, si modo liberi omnes eorum illæsam existimationem suam conservarint, *s'ils ont toujours vescu noblement sans reproche*. Nam si vel unus eorum notatus fuerit infamia, veluti damnatus jud. pub. hoc maculat cæteros, & privilegium illud extinguitur, neç transfertur ad ulteriores. Finge, ex avo eminentissimo, aut perfectissimo esse patrem, & filium, & nepotem, & C patrem notari infamia criminis cujusdam famosi: nota patris maculat filium, & nepotem excludit supradicto privilegio, & beneficio, ne subjiciatur pœnis, aut quæstionibus plebejorum. Hæc est sententia *l.* 11. in prima parte. Subjicit eadem l. in 2. parte: Idem esse observandum in decurionibus, & hoc referre Domitium Ulpian. in *lib. disp.* quod & verum est, hoc enim refert in l. 2. *ff. de decur.* quæ est ex lib. 1. Disput. Ait, *in decurionibus autem, & filiis eorum hoc observari vir prudentissimus Domitius Ulpianus*, &c. in filiis eorum, inquit, ubi *filiorum* appellatione oportet intelligere omnes liberos usque ad 3. gradum exemplo eminentissimorum, & perfectissimorum. Nam hoc privilegium decurionum non tantum ad filios, sed ad nepotes, & pronepotes transit, ut ostendi in *l. moris, §. pen. ff. de pœnis, & l. si quis filio, §. ejus, ff. de inj. rup. irr. fact. testam.* D Ergo in liberis decurionum idem statuemus, quod in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum, ut scilicet nota unius noceat posteris, ut posteris auferat privilegium. Verum hoc pugnat omnino cum *d. l. §. in avo*. Cujus tamen auctoritate utitur: Nam ait, *in avo recte Papinianus respondit, ut nota patris non macularetur filius*, quorum verborum non potest esse alia sententia, quam, ut si sit avus decurio, & pater, & filius, & nepos, notato patre, filius non maculetur, aut nepos contagione patris, ut filius nihil sibi metuat, vel honori, quem ducit ex avo decurione. Est eadem species, quam posui ante in liberis eminentissimorum; & tamen in iis liberis decurionum *l.* 11. *ait*, idem servari, quod in liberis eminentissimorum, in medium adducta auctoritate Ulpiani, qui tamen longe secus scripsit in *d.* E *§. in avo, l.* 2. *ff. de decur.* quæ est *ex lib. Disputat.* Idem etiam omnino scripsit Ulpianus in *l. emancipatum, §. ult. ff. de senator.* si avus fuerit senator, seu decurio (nam & decurio senator est municipalis) pater autem notatus sit infamia, etiamsi filius sit conceptus post inustam notam patris, dignitatem avi ei prodesse potius, quam nocere infamiam patris. Ergo indistincte seu filius, qui habet avum senatorem, vel decurionem, sit conceptus ante infamiam patris, vel post infamiam patris, infamia patris nihil ei præjudicat. Ulpianus ergo his duobus locis aperte dissentit ab eo, quod proponitur in hac *l.* 11. aut negat se id scripsisse, vel sensisse, quod ei hæc *l.* 11. attribuit, ut scilicet quemadmodum in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum nota patris nocet, ulterioribus dignitas avi non prodest: ita etiam in liberis decurionum nota patris maculet cæteros liberos. Non potest res in concordiam adduci ullo modo, legantur glossæ, & interpretes, & ab eis legantur allegatæ innumeræ rationes istius nodi dissolvendi, sed irritæ omnes, & quæ nullius sani hominis judicium explicant. Velim vos observare in hac *l.* 11. manifesto Imperatores voluisse ponere differentiam inter liberos eminentissimorum, & perfectissimorum, & liberos decurionum, quoniam ubi dixit de liberis eminentissimorum, adversative subjicit, sive quasi ex adverso, *in decurionibus autem, & filiis eorum, &c.* Hæc sunt verba volentis ponere differentiam, quæ tamen nulla erit omnino, nisi legas negative, *in decurionibus autem, & filiis eorum hæc non observari, &c.* B Et, ut ita legamus, compellit me ipsemet Ulpianus, cujus auctoritate utimur non uno in loco, sed duobus in locis, & illo ipso loco, puta disput. qui notatur in hac l. 11. Sic igitur posita hac differentia intelligamus majorem integritatem, & castimoniam exigi in genere eminentissimorum. Nec abs re. Nam & horum æquum est mores eminere, & prælucere cæteris omnibus. Itaque eam gentem deturpat, vel unius ex liberis infamia, quod attinet scilicet ad istud privilegium, quod non ita facile admittitur in genere decurionum, res est verissima: in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum decus perpetuum exigimus, nec interruptum, ut in ea familia istud privilegium perseveret, ne experiantur pœnas, aut quæstiones plebejorum. Ad hæc est notandum ex *l. pen. hujus tit.* ad quam erat referenda illa lex 11. quam potius debui facere potiorem, cum lege C prima, quam cum *l. pen.* quod sit difficilior: eadem tamen de re, utraque *l.* 11. *& pen.* Et ostenditur *l. pen.* idem privilegium dari principalibus, qui, inquit, principali honore muniti sunt, vel apertius ut in C. Theod. principalitatis honore: qui sunt principales? Ii sunt primi decuriones, qui & primarii curiarum in *l.* 39. *C. Th. de decur.* primi Senatores, primi decuriones usque ad decem scilicet. Et ideo iidem sunt principales, & 10. primi curiæ, *l.* 52. *&* 54. *C. Th. de hæret.* ad quem honorem principalitatis perveniunt ii tantum, qui sunt perfuncti gradatim in sua patria omnibus muneribus civilibus, ut ostendit *l.* 5. *&* 77. *&* 75. *C. Theod. de decur.* Et hoc est, quod ait hæc lex, hanc esse mercedem laboris multorum munerum gestorum pro patria: hoc ait *l. penult.* ut D scilicet principales non subjiciantur pœnis plebejorum. ut à D. Augustino in libris de civitate Dei, Areopagitæ vocantur principales. Et idem privilegium competere ait, si desierint esse decuriones, in memoriam scilicet prioris dignitatis, ut ait l. *ult. ff. de decur.* dum ait eum, qui desiit esse decurio, & postea damnatus est, non posse torqueri, quia plerunque damnati torquentur, ut prodant sceleris participes, & socios, *l.* 5. *sup. de falsa mon. l. ult. sup. de malef. & mathemat. l. provinciarum, sup. de feriis.* Adnotandus tantum est, præter superiores notatos casus, quibus, qui in dignitate politi sunt sine delectu torquentur, cum atrocia crimina eis objiciuntur, veluti majestatis læsæ, aut minutæ: præter eos casus, addendus est tantum unus, quo decurio subjici potest tormentis, si ante decurionatum tabellio fuerit, & falsa pleraque E instrumenta conscripserit. Nam si arguatur falsi post decurionatum, ex hac causa subjici potest tormentis, ex *l. si quis decurio, sup. ad leg. Cornel. de fals.* si hoc res exigat, ut quæstio de ea habeatur. Nam ut ait, scripturæ fides, cum id res exigit, per ipsum debet probari scriptorem. Ideoque decurio torquetur eorum nomine, quæ falso dicitur scripsisse ante decurionatum cum tabellio esset. Nam observandum est, decurionem non posse fieri tabellionem, ut in *l. universos, inf. de dec.* Sed tabellio potest misso eo munere decurio fieri, seu conscribi in curiam, & minorem Senatum suæ civitatis. Qua in dignitate torquebitur etiam de eis, quæ cum esset tabellio, dicitur falso conscripsisse, *d. l. si quis decurio, sup. ad leg. Cornel. de fals.* Non omittam, in *l.* 9. *h. tit.* vulgo male legi,

ne

ne alienæ forte sordidæ stirpis, &c. Ait *l.* 9. cum quæritur de statu ingenuitatis, etiam exquisitam quæstionem habendam esse, etiam, atque etiam inquirendum esse ea de re, quæ est maximi momenti, ne qui sint alieni, forte sordidæ stirpis, irrepant in splendidam familiam, & aliis debitam successionem arripiant. Nam certe veteres libri habent, *ne alieni forte sordidæ stirpis*: & Basilica etiam id confirmant: ἵνα μὴ ἀλλότριοι τύχωσιν, &c.



AD TITULUM XLII.

DE ABOLITIONIBUS.

OBITER etiam sæpius ante dictum est de accusatorum temeritate, & calumnia, quæ coercetur lege Remmia, & de abolitione, sine qua impune institotam accusationem deserere non possunt ex leg. Petronia, & Senatusc. Turpil. cui rei debebatur proprius, specialisque tractatus, & vero nunc datur hic titulus, & quatuor, qui sequuntur. Hodie hunc tantum titulum explicabo, & sequentem. Hic est de speciali abolitione, sequens de generali. Hic, inquam, est de speciali, & privata abolitione, quam non impetrari facile ait *lex qui cum natu major*, *§. 1. de bonis libert.* & est venia omittendæ accusationis, vel deferendæ, quam petit accusator à judice, in cujus officio accusationem instituit, *l. abolitionem*, *sup. ad leg. Jul. de adult. l.* 15. *D. de jure fisci*. Nec enim ad abolitionem obtinendam necesse est accusatori adire principem, sed judicem, apud quem instituit accusationem, pro tribunali sedentem, & præsente adversa parte, ut liceat ei desistere, & pœnitere ab accusatione, redditis causis, propter quas desiderat desistere, ut puta allegans, se ad accusationem prosiliisse errore facti, vel inconsulto, aut juvenili calore. (Nam & juvenes, id est, adolescentes ad accusationem admittuntur, præterquam adulterii) se igitur accessisse ad accusationem calore juvenili, ut apud Symmachum, *epist. ult. lib.* 1. Accusator omissionem, id est, abolitionem petit obtentu inconsultæ adolescentiæ suæ pariter, atque militiæ. Igitur reddenda est causa judici, exponenda petitæ abolitionis, ut si justa sit, detur perpenso consilio, & causa cognita etiam invito reo, ut in *l.* 3. *h. tit.* Et justa etiam est causa accusatori petendæ abolitionis, si propinquos suos in reatum, in accusationem deduxerit: quorum postea misereatur, *l.* 2. *h. tit.* in fine. Itemque si quis suæ, aut suorum injuriæ exsequendæ causa accusationem instituerit, *d. l.* 2. *& l. quamvis*, *sup. ad leg. Jul. de adult.* Quia hic, qui exsequitur suam injuriam, vel suorum, privatam causam agit, quam cur non omittat, si velit petita venia? At qui publicam causam agit, qui accusationem instituit publico jure, publicum jus temere prodere, atque omittere non potest. Impetrata autem abolitione non potest ab eodem in eundem renovari crimen, ut ait *lex* 1. restaurari crimen, *l. mulier*, *§. ult. ff. ad Senatusc. Turpill.* nisi nutu principali, id est, permissu principis (recte sic legitur, *nutu principali*) accusationem, cujus abolitionem petiit, & impetravit, restaurare potest, alias non potest, etiamsi reus post abolitionem impetratam non præstet accusatori fidem, non præstet, quod promisit se daturum, vel facturum, si abolitione petita accusator desisteret, *l.* 3. *ad Senatusc. Turpill.* Nam & pactione habita cum reo, qui abolitionem petit, recte petit, si cognatum accusaverit, vel si privatam causam egerit suam injuriam defendens, vel suorum, non etiam si egerit publicam, & extraneum accusarit. Nam abolitio ex compacto partium honeste non petitur, cum publico jure adversus extraneum semel accusatio institota est, & inchoata. Et ita est explicanda *l.* 1. *h. tit.* Et in illo loco (*sin autem per deceptionem*) certe legendum est, *per depectionem*, trajectis literis, ut in *l.* 1. *C. Theod. eod. tit.* Et in Basilicis. κατὰ σύμφωνα, De-

A pectionem vocat pactionem habitam cum reo de petenda abolitione, quæ turpis est, si crimen non fuerit capitale, & quod ita pacti sunt inter se accusator, & reus, uterque punitur: honesta autem pactio est, si crimen fuerit capitale. Et quod ita pacti sunt de crimine capitali, accusator tantum punitur, non reus, qui redemit salutem suam, excepto crimine adulterii, & ex non capitalibus, falsi, *l. transigere*, *sup. de transact. l.* 10. *sup. ad leg. Jul. de adult.* At prætorea notandum est, abolitionem etiam non dari manifesto calumniatori, qui non errore prosiliit ad accusationem, sed militia mala, *l.* 3. *hujus tit. l. pen. inf. de calum. l.* 5. *ff. de jure fisci*. Non dari etiam abolitionem, nisi re integra, reo tamen sub custodia officialis facto, sive posito, nondum etiam reo experto carcerem, aut vincula, aut tormenta: Nam si res non sit integra,

B puta si sit perventum ad tormenta rei, si reo sint injecta vincula, & catenæ, non petitur, daturve abolitio invito reo. At si res sit integra, reo tantum posito sub custodia officii, non petitur etiam abolitio invito reo, nisi intra triginta dies, ex quo reus factus est in custodia officii, quod tempus triginta dierum etiam datur reo ad res suas componendas, & ut interim se comparet, & instruat ad sistendum in judicio, *l.* 2. *sup. de exhib. reis*. Et hæc omnia continentur *in l.* 3. *h. t.* Simul & hoc, ut non petatur etiam abolitio, ne consensu utriusque partis, si jam torti sunt ingenui homines vocati ad testimonium, & torti quasi sceleris participes. Qui casus est addendus ex *l.* 3. iis, quos exposui heri, quibus liber homo in testimonium vocatus torqueri potest, ut si sit infamis, si vacillet testimonium ejus, si nutet, & subsit in eo suspicio men-

C dacii quædam: itemque si dicatur particeps sceleris. Si ingenui homines torti sunt, non est integrum petere abolitionem, si servi torti sunt ad testimonium vocati, aliud est, quia non sunt tanti. Quædam etiam ostendit *l.* 3. esse crimina, quorum abolitio non petitur, ut crimen læsæ majestatis, & desertæ militiæ, & peculatus, id est, interceptæ pecuniæ publicæ: Quæ sola nominat: sed addit generaliter, omniaque, quæ in jure veteri continentur. Unde quæres merito, quæ sint alia crimina, quæ jure veteri continentur, quorum abolitio peti non potest. Puto esse eadem crimina, ad quæ non pertinet generalis abolitio, sive indulgentia, quod conveniens esse videatur, & consentiens, ut reis criminum, quibus non prodest generalis abolitio, non prosit etiam specialis. Et à generali abolitione, sive indulgentia, puta, quæ reis

D tribuitur feriis paschalibus, in *l.* 3. *sup. de episcop. audient.* excipiuntur non tantum majestatis rei, sed etiam sacrilegi, & adulteri, stupratores, incesti, ne fruantur indulgentia castarum feriarum, & raptores, & violatores sepulchrorum, & adulteratores monetæ, & venefici, malefici, parricidæ, homicidæ, & qui sæpius in idem crimen inciderunt. Ideoque abolitio illa paschalis (qua utimur hodie) datur tantum leviorum criminum reis iis diebus sacris exeundi carcere, non graviorum criminum reis, quæ enumerata sunt. Exstat exemplum illius indulgentiæ apud Cassiodorum in fine undecimi, ubi directa oratione ad commentariensem, sive custodem carceris, ait, ut eos ille reos tantum sibi vindicet, quos ex pietatis causa non relaxat, qui scilicet enumerantur in *l.* 3. & *in l.* 1. 3. 4. 6. 7. *C. Theod. de indulgent. crim.*

E



AD TITULUM XLIII.

DE GENERALI ABOLITIONE.

SUPERIOR titulus fuit de speciali, & privata. Hic est de generali, sive publica, qualis est illa paschalis, quam ante proposui, & si quæ aliæ à principe, vel senatu ultro decernuntur indictis feriis certorum dierum, quibus judicia criminum conquiescant, quibus strepitus criminales conquiescant, & rei leviorum criminum solvantur carcere, aut vinculis, quæ feriæ indicuntur propositis edictis, ut significat *lex* 1. *h.*

tit. Dum ait, *si post abolitionem ex forma solita reorum factam & edicta proposita*, &c. Sic legendum, id est, edicta comprehendentia eam indulgentiam principis, inquiunt Græci, ut quamdiu hæ feriæ durarint, respirent rei, quod fit ob lætitiam aliquam, vel gratulationem publicam, ob rem prospere gestam. Const. Imp. *in l.1. C.Th. de indulg. crim.* concedit indulgentiam omnibus, exceptis iis, qui solent excipi, propter partum Crispi, & Helenæ filiorum suorum. Magna autem est differentia inter specialem abolitionem, & generalem: Nam generalis principaliter datur reis, & consequenter etiam accusatoribus, ut desistere possint, nec etiamsi sint finitæ feriæ, inviti coguntur repetere crimen, *l.Senatusc. ff. ad Senatusc. Turpill.* Specialis autem abolitio datur principaliter accusatori, non reis, quia & invitis reis datur. Item generalis abolitio, datur nemine postulante, specialis, postulante accusatore. Porro generalis finitur feriis finitis, finita publica hilaritate, finitis feriis paschalibus, & rei regrediuntur in carcerem, si velit persequi crimen accusator, quod & perferre potest repetito reo, non quocunque tempore, sed tantum intra triginta dies utiles, dies judiciarios, ex quo finitæ feriæ sunt, *l.aut privatim, §.ult.ad Senatusconf. Turpill.* Post triginta dies repellitur præscriptione publicæ abolitionis, *l.t. & 2. hoc tit.* Impetrata autem speciali abolitione reus repeti non potest, nisi speciali permissu principis extorto precibus oblatis principi, *l.1. tit. super.* In hoc tractatu velim vos observare, non idem omnino esse abolitionem, & indulgentiam, licet hæc nomina sæpe permutentur: Nam apertissime in *l.pen. inf.de calumn.* separatur abolitio ab indulgentia. Et sane licet indulgentiæ nomen sit generale, tamen specialiter accipitur proprie pro ea indulgentia, quæ pœnæ inflictæ, aut infligendæ gratiam facit, ut *l.3. h. tit.* quæ impunitatem delicti tribuit, *l.3. in fin. sup.de episc. aud.* & accusatori silentium indicit perpetuum, ut nec quandoque reum repetere possit, ut *l.9. sup. ad leg. Corn. de fals. l.5. sup.de iis, qui sibi adscrib. l.5. ad leg. Cornel. de sicar. l.4. & 7. inf. de senten. pass.* Et hæc indulgentia perfecta est abolitio criminum, & lex oblivionis: & quandoque princeps decernit publicam delictorum omnium abolitionem, ut apud Vopisc. legimus in Aureliano: de indulgentia valde notandum est, quod ait *l.3.hoc tit.* indulgentiam pœnæ gratiam facere, non etiam abolere infamiam criminis, non etiam restituere famæ, ut Livius 45. *bis, qui nos pœna, non crimine liberant, gratiam habemus*, &c. Et Plinius 9. epist.13. *Si pœna flagitii manifestissimi remittatur, nota certa, quasi censoria inuratur.* Et accommodate in hac l.3. glossa citat etiam illud Ovidii.

Pœna potest demi, culpa perennis erit.

Indulgentia igitur hæc est perpetua; abolitio autem, quæ fit in dictis feriis ob publicam lætitiam, aut celebritatem diei, fit tantum pro tempore feriarum, quoniam repeti possunt rei post finitas ferias intra 30. dies utiles. Et hujusmodi est indulgentia, seu abolitio paschalis celebritatis.

AD TITULUM XLIV.

UT INTRA CERTUM TEMPUS CRIMINALIS QUÆSTIO TERMINETUR.

POSTQUAM dixit de speciali, & generali abolitione, qua interveniente, accusator, qui omittit accusationem, non videtur desistere, ut teneatur pœna desertionis ex Senatusconsulto Turpill. *l.si interveniente, ff. ad Senatusconf. Turpill.* Nunc docet, ea non interveniente abolitione, desistere videri eum, qui post inscriptionem, aut litis contestationem negligens est in peragendo reo intra tempus legibus constitutum, quod hodie est biennium. Causa civilis peragenda est intra triennium, *l.properandum, sup. de jud.* causa criminalis intra biennium ex constitutione Justiniani, id est, ex *l.3. hoc tit.* ex quo Tribonianus *in l. in Senatusconf. §.qui post, ad Senatusconf. Turpill.* addidit hæc verba, *vel biennio*. Nam olim tempus terminandæ causæ criminalis fuit annus tantum, ut constat ex *tit. C.Theod. ut intra annum criminalis quæstio terminetur*, & ex *l.2. C.Theod. ad leg. Cornel. de fals. & d. l. in Senatusconf. §. qui post*, dum ait, *anno, vel biennio*, anno, scilicet jure veteri, vel quod addidit Tribonianus ex constitutione Justiniani, biennio, jure novo scilicet, & *Lreus., ff.de munerib. & hon.* quo loco ait, post annum, quam reus est delatus honores petere posse, quia scilicet desiit esse in reatu per negligentiam accusatoris, qui intra annum non pertulit accusationem. Et hodie quidem biennium numeratur à die litis contestatæ, *l.3. hoc tit.* olim annus numerabatur à die inscriptionis, *l.2. C. Theod. eod. tit.* quæ est *l.2. h.tit.* in qua Tribonianus illa verba (*à die inscriptionis*) mutavit, & reposuit, *præcedentibus inscriptionibus*, ut in *l.ubi, sup.ad leg. Cornel. de fal.* Hæc verba (*testatæ actionis*) id est, inscriptionis, quæ erant in Codice Theodos. *l.2. ad leg.Cor. de falsf.* mutavit in (*contestatæ accusationis*) propter l.3. hujus tituli, quæ vult tempus finiendæ causæ criminalis computari à die litis contestatæ. At Basilica in hac *l.2.* retinent illa verba (*à die inscriptionis*) ἀπὸ τῆς ἡμέρας ἐγγραφῆς. Et potest dici tempus legitimum computari à die inscriptionis, si lis nunquam contestata fuerit, ut *d.l.in Senatusc. §.qui post*, à die autem litis contestationis, si fuerit contestata: Et hoc est verum. Punitur ergo negligentia accusatoris intra tempus legitimum, qui non agit, aut peragit reum, quem semel detulit, & multo magis, qui obdurat in hac negligentia, usque ad extremum diem legitimi temporis, id est, qui nec extremo quidem die legitimi temporis judicio adest, quia tunc palam est, eum rem non diluisse, sed plane deseruisse, aut veluti destitisse, ut *l.2. hoc tit.* ait, *quia destitit*. Pœna autem hujus negligentiæ est infamia, & mulcta quartæ partis bonorum, *l.1. h. tit.* videlicet, si persona fuerit honestior: humilior autem, & pauper, cui, ut ait *l.2.* damnum famæ non est injuria, ut *l.si quis injuriam, ff.de injur. l.12. C.Theod. de hæret.* Humilior, inquam, & pauperior ex hac causa datur in exilium, id est, relegatur, ut Græci recte interpretantur, & ea verba nos similiter sumus interpretati in *l.4. sup. ad leg.Jul.de adult.* Hæc tamen pœna, quæ irrogatur ei, qui non peregit litem criminalem intra tempus legitimum, est gravior longe pœna Senatusconf. Turpill. de qua tit. seq. Et tamen, qui hac pœna tenetur, dicitur incidisse in Senatusconsultum Turpillianum, ut *l.in Senatusconf. §.qui post, D.ad Turpillian.* ut in *l.2. h.tit.* destitisse, id est, quasi destitisse: Nam hæc culpa, & negligentia accusatoris, qui non perfert accusationem intra biennium, est similis, & proxima culpæ notata Senatusconf. Turpill. & l.Petronia, quæ jungitur Senatusconsulto Turpilliano, *l.abolitionem, sup.ad leg. Jul. de adult.* quia scilicet eam legem tempore Neronis tulit Petronius & Turpillianus consul, senatus approbavit. Juris auctores Senatusconsultum designarunt ex nomine consulis, qui hujus juris auctor fuerat, & Turpillianum dixerunt commodius, quam Petronianum.

AD TITULUM XLV.

AD SENATUSC. TURPILL.

POENA Senatusconsulti Turpilliani, & legis Petroniæ est infamia, & mulcta quinque librarum auri, non quartæ partis bonorum, *l.spurii, §.qui judicii, ff. de decurion. l.3. §. ult. ff. de prævaricat.* Quæ mulcta pecuniaria redigitur in fiscum, *l.1. ff. de jure fisci*. Vel etiam est pœna extraordinaria pro motu judicis, ut ait *l.2. h. tit.* quoniam hodie omnes pœnæ sunt extraordinariæ, hæc autem pœna Senatusconsulto Turpilliano irrogatur accusatori, non negligenti, ut in tit. præcedenti, sed qui animo destitit ab accusatione sine abolitione post rei delationem, & impleta solemnia accu-

accusationum, id est, post inscriptiones, & satisfationes exercendæ litis; & breviter, qui in totum deposuit animum agendi, & professus est se nolle persequi accusationem, *l. ult. h. tit. l. destitisse, ff. eod.* & hic proprio nomine dicitur tergiversator, & desertor, *l. 1. §. 1. & §. suspecti, ff. eod.* Proinde pœna Senatusconsulti Turpilliani irrogatur tergiversatori. Pœna quasi Senatusconsulti, id est, tituli superioris irrogatur moratori, cunctatori, frustratori. Puto & ad Senatusconsulti Turpilliani pœnam pertinere eum, qui postquam implevit solemnia accusationis, quæ ante exposui, intra præfinitum à judice diem litis contestandæ, & edictis evocatus, judicio adesse detrectat, ut *l. 3. & 7. sup. qui accus. non poss. l. qui accusationem, §. destitisse, D. eod.* Et notandum maxime, quod est in *l. quærebatur, D. ad Turpill.* cum non incidere in pœnam Senatusconsulti Turpilliani, qui est exclusus præscriptione temporis, ut si accusator adulterii (quod crimen finitur quinquennio) processit ad accusationem post quinquennium, excludatur præscriptione quinquennii, & ita desistat, hic non incidit in Senatusconsultum Turpillianum, quia coactus non sua sponte desistit, quia sero venit ad accusationem, *d. l. quærebatur,* cui tamen opponitur lex *1. tit. super. & l. 1. §. accusationem, D. ad Senatusc. Turpill.* Et glossa quidem recte respondit *l.* 1. tituli superioris, at nullo modo, id est, pessime *l. 1. §. accusationem:* Nam legem primam tituli superioris dicit non loqui de tempore inchoandæ accusationis, de quo *l. quærebatur* loquitur, sed de tempore terminandæ inchoatæ delationis, vel accusationis, vel (ut utamur verbis glossæ) non loquitur l. 1. tit. superioris de tempore accusationis instituendæ, sed de tempore instantiæ: ad *d. l. 1. §. accusationem,* quod respondet, est obliterandum, & perspicue, & facillime dicendum, *l. quærebatur* loqui de eo, qui præscriptione temporis est exclusus, cui nil imputatur, nisi quod sero venerit, non quod destiterit. Lex autem *1. §. accusationem,* loquitur de eo (ut verba demonstrant) qui potuit excludi præscriptione temporis, veluti quinquennii, si fuisset opposita, & non est exclusus, atque adeo porrexit accusare, qui non potuit desistere impune sine abolitione. Et utitur simili exemplo in eodem crimine adulterii, qui accusat adulterii marem, & fœminam, excludi potest præscriptione, quod per legem Juliam simul ambos non liceat accusare, sed alium post alium, etiamsi fuerit exclusus hac præscriptione, non incidet in Turpillianum, sed si non exclusus fuerit, si rei passi sint, cum agere in utrumque, atque ita litem in utrumque fuerit contestatus, & post pœnitentia ductus desistat sine abolitione, incidit in Turpillianum.

AD TITULUM XLVI.

DE CALUMNIATORIBUS.

TERGIVERSATORIBUS, aut veluti tergiversatoribus, ad quos pertinent tres tituli superiores, adjungit calumniatores, quod est aliud genus accusatorum, qui pœnis legitimis subjiciuntur. Calumniatores sunt, qui scientes dolo malo falsa crimina intendunt, quorum irriti abeunt. Calumnia est irrita accusatio, irrita delatio, *l. 8. h. tit.* si enim non fuerit irrita accusatio, ut puta, si reus fuerit condemnatus, jam de accusatoris calumnia quæri non potest, *l. 1. h. tit.* quod notandum: Non dico, calumniatores esse, qui crimina, quæ intendunt, judici non probant, ut crasso filo more Rhetorum, dicit Demosthenes in Neæram: Accusare, & non probare esse sycophantæ. Nam possunt plerique non probare, & deficí probationibus, qui non tamen erunt calumniatores, ut in *l. 3. h. tit. l. 1. §. 1. D. ad Senatusc. Turpill.* Ideoque nec si absolutus sit reus, utique semper accusator damnatur de calumnia. Calumniatores vero præter pœnam, cui se subjiciunt ipsimet per inscriptionem, quæ est talio, id est, similitudo supplicii intentati, & formidati reo, ut *l. 7. & ult. h. tit.* etiam lege Remmia in publicis judiciis, id est, si publico judicio sunt calumniati, puniuntur, ut constat ex *l. 1. §. 1. ad Turpill. & l. quæsitum, D. de testibus.* Marcus Tullius pro Roscio Amerino: *Ita quæstus te cupidum esse oportebat, ut horum existimationem, & legem Remmiam putares aliquid valere oportere;* non Memmiam, sed Remmiam, de calumniatoribus, quoniam ea pars orationis est de calumnia. Et puto ex ea lege Remmia esse, ut calumniatoris fronti inuratur litera K, quæ est prima litera hujus nominis calumniatoris, ut veteres scribere solebant, qua ex re *d. lex quæsitum, D. de testibus,* significat calumniatores, qui de calumnia sunt damnati l. Remmia, non esse integræ frontis, quod non dixit per allusionem, sed per veritatem, quoniam eorum fronti inuri solebat prima litera sui nominis: Quod etiam significat quidam locus in Oratione Juliani ad Antiochenos, quæ inscribitur Μισοπώγων, dum ænigma Antiocheni in eum proposuissent, quod desiderabant X, & incessebant Julianum, quod incesseret K, desiderabant nimirum Constantium, & arguebant Julianum, quod persequeretur Christum. Ille ait, jure desideraturos duplex KK, id est, Constantium suum, & notam calumniæ, quod pleraque calumniarentur in eum, & in civitates vicinas. Hoc esse ex lege Remmia, etiam eodem loco Marcus Tullius ostendit; dum paulo post subjicit ad caput calumniatoris literam adfigi, hoc est, K, & inustionem hanc literæ, inustionem esse infamiæ, ut postea *neminem alium,* inquit, *nisi fortunas suas possit accusare.* Pœna igitur legis Remmiæ notatur in *l. 3. hujus tit.* cum in ea dicitur esse detrimentum existimationis, & in *l. 8.* infamiæ supplicium, quam pœnam dixi irrogari recte in publicis judiciis. Nam in privatis, & extraordinariis, calumniatores puniuntur extra ordinem, pro qualitate admissi, *l. 3. D. ad Senatusc. Turpill.* & damnati, punitique non notantur infamia. Quare, *l. 5. h. tit.* ait, in liberalibus causis, quæ sunt privatæ, eos, qui pronuntiantur calumniatores, non periclitari, id est, fama sua non periclitari: & sic pœna tergiversatoris, & moratoris habet tantum locum in publicis judiciis, etiamsi moveantur, ut fit hodie, & agitentur extra ordinem, *l. in Senatusc. §. 1. D. ad Senatusc. Turpill.* non in privatis judiciis, vel extraordinariis, sed eam culpam coerceri in iis judiciis extra ordinem, *l. 1. §. suspecti, l. 7. §. 1. sup. ad Senatusc. Turpill. l. 1. sup. eod. tit. l. 3. de his, qui accus. non poss.* Quod præterea est in hoc titulo, est facillimum, mulierem non timere pœnam calumniæ, quæ suæ injuriæ causa accusationem instituit, quoniam id facit imbecillitate, & parcitur imbecillitati mulierum, *l. 2. hujus tit.* Excusari etiam heredem, quem testator jussit moriens ex vulnere quodam sibi inflicto exequi mortem suam adversus illum: Nam hic heres, si paruerit, ut necesse habet parere, & non vicerit, non tenetur calumnia. Idemque est in filio, qui vindicare conatus est necem patris, vel matris, *l. 4. hoc tit.*

AD TITULUM XLVII.

DE POENIS.

SÆPIUS ante habita mentio pœnarum, exigit, ut proprio titulo ostendatur, quæ sint genera pœnarum, quibus afficere judices quemque possunt, & de iis constituendis, vel exequendis, quæ legibus proditæ definitiones, & præceptiones sint. Pœna est æstimatio delicti, *l. sanctio, D. eod. tit.* vel supplicium peccati, ut è contrario Marcus Tullius in Pisonem ait, *Supplicium esse pœnam peccati:* vel, ut quidam ait, *pœna est τῶν παθημάτων ἐπανόρθωσις:* quo modo etiam Theologi quidam ἐξομολόγησιν, definiunt. Imponitur vero pœna, vel ut sublatis malis cæteri sint securiores, vel ut is, qui punitur, emendetur, *l. si pœna, D. eod.* vel ut pœna ejus cæteros meliores reddat, *l. 7. sup. ad leg. Fab. l. 1. sup. ad l. Jul. repetund.* Demosthenes in Neæram, ἵνα ἄλλοι ...

[illegible] Denique, ut cæteri terreantur exemplo *l. capitalium*, *§. famosos*, *D. eod.* Omnis enim pœna, non tam ad delictum, quam ad exemplum pertinet, quæ ratio etiam efficit, ut & in animantibus mutis, nonnumquam pœnæ consumantur, ut Polybius apud Plinium 8. capit. 16. refert in Africa se vidisse Leones, qui homines appetebant crucifixos, quo cæteri, inquit, metu similis pœnæ absterrerentur eadem noxa. Et Pausan. Eliacorum 2. Draconem legislatorem etiam in iis, quæ anima carent, ut si ictu statuæ, quæ cecidit, homo periisset, exempla edi voluisse. Certe Deum legimus etiam à feria hominis occisi sanguinem requirere, Genes. 9. *& taurum, qui hominem occiderit, obrui lapidibus, nec carnem ejus esse vescendo*, Exod. 21. Et simul cum homine animal necari, cum quo homo rem fœdissimam, Levit. 20. Sunt autem hodie in extraordinariis judiciis, vel etiam publicis, aut privatis, de quibus extra ordinem cognoscitur, fere omnes pœnæ positæ io arbitrio judicantium, ut non sit mirum, si etiam hodie liceat appellare, & convictis, vel confessis reis à pœnis, quas judices indicunt. Olim in publicis judiciis, & privatis quibusdam erant certæ pœnæ legibus constitutæ, quas nec erat necesse judices sententia sua exprimere, quia de facto tantum judicabant, puta fecisse videri. Quam sententiam tacito intellectu sequebatur pœna legitima, ut *l. si præses*, *D. eod. l. 1. §. Nam si quidem*, *D. ad Senatusc. Turpill. l. castitati*, *sup. ad leg. Jul. de adult. l. vim*, *initio*, *D. eod. tit.* Nec potuit judex efficere, quo minus ex turpi causa, sive publico crimine, cujus causa omnis est turpis, damnatum sequeretur infamia, & pœna legitima, *l. non poterit*, *D. de furt. l. Divus Severus*, *D. de injur.* Vel si quando judices pœnam legitimam suis sententiis exprimebant ex abundanti, & convictus erat, vel confessus reus, ab ea sententia tanquam à lege non licebat appellare, *l. si qua pœna*, *D. de verb. signific.* nisi forte majorem legitima irrogasset, quo casu reu licebat appellare, vel minorem, quo casu licebat appellare accusatori, ut D. August. epist. 160. ait, solere homines, quando cum inimicis eorum convictis lenius agitur, à mitiore sententia appellare. Quia scilicet, ut est in *Novella* 82. judices legibus cautiores esse non debent. Symmachus in Epistol. Corruptas videri sententias, si sint legibus mitiores, *& l. servos*, *in fi. sup. ad leg. Jul. de vi*, *& l. 8. C. Theod. de appellat.* puniri judicem, qui molliorem, quam sit statuta, sententiam protulerit. Et *l. 19. D. de verb. oblig.* contentos nos esse debere pœnis legibus comprehensis. Non est autem novum, ut damnato reo appellet actor, qui secundam fortunam judicii tulit, veluti à mitiore sententia, & sic forte, ut appellet uterque. Nam duos tantum casus exceptos invenio, quibus victori appellare non licet. Unus est in *l. properandum*, *§. sin autem ex gestis*, *sup. de judic.* si secundum absentem per contumaciam sententia sit dicta, quæ tamen ei in plenum non satisfacit, non poterit appellare, propter contumaciam. Alter casus est io *l. ult. sup quand. provoc. non est nec.* si victor de eo tantum queratur, quod nulla, aut minor ratio habita sit, sumptuum factorum in litem, vel detrimentorum, vel quod reus, qui appellavit tardior sit in inducenda appellatione, quoniam ipse cessante reo potest anteferre causam appellationis citra appellationem ullam. Dixi initio de pœnis, in hoc titulo proponi varias definitiones juris. Has, quia hæ sunt faciles, legat unusquisque, ego unam tantum adnotabo, quæ est celebrior, & sanctior, quam à Theodosio expressit Divus Ambrosius, id est, *l. 20. h. tit.* ut pœna eorum, quos princeps jussit affici ultimo supplicio, differatur in 30. diem, nec statim exequatur, hoc est speciale in principe, cujus præcepta sæpe emolliuntur modica dilatione. Nec enim eadem est conditione princeps, qua judex; ut non possit suam sententiam revocare. D. Augustin. de Fato: *Judic. est statutum*, inquit, *ne liceat in reum latam sententiam revocare. Numquid, & ipse Imperator sub hac lege erit? Nam ipsi soli licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere, & ipsi ignoscere.* Ac à judice inflicta capitalis pœna non potest differri, sed statim sine mora ad effectum est perducenda, ut definit *lex 18. hoc tit. lex ult. sup. de custod. reorum*, duplici ratione. Prima hæc est, quia frustra differtur sententia judicis, quæ à judice mutari, & revocari non potest. Et altera ratio, ut statim exequendæ sint sententiæ judicum, ne damnatis detur spatium veniæ impetrandæ à principe, quæ sæpe impetrabatur, etiam post damnationem, cum executioni mora afferebatur, & ideo novæ constitutiones volunt, ut damnatum velox pœna consequatur. Sublato igitur veteri Senatusconsulto facto auctore Tiberio, quo omnis pœna capitalis differebatur in decimum diem, ut Svetonius, Tacitus, Dio scribunt, quo jure etiam ferunt hodie Bononienses uti in Hetruria. Dixi, judicem pœnam sua sententia dictam, non posse mutare. Ita est: interpretatione tamen eam potest lenire, quia & pœnam lenit, *l. pen. D. eod. tit.* ut apud Svetonium io Julio, Consulem non piget sententiam suam (quia mutare erat turpe) interpretatione lenire, ut hodie videmus: exempli gratia, quos sententia sua comburi jusserunt, annuentibus illis prius jugulari. Svetonius Julium Cæsarem, quos se cruci affixuros ante juraverat, postea prius jugulari jussisse, deinde suffigi, pœnæ scilicet leniendæ gratia. Moris autem erat (quod præstat scire) judicem, prius quam damnaret reum, vestem mutare, prætextam ponere, ut Valerius Maximus notat 9. cap. 12. cum scribit de Licinio Macro repetundarum reo, & Seneca 1. *de ira.* Etiamsi perversa magistratui vestis sit accingenda ad damnationem reorum, & classico convocata est concio: qui locus etiam ostendit, judicem, prius quam reum damnaret, classico convocasse concionem, ut Tacitus 2. Annal. In Pub. Martium Consules extra portam Exquilinam, cum classico canere jussissent, prisco more advertere. Et idem Seneca 5. *controvers.* Manus post terga revinctæ, cum ex altera parte classicum caneretur. Moris etiam erat, damnatos, cum ducerentur ad supplicium, concutere solitos tinnula sistra, ut agnosci possent, ne quis obvius in eos impingeret, & ex eorum forte contactu piaculum contraheret, quod Zonaras in Triumphi descriptione scribit. Inter genera autem pœnarum, & ignominiarum in hoc titulo quædam reprobantur, veluti, ut damnato non inscribatur frons, *l. 17.* quo plane tollitur, quod heri dicebam, fuisse cantum lege Remmia, ut calumniatoris fronti inscribatur litera K. ut Christianorum sæpe (auctor est Pontius Diaconus in Cypriano) & aliorum damnatorum frontibus certas literas, reatus testes, jussu judicum inscribi solitas, & alii plerique auctores. Reprobatur etiam in hoc titulo damnatio perpetua vinculorum, *l. 6.* hanc esse pœnam servilem, *l. 10. & in d. l. 6.* vix affirmat. At damnatio perpetua io opus publicum jure permittitur, & deportationi comparatur recte in *l. 1. h. tit.* quia civitatem tantum aufert, non libertatem, ut *l. sunt quædam*, *& l. capitalium*, *§. Divus*, *D. eod. tit.* ubi est legendum, sine negatione, ut Florent. & Basil. legitur. Damnatis in opus metalli ad tempus libertatem manere, quemadmodum etiam iis, qui in opus perpetuum damnantur, ubi est intelligendum in opus publicum perpetuum, ut in hac *l. 1.* in opus perpetuum damnati, id est, in opus publicum perpetuum, non in opus metalli perpetuum, quoniam hæc pœna, & civitatem, & libertatem aufert, *d. l. sunt quædam.* Opus publicum perpetuum aufert tantum civitatem. Contra quoque opus metalli temporarium aufert tantum civitatem, *d. §. Divus*, *& l. aut damnum*, *in ministrorum*, *eodem*, non civitatem, & libertatem: quod certe nec, ut quidam fingit, ego usquam admisi. Opus autem publicum temporarium, neque libertatem, aut civitatem aufert, id est, caput non minuit, *l. 6. sup. ex quibus caus. infam. l. capitalium*, *§. 1. D. de pœnis*: in hac titulo deest constitutio Græca in fine à me satis alibi indicata, & explicata. Po.tio hujus tit. est sequentis constitutio.

AD


A


AD TITULUM XLVIII.

NE SINE JUSSU PRINCIPIS CERTIS JUDICIBUS LICEAT CONFISCARE.

HUJUS tituli sententia est brevis, etiamsi pœnæ sint legitimæ, & receptæ, atque approbatæ, non tamen omnibus judicibus, eas irrogare licet indistincte. Ut ecce ex hoc titulo, qui constat una tantum constitutione, præsides provinciarum non possunt irrogare vice pœnæ publicationem omnium bonorum, sed ii tantum, qui sunt in summa positi admioistratione, puta viri illustres, ut præfectus prætorio, aut vicarius præfecti prætorio, aut præfectus B urbi, *l.1. §.à præfectis*, *D.de leg.3.* Præsides autem provinciarum, qui sunt clarissimi, aut perfectissimi, non possunt irrogare inconsulto principe suo jure publicationem omnium bonorum. Quæro, an hac ratione etiam non liceat præsidi provinciæ deportare in insulam? Et constat non licere: quod scilicet deportationem sequeretur, vel tacite publicatio omnium bonorum, *l.8. tit.super.* Et hoc videtur posse dici. Sed tamen ratio est vitiosissima, quia eadem ratione dici posset, præsidem provinciæ non habere jus gladii, aut jus damnandi in metallum, quod hanc quoque pœnam sequatur publicatio omnium bonorum, & quidem multo magis, exceptis tantum duobus casibus, quos supra habuimus in *l.t. de mulier. quæ se servis prop.junx. & l.t.de raptu virg.* Et tamen C constat præsidem habere jus gladii, & jus damnandi in metallum, *l.illicitas, §.qui universos, D.de offic.præs.* ex lege Augusti, ut Dio scribit 53. etiam in militem. Quam sententiam utique per consequentias sequitur etiam publicatio omnium bonorum. Nam tacite, & per consequentias etiam præses inconsulto principe publicat omnia reorum bona, quibus scilicet vitam adimit, aut libertatem simul, ac civitatem. Et recte Joannes hoc loco, tacite, & per consequentias hoc facere judices possunt: non directo, & expressim possunt facere, ut sunt innumera exempla in jure, in quibus quod expressum est, non valet, & tacite tamen id recte fit. Ergo vera ratio, propter quam non est præsidi provinciæ jus deportandi in insulam, vel confiscandi omnia bona, est, quia in iis, quæ pertinent ad coercitionem delictorum, quæve sunt meri imperii, quod lege dicitur dari, *l.1. in fi. D.de off.* D *ejus, cui mand.est jurisd.* tantum habet magistratus, quæ ei lex specialiter dedit, nec si dederit majora, ideo habet minora, quæ non dedit. Nec hæ argumentationes sunt in hac quæstione receptæ, ut cui licet majus, etiam minus liceat, quia hoc totum est legis, quæ præsidibus provinciarum circumscripsit potestatem. At lex Augusti dedit præsidibus provinciarum jus gladii, & jus dandi in metallum, dedit & jus relegandi, *l.relegatorum, §.s. D.de interdict. & relegat.* & ad id nonnihil facit *lex 2. tit. super.* At jus deportandi, vel confiscandi non dedit: hæc sunt verba *leg.inter pœnas, §.1. D.de interd. & releg.* (deportandi jus judicibus datum non est) Ergo quia datum non est, non possunt deportare, vel confiscare. Et eadem redditur ratio in *l.ult.de offic.proc.Cæs.* Procuratores E Cæsaris non habere jus deportandi, quia, inquit, ejus pœnæ constituendæ jus non habent. Videbitur inepta ratio, & assertioni consimilis, nisi sic interpretemur, quia hujus pœnæ constituendæ jus non habent, id est, quia hujus pœnæ constituendæ jus non est eis datum legibus, ex quarum arbitrio pendet pœnarum ratio.

AD TITULUM XLIX.

DE BONIS PROSCRIPTORUM, SEU DAMNATORUM.

QUOD est confiscare in titulo superiori, in illo est proscribere, nimirum publicare omnia bona, quod fit, vel expressim, vel tacite. Quorum bona expressim publicantur, hi proscripti dicuntur: quorum tacite, damnati; veluti damnati capite, aut deportatione, aut metallo, aut simili pœna, quæ inferat capitis deminutionem maximam, vel mediam, id est, quæ civitatem, & libertatem auferat, vel tantum civitatem, non libertatem. Hanc pœnam, qui sustinent, sicut omnia pristina jura, ita & bona tacito jure amittunt, quamvis hoc in sententia non sit expressum. Bona fiscus vindicat, & non præsentia tantum bona, sed etiam futura, ut si deportatus in insulam, postea in insula aliquid adquisierit, *l.2. hoc tit.* Quia etsi iis, quæ adquisivit post deportationem, ipse fruatur, quamdiu vivit, *l.15. D.de interd. & relegat.* quæ una est ex his, quas restituimus in Digest. ex Basil. non tamen in iis postea adquisitis bonis alium heredem habere potest, quam fiscum, *l.2.h.tit.* Cui nil obstat *lex si mandavero, §.11, cujus, D.mand.* quæ ait bonis publicatis, quidquid postea adquirit, non sequi fiscum. Nam ut omittam, quæ alii tradunt, perspicue verum est in eo §. non agi de deportato, quem constat capite minui, & ne in bonis quidem postea quæsitis alium habere heredem, quam fiscum, sed agitur in eo §. de eo, cujus bona publicata sunt sine capitis deminutione, id est, integro statu, ut si sit relegatus in insulam, non deportatus, *l.7. §.ult. D. de bonis damn.* (Qui etiam §. est ex restitutis) vel etiam, si tantum sit confiscatus ex causa administrationis, & muneris publici, ex causa actus fiscalis, forte quem gessit, ut *l.9. §.ult. hoc tit. l.3.inf.de senten.pass.* Hic quidem confiscatur, sed salvo statu, salva civitate, & libertate, id est, sine capitis deminutione, & heredem habere potest, puta in bonis postea adquisitis: res est perspicua. Ad hæc est notandum bonorum publicationem cadere tantum in eos, qui sunt sui juris: quoniam ii soli habent bona, servi, aut filii non habent bona, quæ damnatione possint publicari, quia peculia, si quæ habent iis damnatis, domini, vel parentes, in quorum sunt potestate, occupant, fisco excluso, etiam castrensia, & quasi. Nam privilegium, quod filiisfamilias in castrensi peculio constitutiones dederunt, id capitis deminutione amittunt, perinde, ac si moriantur intestati. Ideoque sicut filiifamilias mortui intestati superstite patre, ita capite deminuti castrense peculium pater occupat jure suo, ut suum, *l.1. & 3. hujus tit. l.hereditate, D.de castr.peculio.* Et in *l.s. hujus tit.* quod glossa notat, alias legi pro (disponantur) dispungantur, ut rationes reddantur, ac dispungantur, sane rectius est, & probatur veteribus libris, & Basilicis, in quibus ita est, *ἕως ὁ λόγος δοθῇ, quoad ratio reddatur*, inquit, *& purgetur*, addita interpretatione, *διαστίξῃ*, quod est, *dispungatur*. Et sententia est clarissima, ut si servus dispensator, vel actor rerum domini capitali crimine sit damnatus, non plectatur ante redditas domino, & dispunctas rationes actus sui, quod tamen *l.1.* vult velociter expediri, ne per hanc causam mora fiat exequutioni sententiæ, quæ debet esse velox, ut in *l.cum reis, sup.de pœnis.* Item est notandum ex *l.7.* bonorum proscripti, vel damnati pœna capitali, aut pœna infligente maximam, vel mediam capitis deminutionem, eorum, inquam, bonorum fieri inquisitionem primam, & inventarium quidem per officium judicis, qui capitis sententiam dixit. Secundam autem inquisitionem (nam duplex intervenit inquisitio) fieri per rationalem rei privatæ, id est, per procuratorem Cæsaris, qui & catholicus dicebatur, tanquam generalis. Et ab ea re in *l.9.in fi.hoc tit.* apparitores ejus

vocan-

vocantur Catholiciani, id est, catholici, sive procuratores Cæsaris, qui eodem loco dicuntur Cæsariani, unde nomen (*Sergent*) Fuit tamen quidam procurator specialis ad bona damnatorum, unus fuit catholicus, plures speciales, ut procurator vigesimæ hereditatum, & ut dixi, procurator ad bona damnatorum, ut in hac antiqua inscriptione, *Q. Valerio, Q. filio procuratori ad bona damnatorum*. Puto & per specialem posse fieri secundam inquisitionem bonorum proscripti, vel deportati. Item est notandum, quod de semisse bonorum conservando liberis damnati patris, vel avi, proditum est in *l.10. h. tit.* ut si proscriptus, vel damnatus habeat liberos, pater scilicet, vel avus, eis servetur semis bonorum: non etiamsi damnetur mater, vel avia, tunc enim liberis nil servatur, *l.6. h.tit.* quod demonstrat plane. Et hæc est ratio, quia liberis magis debentur bona patris, quam B matris, ad quæ jure novo tantum vocantur ex Senatusconsulto Orphitiano, & constitutionibus, non ut ad bona patris jure veteri ex 12.tabul. qui & patri agnati sunt, non matri, sed matri sunt tantum cognati, & conservatur non tantum suis, sed & emancipatis liberis, si modo emancipati suis conferant dotem, & donationem eis factam tempore emancipationis, *l.8.* Cætera, quæ emancipati quæsierunt, conferre non tenentur, cum una cum suis in hunc semissem concurrere volunt. Aliæ constitutiones vetustiores plus dabant liberis damnatorum, imo & parentibus: Namque liberis, & parentibus usque ad tertium gradum servabantur omnia bona, *l.2. Cod. Theod. eod.tit.* quod jus reducit etiam Justinianus *Novella* 134. semper excepto crimine læsæ majestatis, in quo tamen etiam veteres quædam constitutiones liberis servabant C sextantem, *l.8. Cod. Theod. eod.* hodie nihil servatur, *l.quisquis, sup. ad leg. Jul. majest.*



AD TITULUM L.

DE BONIS EORUM, QUI MORTEM SIBI CONSCIVERUNT.

Ex hoc titulo intelligimus, non tantum publicari, & redigi in fiscum bona proscriptorum, seu damnatorum, sed etiam bona eorum, qui in reatu capitali perculsi conscientia criminis, manus sibi intulerunt, & mortem consciverunt, scilicet, D si postea (hoc enim exigitur) de crimine probatum, & pronuntiatum sit, *l.3. §.ult. D.eod. tit. l.in fraudem, §.ejus bona, de jur.fisci*. Et nihil præterea est in hoc titulo.



AD TITULUM LI.

DE SENTENTIAM PASSIS, ET RESTITUTIS.

Hic titulus est de damnatis, qui beneficio, & indulgentia principis speciali, vel generali, id est, communi plurium revocantur ab exilio, vel metallo, & in integrum restituuntur, E quæ restitutio plerunque liberat tantum pœna, & restituit patriæ, aut suæ civitati, liberat calumnia, ut ait *l.10.h.tit.* scilicet ne quis post restitutionem eorum statum in dubium revocare possit ob pristinam pœnam, veluti ob deportationem, seu adnotationem prædidis, ut ait *d.lex* 10. quia scilicet præses provinciæ, ut docui in tit.48. non habet jus deportandi, sed quem censet deportandum, adnotat deportandum, & certiorem ea de re facit principem, qui sæpe sequitur opinionem præsidis, & deportat reum, *l.inter, §.1.D.de interd. & releg.* Et ita adnotationem præsidis accipere oportet in *d. l.10.* obliteratis Accursii omnibus glossis. Adnotationem scilicet, quam ad exitum perduxerit princeps, reo deportato in insulam, prout adnotavit præses. Restitutio igitur plerumque damnatum restituit tantum patriæ, & libertati, remissa pœna, restituit civitati, & libertati, non etiam bonis, nisi id specialiter sit comprehensum. Sane vix unquam restituuntur, quæ semel ceciderunt in fiscum, *l.1. D.ad leg.Jul.de ambitu, l.2. sup. de requir. reis, l.4.sup.de bonis proscrip.* Facile impetratur remissio pœnæ, bona non facile impetrantur, nisi ex magno, & singulari beneficio principis. Generalis sane indulgentia, qua restituuntur omnes exules, verbi gratia, solvit tantum pœnas, non etiam tot homines restituit bonis. Specialis potest specialiter etiam restituere bona. Et similiter restitutio illa in integrum non restituit famæ, & honori, nisi sit dictum specialiter, *l.7. hoc tit.* non restituit filium patri, ut in ejus potestatem revertatur, non restituit servum domino, *l.6. & 8. hoc tit.* non etiam restituit patri filium, ut filium restitutum pater recipiat in potestatem pristinam, *l.9. h.t.* nisi hoc specialiter sit comprehensum, vel etiam nisi indulgentia specialiter, quibusdam expressis, subjiciatur generaliter, & omnibus, ut in *l.1. hoc tit.* Restituo te patriæ tuæ, & honoribus, & ordini, & cæteris omnibus. Plenissima restitutio est, quæ reddit etiam bona. Imo etiamsi sit indulgentia concepta hoc generali verbo tantum (*restituo te in integrum*) plenissima est indulgentia, quia, ut ait *l.pen. D. de constitut. Princip.* quæ proprie ad hanc speciem est referenda, ut ejus verba demonstrant, beneficium principis, quod à divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime debemus interpretari. Et ita accipere debemus, quod est in Institutionibus *§.pari ratione, quibus modis jus potest. solu.* Restitutos ex indulgentia principis per omnia, id est, nullo excepto, statum pristinum recipere, restitutos, scilicet plenissima restitutione, vel hoc verbo nudo (*restituo te in integrum*) Valde notanda sunt duo in hoc titulo, primum ad eum, cui bona restituuntur, beneficio principis redire omnia onera creditorum, si omnia bona sint restituta, quæ ab eo, cum bonis omnibus transierant in fiscum, veluti successorem. Quod si pro parte sint tantum restituta bona, eorum onerum pars quoque tantum ad eum redit, *l.4. & pen. hoc tit.* Ac bonis non restitutis ulla ex parte, onera creditorum remanent apud fiscum veluti successorem: is debet respondere creditoribus proscripti, vel damnati, etiamsi restituto in integrum rem aliquam ex bonis princeps concesserit, restituique jusserit, puta fundum illum, aut domum illam, non partem bonorum, sed rem certam, *l.3. hoc tit. l.5.sup.de bon.proscrip.* Est magna differentia inter rem, & partem, ut *l.pen. sup. de heredib. instit. §.si quis una, Instit.de fideicom.heredit.* Ultimo est notandum ex *l.ult.* restituto in integrum deportato plena restitutione, atque adeo patri in filium restituta potestate, quam habuit, antequam deportaretur, testamentum, quod fecit filius, qui jam venerat in ætatem, & quæcunque interim gessit, & contraxit filius, cum esset sui juris, quia deportatione patris est liberatus patria potestate, non rescindi. Iterum dico, testamentum, quod interim fecit, & quæcunque interim gessit filius justæ ætatis, reverso patre non rescindi, quamvis ipse redeat in potestatem patriam, & filio impuberi interim datum tutorem non mutari, si pater, qui est restitutus, non sit frugi homo. Hæc est sententia *l.ult.* quæ non abhorret multum à jure communi. Nam primum ab initio jure datus est tutor patrifamilias, id est, filio facto sui juris deportatione patris: Nam filiofamil. non datur tutor. Tutela est potestas in capite libero, in persona sui juris. Ergo in hac specie non mirum est, si maneat tutor, qui ab initio jure est datus tutor patrifamilias, maxime si pater non sit homo frugi. Testamentum etiam jure factum est à patrefamil. qui postea quamvis redierit in potestatem patris, restituto patre plenissime, non ideo testamentum ejus rescinditur, sicut nec cætera, quæ gessit, quia redit in potestatem sine capitis deminutione. Et notandum est, testamentum, quod quis jure perfecit, non rescindi, si postea jus testamenti faciendi habere desierit, nisi id habere desierit per cap. deminutio-



nutionem : ſi citra eam jus teſtamen. faciendi habere deſierit, ut ſi redierit in poteſtatem patris,reſtituto patre in integrum, teſtamentum, quod ante fecit, non reſcinditur, ut *l.7. D.de jure codicill.* Sicut ſi ei, qui jure teſtamentum fecit, poſtea ut prodigo bonis interdicatur, deſinit habere teſtamenti factionem, Sed ſine capitis deminutione,an irritum ſit teſtamentum,quod eſt vetuſtius interdictione? Minime, *l.10. D.qui teſt.fac.poſſ.* Idem eſt, ſi poſt teſtamentum jure perfectum monachus fiat, *Novella 5.* monachiſmo deſinit habere jus teſtamenti faciendi, ſed quod ante monachiſmum fecit, valet, quia monachiſmus non eſt capitis deminutio. Idem etiam eſt,ſi quis poſt teſtamentum jure perfectum cœperit eſſe furioſus,vel ſurdus,vel mutus, A teſtamentum non ſit irritum, *l.6. D.qui teſtam. fac. poſſ. l.1. §.ſi quis autem, D.de bon.poſſ. ſecun. tab.* Denique teſtamentum jure perfectum non reſcinditur, ſi poſtea teſtator amiſerit jus faciendi teſtamenti, niſi id amiſerit per capitis deminutionem, quæ nulla intervenit, cum filius, qui deportato patre jure fecit teſtamentum, poſtea redit in ejuſdem patris poteſtatem, patre reſtituto, & ſoluto pœna deportationis. Recte igitur Anianus Interpres Cod. Theodoſ. & Cyprianus, & Irnerius, ut hic gloſſa notat, ſtatuunt in hac *l.ult.* teſtamentum non reſcindi, ſicut nec cætera geſta. Male Baſilica, & Joannes, reſcindi teſtamentum, non cætera geſta.

F I N I S.



N E A P O L I
M. DCC. XX.
Typis, ac Sumptibus Michaelis Aloyſii Mutio.
SUPERIORUM LICENTIA,
ET PRIVILEGIO PER DECENNIUM.

